

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y EL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIÓN A LA LEY DE SOCIEDADES DE 2003. ASPECTOS A CONSIDERAR EN UNA FUTURA REFORMA

FELIPE F. AGUIRRE

RESUMEN DEL CONTENIDO

La difusión del importante Anteproyecto de 2003 de modificación a la ley de sociedades comerciales, ha hecho conocer cambios de importancia proyectados para la Secc. XIV de la Intervención judicial, de la ley 19.550.

La ponencia analiza algunos aspectos de la reforma, de las corrientes jurisprudenciales en la materia y formula algunos interrogantes acerca de los cambios propuestos.

A partir de la estructura del articulado vigente, se sugiere la introducción de cambios acotados para:

a) recoger en una futura reforma una mayor apertura a la posi-

bilidad de designación de veedores, según pautas dadas por la jurisprudencia;

b) con el objeto de favorecer el conocimiento directo del juez sobre la materia que deberá resolver, se propicia incorporar la audiencia preliminar que el Anteproyecto de 2003 contempla para el art. 115 párr. 3°.

Por último, se bosqueja un posible texto modificatorio para el art. 114 de la ley 19.550, en cuyo contenido hemos pretendido volcar los aspectos reseñados.

I.- INTRODUCCIÓN

Antes de la vigencia de la ley 19.550 (en adelante L.S.) era principio recibido por la jurisprudencia y la doctrina el carácter restrictivo para la procedencia de la intervención judicial. Con mayor razón, cuando se procuraba el desplazamiento de administradores de la sociedad. Principio que culminó por ser receptado en el art. 114 L.S.

El muy importante “*Anteproyecto de modificación a la ley de sociedades comerciales*” de 2003 de los Dres. Jaime L. Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry, ha venido a postular cambios sensibles en la intervención judicial (arts. 113 a 117 de la L.S.). Según expresa la Exposición de motivos, en favor de una “*acentuada flexibilización*”.¹

Hemos aprovechado la ocasión, ante posibles reformas, para esbozar algunas consideraciones y sugerir de *lege ferenda* algunas soluciones.

II.- PROBLEMÁTICA

La L.S. estableció para la intervención judicial (art. 113) una fórmula amplia en cuanto al *tipo de conductas* de los administradores

¹ Encomendado por Res. N° 112/02 del M.J. y D.H. El Anteproyecto de modificaciones a la Ley de Sociedades Comerciales y la Exposición de motivos fue publicada en Legislación Argentina, Boletín N° 6 del 23/4/04, p. 3 y ss. Ver, Anaya, Jaime L., *Lineamientos del Anteproyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales*, LL 2004-A, 1183 y ss.

de la sociedad: “*actos u omisiones*”, pero siempre que sean susceptibles de colocarla en “*peligro grave*”.² La medida debe ser apreciada con criterio restrictivo, señala el art. 114.

Dentro de esa línea interpretativa, la jurisprudencia ha resuelto que la procedencia de la intervención judicial de sociedades debe ser apreciada con suma prudencia y criterio restrictivo, teniendo en cuenta el carácter excepcional de la medida y el hecho de comportar una intromisión anormal en la estructura administrativa del ente, susceptible de causar mayores perjuicios a la sociedad que el que se quiere evitar con su implantación.³ No obstante que el art. 114 L.S. no formula distingos al consagrar el aludido criterio restrictivo, la jurisprudencia ha forjado un menor rigor para valorar la procedencia cuando la medida consiste solo en una veeduría, como veremos más adelante.

Desde el terreno doctrinario, el tópico de la apreciación restrictiva ya no es pacífico. Por distintos fundamentos, se ha señalado con tenor crítico la escasa predisposición de nuestros tribunales para conceder la intervención judicial.⁴ El cuestionamiento, incluso, se ha extendido hacia la concepción que habría inspirado el art. 114 L.S. Nissen la considera un apartamiento de la teoría *contractualista* del acto constitutivo de la sociedad, en una solución más propia de una concepción *institucionalista*.⁵

² Fórmula que explica, a nuestro modo de ver, el que no se haya reproducido en nuestro derecho un extendido debate acerca del tipo de actos alcanzados, según que la valoración sea centrada solo en la legitimidad o bien extienda su horizonte al ámbito del mérito y la oportunidad del acto.

