

Intervención judicial de Sociedades Comerciales: Presupuestos de procedencia*

Judicial intervention of commercial companies: requirements of provenance

Por Ricardo Javier Belmaña**, Julieta Alicia Gamboa***, Cristina Sager***, Rocío Vaca Narvaja***, Cristina, Matus***, Ivana Odetti***, María Victoria Peretti***, Sofía Inés Giménez***, María Laura Verduzco***

Resumen: En el ámbito del derecho, las medidas cautelares tienen una función asegurativa en orden al probable resultado de un proceso. La intervención judicial, reviste el carácter accesorio de la acción de remoción y tiene por finalidad evitar que durante el transcurso del proceso judicial, los actos efectuados por el administrador en contra de quien se dirige la acción de remoción produzcan un daño grave al ente social. La ley prevé como requisitos para la procedencia de la medida que el solicitante acredite su condición de socio, exista peligro grave generado por actos u omisiones de los administradores, se hayan agotado los recursos internos previstos en el contrato social para la solución del conflicto, se haya promovido la acción de remoción de administrador y se ofrezca la correspondiente contracautela.

Palabras Clave: medidas cautelares, intervención judicial, acción de remoción, derecho societario, derecho procesal.

*Recibido el 31/11/14 y aprobado definitivamente para su publicación el 27/09/16

** UNC – UES21 – Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

***Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

Abstract: In the field of law, precautionary measures have a caution role, in aim of the possible outcome of a process. Judicial intervention has accessory nature in respect of a social administrator removal action. The measure is intended to ensure that, during the course of the trial, the acts done by the administrator -against whom the action is aimed- don't produce damage to the corporate interests. The law provides the requirements for the admission of the measure: evidence of status as a partner by the claimant; proof of serious danger from the acts or omissions of the directors; that the remedies provided by the social contract have been exhausted; the promotion of the removal action and the offering of suretyship

Keywords: injunctions, judicial intervention, removal action, corporate law, procedural law.

Introducción

El normal funcionamiento de la sociedad, a través de la ejecución de las actividades tendientes a la realización del objeto social, supone un equilibrio entre sus órganos de gobierno y administración. Cuando surgen conflictos societarios como consecuencia de un mal desempeño por parte de los administradores, manifestados en una gestión negligente, abusiva o violatoria de las normas, se pone en grave peligro la continuidad societaria. La intervención judicial constituye el remedio de excepción contenido en la ley para hacer frente a dichas circunstancias.

Es una medida cautelar de carácter excepcional, adoptada por el juez en virtud del requerimiento fundado de parte legitimada, con invocación de causas graves que ponen en peligro a la sociedad o le puedan causar un daño actual o inminente, vinculadas con la actuación de la administración social, tendiente a sustituir, limitar o controlar al órgano en sus funciones societarias, para evitar las consecuencias de tal actuación.

Es una medida cautelar, precautoria, accesoria de la acción de remoción, orientada a salvaguardar la vida de la sociedad y a evitar que los hechos que la fundan puedan adquirir, con el transcurso del tiempo, potencialidad tal como para provocar perjuicios irreparables (Roitman, 2001).

Como requisitos para la procedencia, se requiere que el solicitante acredite su condición de socio, exista peligro grave generado por actos u omisiones de los administradores, se hayan agotado los recursos internos previstos en el contrato social para la solución del conflicto, se haya promovido la acción de remoción de administrador y se ofrezca la correspondiente contracautela.

Se distinguen tres clases de intervención que implican distinta graduación, desde la más leve hasta la interferencia máxima: veedor, coadministrador y administrador. La concesión de esta precautoria así como la designación de la clase de intervención, deberá siempre contemplar el criterio restrictivo que la ley establece de modo expreso.

Presupuestos de Procedencia

Para que se disponga la medida de intervención judicial, a más de los requisitos generales de toda cautelar, el peticionante debe acreditar los requisitos específicos previstos en los art. 114 y 116 de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS).

Legitimación activa

El primer requisito de admisibilidad que menciona el art. 114 de la LGS se refiere a la legitimación activa para solicitar la cautelar. Consiste en la acreditación de la condición de socio del peticionante. También puede ser solicitada la medida por quien acredite otro interés legítimo en la remoción del administrador.

Al respecto, entiende Cámara (1985) que es la misma legitimación activa exigida por la ley para solicitar la acción de remoción del administrador social. De esta forma, todo aquél que se encuentre legitimado para requerir judicialmente la remoción se encuentra habilitado a solicitar su medida cautelar accesoria.

En el caso de las SA, este presupuesto se acredita con la presentación de los títulos o el correspondiente certificado de depósito bancario, se admite en algunos casos que la acreditación sea hecha por diligencia preparatoria (art. 485 Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, en adelante CPCC), siempre que se den los recaudos que el ordenamiento procesal exige para dichas medidas. En supuestos de sociedades de este tipo que no emitan títulos, si la condición del socio es antigua, la legitimación podrá acreditarse con el libro de Registro de Asistencia a Asambleas. Si el socio es reciente, con la constancia de la notificación efectuada por escrito a la sociedad emisora de las acciones nominativas o escriturales, conforme lo determina el art. 215 LGS.

