

CAPÍTULO PROBLEMAS QUE PLANTEA LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA INTERVENCIÓN SOCIETARIA

CARLOS A. MOLINA SANDOVAL

PONENCIA

La intervención judicial de la sociedad debe interponerse en contra de la sociedad.

En ciertos supuestos, la demanda en contra de la sociedad puede generar conflicto de intereses, ya que en ciertos casos quien representa a la sociedad (en resguardo del interés social) también esgrime defensa que hacen a su función orgánica (en claro interés personal). Por ello, en algunos casos y teniendo en cuenta las particularidades fácticas (evidente conflicto de intereses, peligro en la demora o verosimilitud del derecho calificados, acreditación de ciertas maniobras fraudulentas, condena penal, etc.), los accionistas que no designaron el director en vías de remoción o al menos los accionistas que en la asamblea respectiva votaron por la remoción del mismo, designen un representante ad hoc de la sociedad en asamblea especial convocada

conforme al art. 250, LSC, o en su defecto, el representante deberá ser designado por el juez. Ello de conformidad a una interpretación analógica con el art. 253, 2º párr., LSC.

En aquellos casos que el administrador no represente a la sociedad, parece adecuado adaptar la normativa procesal a los fines de no quebrantar su derecho de defensa.

I. INTRODUCCIÓN

Existe suficiente consenso doctrinario en que la medida cautelar interventiva, accesoria de la acción de remoción, quien está legitimada pasivamente es la “sociedad”. La medida debe interponerse *en contra de la sociedad*, aun cuando sus administradores hayan sido quienes hayan configurado la conducta que dio causal a la medida cautelar. Se acciona contra la sociedad, pues es ella quien debe separar provisionalmente al administrador. Máxime cuando el peticionario ya ha agotado todos los recursos societarios (legales o estatutarios) y no a logrado *separar* del cargo al administrador¹.

Igualmente, en la acción de remoción, deberá demandarse a la sociedad y no directamente a los directores o administradores que hayan dado motivo para la misma. Y, obviamente, si la medida cautelar es accesoria a la de remoción, la solicitud de nombramiento del interventor debe dirigirse al mismo tribunal en que ha sido demandada la sociedad.

Debe tenerse en cuenta que el interés protegido mediante esta acción es el de la sociedad: aun cuando mediata e indirectamente el solicitante (en su condición de socio) procure satisfacer sus propios intereses, está tutelando el interés del ente colectivo que integra; el sujeto pasivo de la medida cautelar no es el administrador, sino que es un tercero: la sociedad.

De más está aclarar que el *peligro grave* exigido legalmente (arts. 113 y 114, 1º párr., LSC) debe ser para la sociedad y no para el peticionario (aunque indirectamente lo pueda sufrir); por ello, la con-

¹ Por todos, ver: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Intervención judicial de sociedades comerciales*, Ed. La Ley, 2.003.

tracautela se ordena en resguardo de los eventuales perjuicios que la medida pueda ocasionar a la sociedad (no a los socios).

II. CONFLICTO DE INTERESES

Sin embargo, la situación descripta muestra de manera evidente un conflicto de intereses entre el director que se pretende remover y la sociedad cuyo interés se pretende tutelar. En este sentido, el art. 272, LSC, señala que cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en responsabilidad. Asimismo, los arts. 59, 157 y 274, LSC, entre otros, prescriben que los integrantes del órgano de administración deben actuar de buena fe y como un buen hombre de negocios.

Por lo que en este supuesto, el director podría actuar representando *dos intereses que no necesariamente coinciden*: por un lado, el director, en cuanto tal, integra un órgano encargado de velar por el interés social; por el otro, y a nivel funcional, procurará repeler cualquier intento de remoción, mediante el cual se le impute responsabilidades derivadas de su actuar orgánico.

En general, las cuestiones de conflictos de intereses en la LSC tienen una solución aunque insuficiente siempre tiende a evitar la participación de quien tiene interés contrario (v.gr., art. 248, 272, etc., LSC). Ello no sólo surge de la LSC, sino que es un principio general del derecho fundado en la prevención del daño o conducta dañosa. Constitucionalmente se procura evitar las conductas que pueden generar daños.