³ CNCom., sala B, 30/4/97, “Cacosso, Héctor c/ Catter Meat S.A. y otros s/ med. prec.”, ED 181-821, 95-SJ; id., sala B, 24/5/01, “Armanido, Leopoldo A. c/ Colegio del Arbol S.A. y otros”, LL 2001-E, p. 715.

⁴ Nissen, Ricardo A., *El conflicto societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y solución*, LL 2001-D, p. 1129, esp. p. 1133 nota 6 y texto. Ver además, Martorell, Ernesto E., *La intervención de sociedades: equívocos. Errores y sinrazones*, LL 1996-D, 1486 y ss.

⁵ Nissen, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, Ad-Hoc, 1998, págs. 63/64. No compartimos la opinión del autorizado autor. Desde nuestro parecer el carácter restrictivo del art. 114 L.S. encuentra su fundamento, desde un plano *contractual*, en la prevalencia que la ley asigna a los administradores designados bajo un *régimen de mayorías*, y desde una perspectiva *práctica*, justificada por las limitaciones propias de la medida, en función de la instrumentación y de los *resultados* que la intervención judicial puede arrojar en el giro de la sociedad.

III.- ALGUNOS ASPECTOS DEL ANTEPROYECTO DE MODIFICACIONES DE 2003

1. La Exposición de motivos del Anteproyecto de 2003, en la materia que nos ocupa, se inclina en favor de una “*acentuada flexibilización del régimen de la intervención judicial*”, que considera “*impostergable*”. Son previstos dos géneros diferenciados de injerencia judicial. Por un lado, la *intervención judicial* (designación de administrador o coadministrador judicial); y por el otro las llamadas *medidas asegurativas*, sin injerencia alguna en la administración, que *podrán* consistir en la designación de uno o varios veedores o de ejecutores de medidas concretas.

No menos significativa es la modificación que se propicia respecto de la *procedencia* de ambas medidas (Antepr., art. 113). Por una parte mantiene la fórmula vigente: “... *cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave...*”, pero extiende la procedencia a otros dos supuestos: el *negar a los socios el ejercicio de sus derechos* y además el caso de *conflictos entre socios que comprometan el normal funcionamiento de la sociedad*.⁶

La contracautela deja de ser imperativa cuando se trate de “*medidas asegurativas*” (Antepr., art. 116)⁷. La acción de remoción queda ceñido a los casos en que sea pedida la designación de coadministrador o administrador (Antepr., art. 115 párr. 2º).

⁶ El Anteproyecto propone la sustitución del art. 113 vigente por el que sigue: “*Artículo 113. Procedencia. - Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave o nieguen a los socios el ejercicio de sus derechos, así como cuando se susciten conflictos entre socios que comprometan el normal funcionamiento de la sociedad, procederá la intervención judicial u otras medidas asegurativas con los recaudos establecidos en esta Sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas para los distintos tipos de sociedad.*” El Anteproyecto guarda en parte similitud con la ley uruguaya de sociedades comerciales N° 16.060 de 1989, cuyo art. 184 dispone: “*cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave o nieguen a los socios o accionistas el ejercicio de derechos esenciales procederá la intervención judicial como medida cautelar*”. Agrega la ley uruguaya que “*también será admisible cuando por cualquier causa no actúen los órganos sociales o cuando actuando no sea posible adoptar resoluciones validas, afectándose el desarrollo de la actividad social. En esta hipótesis, no será necesario entablar un juicio posterior*”.

⁷ En la exposición de motivos no advertimos con claridad fundamentos para apartarse de la solución vigente del art. 116 L.S. (contracautela), en las medidas asegurativas.