En el supuesto de socios de una SRL, dicho presupuesto se acredita con el original o copia certificada del contrato social inscripto o sus modificaciones. Si se tratara de un socio al cual le hubiera sido transferida la titularidad de las cuotas por sucesión a título singular (Cfr. art. 152, LGS). Escuti (2006) ha destacado los conflictos que pueden suscitarse en el caso de las SA, sobre todo en el supuesto de sociedades cerradas o familiares, cuando un accionista precisa acreditar su condición de socio en los términos del art. 114 LGS.

Tradicionalmente, dicho carácter se acreditaba en nuestro país con la exhibición de las acciones. Cuando los títulos eran al portador, la única forma de probarlo era mostrando el papel, el cual quedaba reservado en la secretaría del juzgado. De esta manera, la tenencia de las acciones por parte de una persona demostraba su carácter de accionista en virtud de la presunción de legitimidad consagrada por el art. 1895 del Código Civil y Comercial. Esta situación cambió por completo con el establecimiento de un nuevo régimen de acciones nominativas, lo que significó que, para ser considerado socio de una SA, tiene que notificarse a la sociedad la transferencia de las acciones. Así, si un accionista original que figura en el acto constitutivo transmite sus acciones a otra persona,

para perfeccionar la transmisión, ésta debe ser notificada a la sociedad quien, además, debe anotar en el libro de registro de acciones el cambio de titularidad operado.

En este contexto, el primer problema que se plantea es el relativo a la transferencia, que debe considerarse operada recién desde la inscripción en el libro de registro de acciones de la sociedad. Ello puede ocasionar conflictos, porque quien debe inscribir las acciones a nombre del accionista es la propia sociedad, quien resulta ser un tercero en la operación de transferencia.

Puede suceder, por ejemplo, que la composición del elenco de accionistas sea de nueve socios complacientes y uno solo disidente. Dentro de este cuadro de situación, si hubo una persona que fue adquirente a posteriori de las acciones que correspondía al disidente, y la sociedad es manejada por la mayoría en conflicto con dicho socio, puede ocurrir que no inscriba las acciones en el registro como forma de evitar que ejerza sus derechos. En este escenario, el socio que transmitió, no puede ejercer sus derechos y, el cesionario –adquirente pero cuya transferencia tampoco fue inscrita por la sociedad– tampoco puede ejercer los suyos.

En el supuesto de herederos de socios de una SRL, cuando medie pacto de incorporación obligatoria, además deberá acompañarse la respectiva declaratoria de herederos.

En relación a las sociedades comprendidas en la sección IV de la LGS, (aquellas que no se constituyan conforme los tipos sociales admitidos, que omitan requisitos esenciales o que incumplan con las formalidades exigidas -art. 21 LGS-) entendemos que no existen dudas de la posibilidad de disponer la intervención judicial. La última reforma legislativa de la ley societaria ha potenciado la estructura de la sociedad irregular. La oponibilidad el contrato entre socios y frente a terceros que lo hubieren conocido, permite acreditar la calidad de socio y el agotamiento de los recaudos previstos en el contrato para la solicitud de la medida.

Puntualiza Cámara (1985), con acierto, que la calidad de socio se debe tener al momento de solicitar la medida cautelar y debe mantenerse durante el trámite del proceso de remoción del administrador.

La LGS no ha impuesto al socio que deba acreditar una participación mínima en el capital para poder solicitar la intervención, salvo en el supuesto del socio comanditario en las sociedades en comandita por acciones por exigencia contenida en el art. 319 de la LGS, de un mínimo de participación del 5% del capital social para poder solicitar la remoción judicial con justa causa (Cámara, 1985). No obstante ello, parte de la doctrina ha interpretado que en este caso la acción de remoción puede ser incoada por varios socios comanditarios, cada uno con una participación menor al cinco por ciento, en un litis consorcio activo, para de esa manera reunir el mínimo requerido por el art. 319 LGS. Si sucediera que en tal hipótesis una vez iniciada la acción de remoción solo uno de esos socios comanditarios litisconsorte activo, desee solicitar la intervención judicial, podrá hacerlo ya que la LGS no exige una participación mínima en la sociedad para solicitar la cautelar, sino que el mínimo de tenencia requerido lo es para la acción de fondo (Roitman, Aguirre & Chiavassa, 2009).

No se encuentran legitimados, conforme limitación dispuesta por el art. 192 de la LGS, el accionista moroso en la integración de sus acciones ya que se encuentra suspendido en el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora, entre los que incluimos el de petitionar la remoción del administrador y la cautelar propia.

Tampoco lo estaría, para Roitman (2001) ni para Couso (1983), el socio recedente en virtud del art. 245 de la LGS ya que adquiere el carácter de acreedor frente a la

sociedad. González (2000), en cambio, considera que la discusión que existía respecto de la legitimación del socio recedente, ha quedado definitivamente zanjada con la modificación del art. 245 por la ley 22.903, dada la existencia de un estado de transitoriedad durante el cual se mantiene el carácter de socio, y sostiene que mientras el socio no se haya separado de la sociedad, posee legitimación para pretender la intervención judicial de la misma. Este sector doctrinario entiende que la Ley 22.903, ha establecido el reconocimiento pleno de la calidad de socio durante el lapso que dure su vigencia, atento que su participación puede ser pagada durante el año siguiente al cierre de la asamblea en la que se toma la decisión que habilita el derecho de receso.-

Otro supuesto de socio no legitimado Roitman et al. (2009) es aquél al que se le hubieran suspendido provisoriamente sus derechos en los términos del art. 91 LGS, si se hubiera solicitado dicha cautelar y concedido en el marco de un proceso en el que se tramite la acción de exclusión. Cabe aclarar que dicha posibilidad, conforme expresamente dispone la norma, lo es sólo respecto de socios de tipos personalistas, SRL y los comanditados de las sociedades en comandita por acciones.