Paralelamente, tampoco es constitucionalmente valioso dejar indefendida a la sociedad, pues quien ejercerá este derecho de defensa (art. 18, CN) es quien tiene interés en evitar que descubran los daños ocasionados a la sociedad, afectando con ello gravemente el interés social.

El art. 253, 2º párr., LSC, prevé una solución que podría traspolarse al esquema interventivo. Este precepto señala: “Cuando la acción sea intentada por la mayoría de los directores o miembros del consejo de vigilancia, los accionistas que votaron favorablemente

designarán por mayoría un representante ad hoc, en asamblea especial convocada conforme al art. 250. Si no se alcanzare esa mayoría, el representante será designado entre ellos por el juez”.

III. DIRECTORIO UNIPERSONAL

En los casos de directorios unipersonales, la representación de la sociedad y la personal del director se confunden y muchas veces el director actúa no sólo con diversos intereses, sino también bajo distintos roles.

En este sentido, y si sólo está legitimada pasivamente la sociedad, ¿quien deberá ejercer el derecho de apelación previsto en el art. 117, LSC?

Pues bien, tratándose de un órgano de *administración unipersonal*, la cuestión no ofrece mayores problemas, ya que el mismo administrador (afectado por la medida cautelar) ocupará todo el órgano de administración y de representación de la sociedad. Luego, será este administrador en representación de la sociedad quien podrá ejercer su propio derecho de defensa (art. 18, CN): comparecerá en juicio y opondrá las defensas de casos. En este supuesto el principio constitucional de defensa no encuentra vulneración alguna en relación al directorio, aun cuando pueda existir una mala defensa en relación a la sociedad (y por ello, podría estar vulnerado justamente el principio que se pretende tutelar –art. 18, CN-).

Por lo que puede ser común que dicha impugnación sea contraria al interés societario (la perjudique), pero beneficie personalmente al director. Sin embargo, puede suceder que la alzada dé la razón al director intervenido y, en consecuencia, no existían los motivos graves invocados por el socio que solicitó la intervención (y mucho menos el perjuicio para la sociedad).

Por ello, parece prudente entender que en ciertos casos y teniendo en cuenta las particularidades del caso (evidente conflicto de intereses, peligro en la demora o verosimilitud del derecho calificados, acreditación de ciertas maniobras fraudulentas, condena penal, etc.), los accionistas que no designaron el director en vías de remoción o al menos los accionistas que en la asamblea respectiva votaron por la

remoción del mismo, designen un representante ad hoc de la sociedad en asamblea especial convocada conforme al art. 250, LSC, o en su defecto, el representante deberá ser designado por el juez.

IV. REPRESENTACIÓN INDISTINTA

A iguales conclusiones se puede llegar -aunque con algunas complicaciones adicionales- cuando el órgano de administración es plural y cualquiera de ellos puede realizar indistintamente cualquier acto de administración (v. gr. arts. 157, 2º párr., 128, LSC o pacto expreso en el estatuto). Podrán comparecer en juicio y representar a la sociedad, resguardando su derecho personal de defensa, pero no el social.

Ahora bien, y tomando como ejemplo el caso de la sociedad anónima, la cuestión podría cambiar si se trata de un órgano de administración plural en el cual la representación societaria la ejerce un director en particular (presidente -art. 268, LS-), y la intervención procura la separación de un solo director (minoría) de dicho órgano plural. En este supuesto quien ejercerá la representación de la sociedad (y contestará la demanda interventiva) será el presidente, previo acuerdo de la mayoría directorial.

En este caso, la sociedad deberá defender sus derechos mediante la mayoría de directores y el director intervenido podrá participar del proceso a título personal. En esta hipótesis, de infrecuente suceso práctico, debe darse al director la posibilidad de alegar cuanto hace a su derecho de defensa (art. 18, CN). Máxime teniendo en cuenta que la remoción se funda en un mal desempeño en las funciones del director intervenido. Mal desempeño que también dará lugar a la acción de responsabilidad en su contra (art. 274 y ss., LSC).