Entre otras modificaciones, proyecta que “*El incidente de medida asegurativa o intervención se decidirá con audiencia de la sociedad, que podrá ofrecer garantías u otras medidas adecuadas para evitarla. En caso de peligro inminente, el juez resolverá con anterioridad a la citación.*” (Antepr., art. 115 párr. 3°).

2. Adelantamos nuestra adhesión a la audiencia prevista en el art. 115 párr. 3°, de cierta analogía a la prevista en el derecho italiano.⁸

Consideramos positivo el dotar al juez de una intervención directa en ocasión de la audiencia. Podrá el juez, mediante su examen personal, apreciar los hechos, los fundamentos y la gravedad que rodea la medida a dirimir, con mayores elementos para discernirla. Como una suerte de equilibrio, es permitido a la sociedad aventar el riesgo de una eventual decisión interventiva o de aseguramiento, mediante la implementación de garantías u otros medios adecuados para evitar en ese estadio el dictado de la medida.

3. Siempre a propósito del Anteproyecto de 2003, nos permitimos señalar algunos interrogantes sobre los textos proyectados.

Por vía pretoriana, se ha atenuado el carácter restrictivo, cuando la medida que se dicta consiste en la sola designación de un veedor judicial⁹. Se ha decidido, por ejemplo, que la veeduría permite fiscalizar el curso de los negocios sin una intromisión desmedida ni deterioro injustificado del patrimonio de la sociedad¹⁰. También, que la exigencia en el cumplimiento de los recaudos debe flexibilizarse cuando la solicitud se circunscribe a la designación de un veedor, que carece de facultades de dirección y gobierno de la sociedad¹¹. Se ha resuelto que junto con el ordenamiento de fondo coexisten las medidas a que se refiere la legislación ritual (art. 222 CPCCN) y la designación de un veedor importa más una *medida preliminar* respecto de otra cautela

⁸ C. Civ. italiano de 1942, art. 2409 ap. 2, audiencia mantenida tras la reforma del derecho societario de 2003 (ley n° 366 del 3/10/01 y cuyo texto concretó el decreto legislativo n° 6 del 17/1/03).

⁹ CNCom., sala A, 12/3/98, “Morrone, Domingo c/ Carmor S.A. s/ med. prec.”, Rev. de las Soc. y Conc., N° 1/1999 p. 191, y ED 183-653; id., sala D, 26/2/02, “Corrillo, Raúl c/Punta Mogote S.C.A. y otros”, LL 2003-A, 832 (43.502-S).

¹⁰ CNCom., sala C, 5/3/02, “Di Chello, Antonio S. c/ Farmasat S.A. y otros s/ medida precautoria”, Rev. Elect. Der. Soc. N° 9.

¹¹ CNCom., sala C, 5/2/02, “Cibeira, Fabiana y otro c/ Jones Belkis, Graciela y otros s/ med. precautoria”, Rev. Elect. Der. Soc. N° 10.

más grave que una cautela en sí misma¹².

Esta última cuestión, *suerte de medida preliminar respecto de otra de mayor intensidad*, reviste particular importancia práctica. A partir del resultado de la labor de un veedor, nuestros tribunales en repetidas ocasiones han extendido la vigencia o las facultades del veedor¹³, han ampliado a una coadministración si del informe del veedor surgen irregularidades denunciadas por el peticionante de la medida¹⁴, o bien han desplazado a las autoridades a través de un administrador judicial¹⁵.

A la luz de las soluciones precitadas, creemos que una futura modificación de la L.S. debería, a partir del articulado vigente, receptor y elaborar soluciones sobre la senda que la jurisprudencia ha venido construyendo. Entre aspectos de especial importancia, se destacan los presupuestos de procedencia de la intervención judicial. Es aquí donde el Anteproyecto añade aquellos dos supuestos: el *negar a los socios el ejercicio de sus derechos* y además el caso de *conflictos entre socios que comprometan el normal funcionamiento de la sociedad*.