Legitimación del Síndico

Entre los que se mencionaron como “otros titulares de interés legítimo en la intervención”, se encuentra el Síndico, en tanto órgano de fiscalización privada de administración de la sociedad, ya sea que se trate de un órgano optativo u obligatorio. Si bien la legitimación es discutida en la doctrina, un sector de la doctrina a la que adherimos, sostiene que se encuentra legitimado (Nissen, 2010), no obstante el silencio del art. 114 LGS al respecto. Ello, por las siguientes razones: en primer lugar, porque al ser la intervención judicial accesorio de la acción de remoción de administrador, resulta lógico que todos aquellos que se hayan legitimados para accionar por la remoción, puedan solicitar la cautelar. Sumado a ello, el art. 102 último párrafo de la LGS expresamente faculta a dicho órgano a demandar, estando la sociedad en etapa liquidativa, la remoción judicial del liquidador por justa causa. Además, si la función principal de la Sindicatura es la vigilancia de que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias (art. 294, inc. 9, LGS), debiendo impugnar las resoluciones sociales cuando no se ajusten a aquellas normas (art. 251, 2º párrafo, LGS), mal podría dicho funcionario cumplir con sus funciones si sus obligaciones concluyeran con asentar su protesta si los administradores colocaran a la sociedad en peligro grave.

Es que ante la inactividad o complicidad de los accionistas, el Síndico tiene el deber de demandar la remoción de los administradores antes los tribunales, pues no podría eludir la responsabilidad que le cabe como guardián de la legalidad del funcionamiento de todos los órganos de la sociedad.

Entendemos que esta legitimación del Síndico es subsidiaria y sólo procede ante la inactividad de quienes primero se encuentran legitimados para promover la acción de remoción. Sólo si no puede obtener una decisión favorable de los socios que disponga la remoción de los administradores una vez constatadas las irregularidades en la administración social que pongan al ente en grave peligro, el Síndico se encuentra facultado para solicitar judicialmente la intervención de la sociedad.

Más aún, el art. 279 LGS hace solidariamente responsable a dicho órgano social por los hechos u omisiones de los directores cuando el daño no se hubiera producido si hubiera actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias. Entonces, si el Síndico quiere dejar a salvo su responsabilidad

frente a la inactividad de la asamblea, no le queda otro camino que demandar la remoción de los administradores, pudiendo pedir la intervención judicial de la sociedad.

Por último, el art. 258 LGS faculta al Síndico a nombrar administradores en caso de vacancia, por lo que resulta lógico que se encuentre facultado a solicitar la intervención judicial en este supuesto. Jurisprudencia avala esta postura, en cuanto ha entendido que ante el agotamiento de los recursos legales y estatutarios previstos, con fundamento en la responsabilidad solidaria del síndico por la omisión de los directores y frente a su deber de actuar como un buen hombre de negocios, se encuentra facultado para solicitar al magistrado competente la designación de un interventor que represente a la sociedad y la administre hasta tanto se regularice la situación (Arroniz, 1981). Por razones similares a las expuestas y conforme lo dispuesto por los arts. 280 y 281 de la LGS, entendemos que se encuentra legitimado para solicitar la intervención judicial el consejo de vigilancia.

Otro sujeto legitimado para solicitar la intervención judicial, es la autoridad de control estatal, aunque sólo tratándose de sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, debentures o realicen operaciones financieras o bancarias. El organismo estatal, conforme lo faculta art. 303, inc. 2 de la LGS, puede solicitar la intervención de la administración de dichas sociedades cuando en su seno se hayan adoptado resoluciones violatorias de la ley, estatuto o reglamento, contrarias al interés público. En dicho supuesto, la autoridad debe fundar, en la resolución que lo disponga, las causales que motivan la presentación judicial. La intervención tendrá por objeto remediar las causas que la motivaron, y si ello no fuera posible, la disolución y liquidación del ente social implicado. En este supuesto, el fin de la medida no es resguardar el interés social sino el general, por lo que la doctrina entiende que no es dable extremar las exigencias propias de las medidas cautelares. La medida no tiene carácter cautelar, ya que su finalidad no es la protección del interés de la sociedad sino del interés general (Vítolo & Nissen, 1982). La jurisprudencia se ha encargado de clarificar los presupuestos de procedencia en este supuesto especial de intervención (Inspección General, 1973)

En aquellas sociedades que se encuentran bajo contralor estatal, los órganos respectivos están legitimados también para requerir su intervención judicial, a saber, la Inspección General de Justicia respecto de las sociedades fiscalizadas por ella, la Inspección de Personas Jurídicas en la Provincia de Córdoba, la Superintendencia de Seguros de la Nación respecto de las sociedades de seguro, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) respecto de las sociedades cooperativas y el Banco Central de la República Argentina respecto de las entidades financieras (González, 1998).