V. CITACIÓN DEL ADMINISTRADOR “SEPARADO”

Al margen de la cuestión del cauce procesal de la citación del administrador separado, lo cierto es que el administrador separado debe tener la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Una solución contraria podría ser inconstitucional, por quebrantar el mentado

derecho (art. 18, CN). Por ello, parece prudente entender que el administrador separado pueda intervenir en dicho proceso, aun cuando la legitimación sustancial la tiene la sociedad (pues es quien debió separar al administrador societario y no lo hizo).

Ahora bien, la eventual citación del administrador separado, no necesariamente deberá ser como legitimado pasivo (litisconsorcio pasivo necesario). Ello así, en virtud de las disposiciones procesales, en general, regulan el tema del litisconsorcio. Se trata en esencia de la posibilidad que tiene la parte actora de acumular y ejercitar simultáneamente las acciones que se tengan contra varias personas, siempre que se funden “en una misma causa de pedir” (art. 181, CPCCCba.) o cuando las acciones “sean conexas por el título o por objeto” (art. 88, CPCCN). Aquí no existe una pluralidad de acciones: es una sola acción (la remoción) y su accesoria cautelar (intervención).

Por ello, una de las muchas posibilidades es la citación del administrador (cuyo desempeño ha sido cuestionado y no goza de la representación societaria) como verdadero *tercero interesado* al proceso. Admitida tal posibilidad cabe cuestionarse respecto de que tipo de intervención será (obligatoria o voluntaria).

En primer término, cabe señalar que el fundamento de la citación de terceros radica en la posible afectación de una resolución a otros sujetos que son extraños a las partes originales (aunque el administrador no es estrictamente un tercero ajeno a las partes). Obviamente que tal citación supone un proceso previamente iniciado en el cual el tercero no haya sido demandado: Citado el tercero, los efectos de la sentencia dictada en tal proceso se extenderán al tercero cuando se haya incorporado; si tal incorporación no se produjo, tales efectos no le serán oponibles.

Además, cabe señalar que se admiten dos modalidades: la intervención voluntaria y la obligatoria. Tales posibilidades se encuentran regulados en los códigos de rito (intervención voluntaria -arts. 432, CPCCCba. y 90, CPCCN- e intervención obligada -arts. 433, CPCCCba. y 94, CPCCN-).

i) Intervención voluntaria. Con respecto a la *intervención voluntaria* de terceros, se estima factible jurídicamente la posibilidad de que el administrador que no ejerce la representación de la sociedad

intervenga voluntariamente en el proceso.

Las razones que avalan nuestro razonamiento son: i) el auto de intervención judicial que se dicte en tal proceso podría afectar el interés propio del administrador (arts. 432, inc. 1, CPCCCba y 90, inc. 1, CPCCN). Es decir, existe un interés legítimo de tal sujeto en participar del proceso y, en consecuencia, gozar de las mismas facultades procesales; ii) también se basa en el principio de economía procesal y de concentración, pues procura mayor actividad en menos actos; es decir, produce un menor desgaste jurisdiccional, ya que mediante este instituto se pueden solucionar cuestiones conexas a las del proceso principal; iii) facilita la seguridad jurídica (art. 28, CN), evitando que un mismo supuesto fáctico pueda conllevar a soluciones contradictorias; iv) finalmente, pues se protege el derecho de defensa (art. 18, CN) y su derivado principio de “bilateralidad”, posibilitando a un tercero ajeno al proceso ejercer adecuadamente la defensa de sus derechos debido a la relación de fondo que une a los contendientes.

ii) *Intervención obligada.* Con respecto a la *intervención obligada* de terceros, consideramos que la demandada (sociedad) en un proceso interventivo también puede citar coactivamente a terceros que no hubiesen sido demandados (id est: administrador). Y, obviamente, el auto recaído en el mismo hará cosa juzgada respecto de ellos

Ello es así, pues la controversia podría ser común entre los terceros y el demandado primigenio (sociedad). Además, esta posibilidad se funda en las normas procesales de los arts. 94, CPCCN y 433, CPCCCba. Finalmente, porque caben las mismas argumentaciones esbozadas en el punto anterior.