Aunque con criterio restrictivo, la jurisprudencia ha venido admitiendo la designación de veedores para esos casos y similares¹⁶.

¹² CNCom., sala A, 20/7/01, "Kleinman, Luis I. c/ Castro, Silvia s/med. prec.", Rev. Elect. Der. Soc. N° 7.

¹³ CNCom., sala E, 8/5/00, "De Mayo, M. J. c/ De Mayo - Lonardi SA s/ sumario, inc. ampliación de funciones veeduría judicial", Rev. Elect. Der. Soc., N° 3.

¹⁴ CNCom., sala B, 8/3/02, "Peralta, Juan D. y ot. c/ CE.M.OD S.A. y ot. s/med. prec. s/inc. apel.", Rev. Elect. Der. Soc. N° 10; id., sala D, 31/3/99, "Bruni, Alejandro M. c/ Pascual Bruni S.A. s/ med. cautelares".

¹⁵ CNCom., sala A, 12/12/03, "Panizza, Rolando H. c/ Puerto Príncipe S.A. y otros"; id. sala B, 16/10/03, "Desalvo, Claudia y otro c/ Clase S.A. y otros", Lexis N° 20040539; id., sala D, 4/7/02, "Comesaña, Graciela S. c/ Accinelli, Luis A.", JA 2003-1-791; id., sala A, 4/10/01, "Marcaida de Di Paola c/ Marcaida Hnos. S.A. s/med. precautoria", Rev. Soc. y Concursos N° 13, p. 177, sum. n° 55; id., sala C, 3/7/01, "Baenninger, Juan C. c/ Cerámica J. Stefani S.A. y otros s/inc. apel. art. 250 cpr.", Rev. Soc. y Concursos N° 12, p. 237, sum. n° 47; id., sala D, 11/5/00, "Bruni, Alejandro M. c/ Pascual Bruni S.A. s/ med. cautelares", LL 2000-E, 300; id., sala A, 3/3/00, "Cimino, Mario D. c/ Cuarto Creciente -S.R.L. s/sumario", Rev. Elect. Der. Soc. N° 2; id., sala D, 29/2/00, "Simancas, María A. c/ Caledonia S.A. y otros", LL 2000-D, 638; id., sala A, 23/6/00, "Unger, Néstor M. c/ Lijtenberg, Salvador y otros s/ med. precautoria s/ inc. apel", Rev. Elect. Der. Soc. N° 3; id., sala D, 17/5/96, "Ferro, Juan F. c/ Laplace, María M. y ots. s/ sumario s/ inc. med. cautelares", Of. Jurisp. CNCom. ficha n° 24819; id., sala C, 14/9/79, "Kikiewicz, Irene c/ Establecimientos Metalúrgicos Cavanna SA".

¹⁶ Cuando junto a otras irregularidades se verifica la negación de la información a los socios (CNCom., sala A, 28/11/90, "Lucioni, Natalio F. c/ Oniria S.A. s/ sumario", RDCO 1990-B, 774); si el demandado, además de impedir al co-gerente el ingreso a la sede social, realiza una actividad igual a la de la sociedad y con el mismo domicilio (CNCom., sala E, 19/10/00, "González, Rosa N. c/ Zubacoff, Américo s/ med. precautoria", Rev. Elect. Der. Soc. N° 5;

Sobre la base del *peligro grave para la sociedad*. De allí que nos suscite cierto interrogante la hipótesis de que los posibles conflictos entre socios ya no se refieran a ese peligro calificado, grave, pero puedan no obstante dar lugar a la intervención de la sociedad, cuando comprometan “*el normal funcionamiento*”. La amplitud de esta última fórmula guarda una sensible diferencia con el concreto requisito del *peligro grave* del art. 113 L.S. En otras palabras, la locución “*normal funcionamiento*” podría conceder un ancho margen de interpretación, como por ejemplo acerca del mérito y la oportunidad de los actos de quienes mediante su administración materializan el “funcionamiento” de la sociedad. En el seno de un conflicto societario, podría haber un funcionamiento “anormal” de la sociedad, sin que fuera irreversible o fatal la existencia de un *peligro grave* para la sociedad.