Por último, un sector de la doctrina entiende que excepcionalmente se le debe otorgar legitimación activa a los integrantes del órgano de administración de la sociedad a fin de solicitar la intervención judicial como medida accesorio de la remoción pretendida respecto de alguno de sus pares. La posibilidad, pese a no estar prevista en la LGS, estaría otorgada por el Código de Procedimiento Civil y Comercial de Córdoba, a condición de que el administrador solicitante esté obligado a impugnar judicialmente una decisión de la asamblea que no sienta obligado a cumplir a fin de eximirse de responsabilidad, que sea minoría en el órgano y deba impedir un acto abusivo de la mayoría (Roitman et al., 2009).

Acreditar la existencia del peligro y su gravedad

El grave daño que puede ocasionar la permanencia en el cargo del administrador de la sociedad mientras se sustancia la acción de remoción, es el motivo fundamental para

pretender separarlo interinamente de sus funciones, a través de la intervención judicial de la administración societaria.

El peligro en la demora no debe ser generado por quien lo invoca, pues resultaría a todas luces un planteo contradictorio. El peligro debe ser objetivo, pues no corresponde amparar un simple temor o apreciación del solicitante. Esto es, debe ser fundado. No basta que el interés en obrar nazca de un estado de peligro y que la providencia invocada tenga, por ello, la finalidad de prevenir un daño solamente temido, sino que es preciso que a causa de la inminencia del peligro, la providencia solicitada tenga el carácter de urgencia (Cámara, 1985). Es por ello que, en virtud de esta urgencia, y dado el tiempo que puede insumir la solución perseguida en la acción de remoción, se puede requerir esta medida para que anticipe provisionalmente los resultados, a fin de evitar que el perjuicio a la sociedad se agrave. En el supuesto de que el pleito de remoción se sustancie rápidamente, la intervención carecería de sentido práctico, pero la realidad indica que este tipo de acciones, a las que se imprime trámite de juicio abreviado, suele dilatarse en el tiempo. Ello hace imperioso el planteo de intervención, dado que la omisión de actuar rápidamente, puede provocar que el daño advertido deje consecuencias irreparables para la persona jurídica.

Si bien con la obtención de la medida el peticionante no logra una solución a la cuestión principal, en tanto el juicio de remoción continúa en trámite, sí se puede evitar la producción o agravamiento de daños inmediatos. Es decir, aun cuando la cuestión de fondo no haya sido resuelta todavía, la intervención judicial ha tenido éxito provisional, dado que con la intervención judicial se ha evitado la concreción o agravamiento de los perjuicios a la sociedad, lo que no se hubiese conseguido de no haberse trabado la medida.

En cuanto a la valoración del peligro y su gravedad, queda librada a la discrecionalidad del juez. Por ello, los peticionantes deben generar en éste la suficiente convicción que lo lleve a creer en la verosimilitud de lo que se peticiona en la acción principal. Es así que en éste estadio inicial, solo se juzgaran probabilidades: la posibilidad de que quien se autoproclama como titular de un derecho, realmente lo posea; la posibilidad de que sino se actúa con velocidad y urgencia, el daño quede instalado en la sociedad, con consecuencias que no permitan revertirlo (Molina Sandoval, 2003).

El magistrado, al momento de decidir la admisión o rechazo de la medida, debe ser cauto en el análisis de los hechos y pruebas arrojadas, a fin de merituar si hay verosimilitud en el peligro y su gravedad, y procurar no incurrir en posiciones extremas, siempre en tutela del interés social. Está claro que esto no será tarea sencilla para el juzgador y, dada la apreciación subjetiva que exige la cuestión, existirán, probablemente, posiciones divergentes entre distintos tribunales.

El juez debe evitar concederla sin exigir un mínimo de probanzas que demuestren la verosimilitud del peligro invocado y su gravedad, pero tampoco debe actuar con excesivo rigorismo. Debe evitar estar sujeto a pautas predeterminadas para merituar la intervención solicitada. Sobre el punto, la jurisprudencia ha entendido que:

“...no se trata de exigir al peticionario una prueba plena y concluyente del derecho invocado, sino de apreciar la apariencia de credibilidad del reclamo de fondo, con la provisionalidad con que cabe valorar los elementos de juicio incorporados a la causa y siendo una medida de gravedad, se impone al juzgador el estricto cumplimiento de tales criterios...” (De Miguel, 2011).

La jurisprudencia en este tema demuestra que los magistrados han sido exigentes en la valoración de los hechos invocados para acreditar el peligro y su gravedad, con fundamento en el carácter restrictivo impuesto por el art. 114, último párrafo, LGS Recientemente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, en autos

“Barcessat, Hernán Augusto c/ Barcessat, Ariel Gustavo s/ Medida precautoria s/Inc. De Medidas Cautelares, con fecha 20/05/2011, confirmó el fallo de primera instancia que rechaza un pedido de designación de interventor con desplazamiento del órgano de administración, por considerar que la intervención judicial debe ser admitida con criterio restrictivo, pues ella no puede importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, a fin de no provocar un daño mayor que el que se quiere evitar.

En definitiva, luego del análisis de los hechos invocados y las probanzas ofrecidas, el Tribunal debe resolver sin más inaudita parte la intervención judicial solicitada, conforme el grado de convicción que dichos elementos le hayan generado.

Verosimilitud del derecho: Actos u omisiones de los administradores que constituyen peligro grave

Para la procedencia del pedido de intervención judicial debe acreditarse que la sociedad se encuentra en peligro grave, producido por actos u omisiones de los administradores. No es necesario que estos actos u omisiones constituyan hechos ilícitos o hayan sido realizados con mala fe, ya que el dolo o culpa cobrarán relevancia en las eventuales acciones que pudieren iniciarse para establecer la responsabilidad de los administradores. Resulta suficiente, en consecuencia, que con ellos se agreda al ente social y hagan suponer que, de continuar, provocarían consecuencias irreparables para éste. La prueba de estos actos u omisiones de los administradores –invocados para promover la acción principal de remoción y la accesoria de intervención judicial–, se efectúa sumariamente e inaudita parte, admitiéndose cualquiera de los medios previstos por la ley.

Cámara (1985) considera configurado el recaudo de peligro grave cuando se dan las siguientes situaciones:

Cuando hay un estado de hecho que vuelve necesario adoptar medidas provisionales en defensa del interés social; el abandono de las funciones del gerente, acreditado prima facie; la discordancia absoluta entre los asociados¹ o enemistad entre ellos; la realización de actos perjudiciales de administración para la sociedad; en caso de inexistencia de las autoridades de la sociedad anónima y en otros supuestos igualmente extremos; no funciona regularmente el directorio ni consta que éste haya procedido a hacer efectiva la liquidación; cuando los administradores realicen actos o incurran en omisiones que pongan en grave peligro a la sociedad; la demora en la confección y presentación de balances –aun cuando no se convocara una asamblea previa–, o si las deficiencias contables de la sociedad impiden tener un conocimiento claro de la situación real y operaciones comerciales realizadas, menoscabando el derecho de control de sus interesados; cuando se mantiene la situación de sociedad anónima en formación, pues ello afecta el desenvolvimiento de su giro, impide el control a que tienen derecho los socios y pone en peligro la existencia misma de la sociedad que explota un servicio público; en la sociedad anónima cuando se discute la titularidad de un alto porcentaje de acciones, hasta que sea decidida en definitiva esa situación que posibilitara el ejercicio pleno de los derechos que emanan de aquella. (Cámara, 1985: 662-664)

En cambio, se rechazó la medida preventiva cuando en los actos de administración intervinieron todos los socios, no se le negaron al consocio amplias facultades de control o se obró con el consentimiento del coadministrador, quien dispone de las vías legales para obviar la situación (Cámara, 1985).

En un fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se consideró que la acefalía del órgano de administración social no habilita per se el dictado

de una medida de intervención judicial del ente. Debe evaluarse y examinarse cuáles fueron las causas que llevaron a ese estado y quienes son los administradores legales del ente que ubicaron a éste en esa situación (Barcessat, 2011).

Haber agotado los recursos societarios contractuales y/o legales

Como presupuesto de admisibilidad de la cautelar societaria analizada, el art. 114 de la LGS, dispone que “(...) el peticionante acreditará (...) que agotó los recursos acordados por el contrato social (...)”. En consonancia con el carácter restrictivo de esta medida, el legislador ha impuesto el cumplimiento del presente recaudo procurando que el peticionante, ante el conflicto societario, agote la instancia prejudicial antes de acudir a los tribunales.

Las sociedades están estructuradas sobre la base de órganos diferenciados y la LGS ha establecido las funciones, deberes y atribuciones de cada uno de ellos, con la finalidad de equilibrar los derechos en juego, a fin de que frente a un conflicto, éste pueda ser solucionado dentro del ámbito propio del ente. Por ello el ordenamiento societario ha diseñado este instituto de manera tal que sea el último recurso disponible para solucionar los conflictos intrasocietarios.

Al respecto, Couso (1983) ha señalado una serie de pasos que el peticionante debe acreditar haber transitado, a los fines de agotar los recursos societarios en las sociedades por acciones:

- a) efectuar intimación al órgano de administración;
- b) reclamar al síndico por presuntas violaciones o incumplimiento de los directores;
- c) recurrir al órgano de fiscalización externo de la sociedad;
- d) solicitar convocatoria a asamblea general o reunión de socios en las demás sociedades para tratar el asunto;
- e) fracasar en las gestiones enunciadas, y
- f) demostrar que el asunto que originó la acción de remoción no es susceptible de ser revisado por asamblea o reunión de socios, en su caso, o que, de convocarla, su resultado le sería adverso.

No obstante ello, la regla sentada precedentemente ha sido atemperada por la jurisprudencia en supuestos excepcionales. De esta manera, se ha obviado la exigencia en el caso de socios que poseen un porcentaje de participación en el capital social que tornaría infructuosa la defensa de sus intereses (Zadoff, 1978; Abramo, 2011); o cuando el accionista se haya imposibilitado de ejercitar sus derechos societarios (Chomik, 1977) y en casos en los que la inminencia del daño grave genere el agotamiento de la vía societaria pueda frustrar la finalidad tuitiva de la cautelar tornándola inútil (Kuckiewicz, 1979)

La doctrina, por su parte, ha planteado otros supuestos de excepción a la regla conforme la particular estructura de cada sociedad. En el caso de una SA constituida sólo por dos socios en los cuales uno de ellos es director y posee una participación accionaria que le otorga el dominio total del ente y no cuenta con síndicos (Molina Sandoval, 2003). En similar sentido lo sería si de los antecedentes del caso resulta imposible para el peticionante tal agotamiento (Escuti, 2006).