IV.- CONCLUSIONES

Consideramos que una modificación de la Sección XIV de la L.S. debería receptar en el articulado una acotada morigeración del carácter restrictivo cuando se trate de la designación de un veedor, a partir de las líneas trazadas por la jurisprudencia. Asimismo, debería incorporarse la audiencia prevista en el Anteproyecto de 2003 (art. 115 párr. 3º), mecanismo que permitiría un mayor grado de conocimiento directo del juez, para disminuir tanto concesiones como denegatorias apresuradas, por falta de cierta inmediatez. Modificaciones

id., sala C, 5/2/02, “Cibeira, Fabiana y otro c/ Jones Belkis, Graciela y otros s/ med. precautoria”, Rev. Elect. Der. Soc. Nº 10); cuando acreditada la desavenencia entre las partes está además controvertido quién ejerce la representación de la sociedad (CNCom., sala C, 5/3/02, “Di Chello, Antonio S. c/ Farmasat S.A. y otros s/ medida precautoria”, Rev. Elect. Der. Soc. Nº 9); si además del enfrentamiento entre los socios, se encuentran funcionando dos directores que se pretenden legítimamente constituidos (CNCom., sala E, 26/3/97, “Texout Inversiones y otros c/ Kavlakian, Gabriela L. s/ medida cautelar”); si desde la constitución de la sociedad el socio no logró conocer la marcha de los negocios del ente ni consultar los libros de comercio, y se le negó el ingreso al lugar fijado para la realización de la asamblea por él impugnada (CNCom., sala D, 6/4/00, “Limohi, José J. c/ Corrientes 2048 S.A. y otros”, LL 2000-F, p. 982, 43.215-S); cuando se infiere cierto grado de incertidumbre sobre la conducción de los negocios, si de la memoria y estados contables de una sociedad de pequeña estructura, sin actividad en el ejercicio en cuestión, surge una distribución de utilidades superior al 50% del patrimonio neto (CNCom., sala A, 5/8/94, “Insua, Ernesto c/ Welbers Insua S.A. s/ sumario s/ inc. apel.”, ED 161-476).

todas que deberían elaborarse sobre la estructura del articulado vigente, en especial el art. 113 L.S.

V.- PONENCIA

A manera de ensayo, inspirado en fomentar el intercambio de opiniones en la problemática de la intervención judicial de las sociedades comerciales, nos permitimos sugerir las siguientes modificaciones a la Secc. XIV Cap. I de la L.S., referidas al art. 114, en donde se mantienen los dos primeros párrafos de la norma vigente y se añade un final relacionado a la audiencia, como sigue:

Requisitos, prueba y audiencia preliminar

Artículo 114.- El peticionante acreditará su condición de socio; la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió la acción de remoción.

Criterio restrictivo

El juez apreciará la procedencia de la intervención con carácter restrictivo. Cuando consista en la designación de veedor, el criterio restrictivo podrá atenuarse si la medida no hace presumir una intromisión desmedida ni un perjuicio injustificado para la sociedad.

Audiencia preliminar

Salvo peligro inminente, el juez, previo a decidir sobre el pedido de intervención, podrá fijar una audiencia con el solicitante de la medida y la sociedad, con asistencia del síndico en su caso, a celebrarse dentro de los diez días. En dicha audiencia, además de intentarse una conciliación, la sociedad podrá formular explicaciones, además de ofrecer garantías u otras medidas adecuadas para evitar la eventual admisión de la intervención judicial. El juez resolverá el pedido de intervención judicial sin necesidad de otra audiencia, sustanciación o trámite.