En definitiva, lo que el tribunal deberá meritar en cada caso concreto, es si el peticionante acreditó que previo a solicitar la cautelar ha intentado sin éxito, y por todos los medios razonables a su alcance, activar los mecanismos internos de la sociedad, a fin de lograr una solución extrajudicial al conflicto.

Haber promovido la acción de remoción del administrador, con anterioridad o simultáneamente

Otro requisito de procedencia que el art. 114 de la LGS exige acreditar es la promoción, con anterioridad o simultáneamente, de la acción de remoción del administrador social. Esta acción no se encuentra regulada orgánicamente en la LGS, sino que las escasas disposiciones legales referidas al punto se encuentran dispersas en todo el ordenamiento societario.

No obstante ello, Roitman (2001) considera que el art. 129 LGS, ubicado dentro de las disposiciones que regulan la sociedad colectiva, alcanza carácter general y debió incluirse dentro del capítulo I sobre “Disposiciones Generales”.

La norma precitada dispone como regla que el administrador, socio o no, aún designado en el contrato social, puede ser removido por decisión de la mayoría en cualquier tiempo sin invocación de causa, salvo pacto en contrario. A su vez, establece que cuando se exija justa causa, cualquier socio puede reclamar judicialmente la remoción con independencia de la deliberación de la mayoría. En caso de que el administrador negara la existencia de la causal denunciada, conservará su cargo hasta la sentencia judicial, salvo separación provisional en virtud de lo dispuesto en la sección XVI del capítulo I, referente a la intervención judicial. Finalmente, prevé el derecho de receso de los socios disconformes con la remoción del administrador cuyo nombramiento fue condición expresa de la constitución de la sociedad.

Dicha disposición normativa resulta aplicable por remisión a otros tipos societarios –sociedad en comandita simple (art. 136, 1º párrafo, LGS), sociedad de capital e industria (art. 143, 1º párrafo, LGS) y sociedad en comandita por acciones (art. 319, 1º párrafo, LGS)– así como también en forma parcial a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 157, 5º párrafo, LGS remite al art. 129 segunda parte).

En lo atinente a la SRL, el art. 157, último párrafo, LGS establece la libre revocabilidad de la gerencia, excepto cuando la designación fuera condición expresa de la constitución de la sociedad, caso en el cual se aplica el art. 129, 2º párrafo, LGS, es decir, se requerirá justa causa, y ante la negativa de la causal por parte del administrador, deberá solicitarse judicialmente su remoción, pudiendo requerirse la intervención judicial como cautelar accesoria.

En la S.A. se establece como regla la revocación *ad nutum*, esto es, sin necesidad de expresión de causa. Rige la libre revocabilidad de los administradores, sin posibilidad de pacto en contrario ni de restricción o supresión alguna de tal facultad (art. 256, primer y tercer párrafo, LGS). La designación de administradores es revocable exclusivamente por la decisión de asamblea ordinaria (art. 234, inc. 2, LGS). No puede limitarse o suprimirse en el estatuto la revocación sin expresión de causa. Ello significa que no puede preverse en el estatuto social que el director sólo será removible por justa causa. De lo afirmado se sigue que, siempre procederá la remoción *ad nutum* del director si así lo decide en voto de la mayoría en asamblea. Es decir, la ley consagra, a quienes cuentan con la mayoría para ello, la posibilidad de remover a los administradores sin expresar la causa. Así, la asamblea puede decidir la remoción por mayoría sin expresión de causa o

por justa causa. En cambio la minoría solo puede, una vez fracasado su tratamiento en el seno social, reclamar la remoción judicial con justa causa.

No existe dentro de la regulación de la S.A. norma alguna que remita al art. 129 de la LGS, ni tampoco norma específica que regule la acción de remoción para este tipo societario. Roitman (2001) entiende que corresponde aplicar analógicamente el art. 129 de la LGS, en cuanto resulte compatible. En este orden de ideas, el accionista que desee remover al director, deberá en primer lugar llevar el tema a la asamblea, y recién después de la denegatoria se encontrará legitimado para reclamar judicialmente la remoción del administrador.

Por último, si la negativa a la remoción instada por dicho accionista fuera resuelta por una mayoría que supere el 95%, conforme dispone el art. 275 de la LGS, dicho accionista disidente no podrá promover la acción de remoción, salvo que los incumplimientos que se imputen al órgano encuadren dentro del concepto de “violación de la ley, el estatuto o reglamento” del art. 274.

Con acierto se ha señalado que el ordenamiento legal societario admite, aun en los casos en que rija la libre revocabilidad, que cualquier socio, si no consigue las mayorías suficientes en el órgano de gobierno, inicie una acción de remoción judicial del administrador. Igualmente cuando el contrato social requiriese justa causa y se configuraran otras causales, aunque legítimas, no previstas en el contrato (Molina Sandoval, 2003).

Al no existir una estructura normativa que contemple la cuestión, no puede proscribirse la posibilidad de iniciar una acción de remoción, salvo que el contrato previera un régimen especial al respecto, en cuyo caso este debe respetarse, a menos que se trate de causales estrictas o que importen prohibir su promoción de manera encubierta. La finalidad preventiva que este instituto cautelar posee, en tanto procura evitar que se consuma un daño a la sociedad, justifica esta tesitura. Si puede evitarse un daño a la sociedad mediante la oportuna intervención judicial y posterior remoción del administrador no es razonable esperar a que deba consumarse el perjuicio para luego promover acción de responsabilidad.

La exigencia de promoción de la acción de remoción, aparece reiteradamente expuesta por la jurisprudencia, declarándose indispensable que se cuestione la administración de la sociedad mediante en inicio de la acción de fondo para que resulte procedente la intervención (Barcessat, 2011; Noriega, 1997; Medrano, 1994; Ruiz, 1994; Millard, 1994).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en exigir su promoción en forma previa o conjunta con el pedido de intervención judicial.

Un sector minoritario considera que la remoción podría deducirse incluso con posterioridad, a condición de que se promoviera la acción de remoción dentro del término de 10 días de trabada la medida cautelar (art. 207 del C.P.C.C.N.), en cuyo caso la intervención judicial dispuesta, caducaría ante el vencimiento de dicho plazo sin cumplirse la condición. (Dasso, 1990)

Otro sector doctrinario, en posición que se comparte, entiende que pese a tratarse de una medida cautelar no rige la caducidad establecida por las normas procesales (art. 465 del C.P.C.C. de Córdoba y 207 del C.P.C.C.N.), pues tanto la ley adjetiva local (art. 456 C.P.C.C.) y como la nacional (art. 195 C.P.C.C.N.) han respetado el criterio establecido por el art. 114 LGS, en cuanto establecen que las medidas cautelares pueden solicitarse conjuntamente con la demanda o después (Molina Sandoval, 2003).

La exigencia de haber promovido, previa o simultáneamente, la acción de remoción del administrador, evidencia que esta medida cautelar societaria, tal como aparece diseñada en el esquema legal de la LGS, carece de autonomía, siendo accesoria de la pretensión de fondo (pretensión de separación del administrador de la sociedad). Entre la cautelar estudiada y la acción de fondo existe una accesoriadad natural. Los hechos que se invocan como motivadores de la acción de remoción serán los mismos que sirvan de base para lograr la intervención.

Agrega González (1998) que la intervención societaria no constituye un fin en sí mismo, sino que está necesariamente preordenada al dictado de otra resolución de carácter sustancial definitiva (remoción del administrador), al buscar asegurar el resultado práctico de dicha resolución.

La acción de remoción esta interrelacionada con la medida cautelar que nos ocupa, para que la intervención subsista, debe mantenerse viva la acción principal. Como consecuencia de su carácter accesorio, si el juicio principal concluye por cualquier modo de terminación del proceso –rechazo de la acción, caducidad, desistimiento, allanamiento o transacción–, la medida cautelar cesa automáticamente en sus efectos.

La doctrina ha reflexionado sobre el fundamento de la exigencia de articular antes o conjuntamente a la intervención judicial, la pretensión de remoción del administrador social.

Subyace en la especie un sustento de razón lógica: al constituir la intervención judicial una cautela de naturaleza excepcional susceptible de afectar tanto la existencia misma de la sociedad, cuanto su normal desenvolvimiento. Se justifica que el legislador la haya revestido de formalidades específicas desde que constituye una inter-referencia en el normal desarrollo de la administración. Así, en el supuesto más extremo de designación de un administrador judicial supone el desplazamiento del órgano natural encargado de la gestión social. Para ello, es razonable que la ley –para otorgarla como anticipo de aquello que se ha de determinar recién al final del proceso–, haya exigido que el juez deba tener en la esfera de su conocimiento, al tiempo de analizar el mérito de la procedencia de la cautelar, el contenido de ambas pretensiones (remoción e intervención), las que exhiben comunidad de presupuestos fácticos.

Por otro costado, la trascendencia de la intervención exige la puesta en evidencia de la seriedad del pedido a través del ejercicio de la pretensión de manera tal de evitar la desnaturalización del instituto mediante su conversión en un instrumento de coerción con fines distintos al querido al establecer el instituto (Palomino, 1996).

Respecto del requisito de admisibilidad que nos ocupa, también se ha exigido que la demanda de remoción del administrador sea dirigida en contra de la sociedad (Cámara, 1985). Así la jurisprudencia ha determinado que es improcedente la designación de interventor judicial en una sociedad que es tercera con relación al caso de autos (CNCom, sala A, L.L., T. 127, p. 1110, 15.440-S; CNCom., sala B, L.L., T. 123, p. 952, 13.031-S) y si no se incluyó a la sociedad dentro del juicio (CNCom. sala B, L.L., T. 123, p. 952, 13.031-S).

Sobre el punto, aclara Cámara (1985) que no es necesario que esté trabada la litis en la causa principal y no se requiere que se encuentre notificado el traslado de la demanda pues basta tan sólo haber interpuesto la demanda principal para satisfacer la exigencia legal. No es suficiente, a fin de cumplimentar este requisito de admisibilidad, el ejercicio de otras acciones, como pueden ser la disolución y liquidación de sociedad, rendición de cuentas o daños y perjuicios así como tampoco puede suplirla una simple exposición de hechos, algún simple pedido, ni la solicitud de constitución de tribunal arbitral por desacuerdo entre los socios.

Parte de la doctrina ha mostrado preocupación, especialmente en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, frente al problema que suscita la mediación como instancia prejudicial obligatoria en el ámbito de la Capital Federal (González, 1998).

Se ha cuestionado la constitucionalidad de la ley 24.573 y la compatibilidad de dicho régimen con el régimen establecido en la LGS para la intervención judicial, en cuanto al requisito de promoción de la acción de remoción del administrador social (art. 114, LGS).

La jurisprudencia nacional ha variado su criterio al resolver sobre la suficiencia del pedido de mediación prejudicial en la causa principal (pretensión de remover al administrador) para tener por acreditado sin más el cumplimiento de la exigencia del art. 114 LGS. A favor, ha sostenido que “Es suficiente la iniciación del pertinente trámite de mediación a los fines de satisfacer el requisito de la previa promoción de la acción dispuesta por el art. 114 de la LGS” (CNCom., sala A, 24-6-98, L. L. 1999-D-192). En contra, ha dicho: “Quien solicita la medida cautelar de la intervención judicial de la sociedad debe promover con anterioridad o en forma simultánea la acción de remoción contra sus administradores, resultando insuficiente la realización de una mediación prejudicial, pues no implica la promoción de esa acción” (Vignola, 1997).

Para un sector de la doctrina, el mero requerimiento de mediación con la presentación del formulario de iniciación conformaría la exigencia legal, equiparándola en sus efectos a una demanda. Preocupa el hecho de que el formulario que se completa ni siquiera exige un relato de los hechos que permitan individualizar el conflicto, sino que se conforma con la descripción del objeto del reclamo a través de la mención del trámite o de una sintética expresión del objeto (por ej. sumario, o cobro de pesos), lo que puede ocasionar serias dificultades al iudex a la hora de merituar la procedencia de la cautelar.

Otro sector, en cambio, considera que el requisito previsto por el art. 114 de la LGS debe ser entendido, estrictamente, en el sentido de que con antelación o simultáneamente a aquélla es carga del requirente incoar la acción (pretensión) de remoción del administrador societario (González, 1998) por lo que resultaría inaplicable el régimen de mediación obligatoria en el supuesto de la intervención judicial. En similar sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (Viola, 1996).

No obstante la unánime adhesión de la doctrina a la regla consagrada por el art. 114 de la LGS, existen casos de excepción donde no se exige la promoción de la acción de remoción del administrador societario. Nos referimos al supuesto de intervención solicitada por la autoridad de contralor estatal (art. 303, inc. 2, LGS), donde es la propia ley la que no ha previsto esta exigencia debido a que se trata de un supuesto diferente. Esta medida requerida por la autoridad de control, lo es sólo en caso de sociedades que hagan oferta pública de sus acciones y debentures o realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros y excepcionalmente en el supuesto del art. 301, inc. 2, LGS (cuando lo considere necesario, según resolución fundada) en protección del interés público, con el sólo objeto de remediar las causas que la motivaron y si no fuere posible, su disolución y liquidación, y no en protección del interés del ente societario (para asegurar el resultado de la acción de remoción). El legislador no ha subordinado la solicitud de esta medida al cumplimiento de requisito alguno por parte de la autoridad de contralor más que acreditar las exigencias del art. 301, LGS (resolución fundada para otros tipos no sometidos a fiscalización estatal permanente) y la existencia de resoluciones de los órganos de la sociedad que sean contrarios a la ley, el estatuto o reglamento (art. 303, inc. 2, LGS).

Otro caso atípico en el cual no es posible requerir la promoción de acción de remoción porque existe un impedimento de orden material, es el supuesto de acefalía por vacancia de todos los miembros del órgano de administración, al no existir personas físicas cuya remoción pretender. En este caso entendemos que una vez agotadas y habiendo fracasado todas las alternativas societarias para solucionar el conflicto, sería procedente la intervención.

La jurisprudencia se ha encargado de señalar en esta hipótesis que la acefalía no debe haber sido generada por el propio peticionante de la medida para que sea procedente la cautelar (Barcessat, 2011).

Por último, creemos que existen casos excepcionales en los que debería exceptuarse de cumplir dicho requisito. No consideramos razonable que para solicitar una veeduría judicial, sea necesario pretender la remoción del órgano de administración. Hay situaciones donde no obstante no buscarse ello, la ley lo exige, sin resultar lógico. Debería reverse este aspecto, ya que se trata de una medida que procura reforzar el contralor en el ente social, obtener un verdadero cuadro de la situación de la sociedad que no requiere de la separación del cargo del administración ni inmediata ni mediatamente como acción de fondo. El legislador ha pensado aquí en el supuesto del coadministrador o administrador judicial que desplaza al órgano natural de la sociedad. Resulta absurda la exigencia en el supuesto de menor injerencia social. Incluso se ha llegado a postular que la veeduría no se trata de una intervención judicial propiamente dicha.

Ofrecimiento de contracautela

La contracautela es un requisito que, a diferencia de los restantes presupuestos de procedencia de la intervención judicial, no está ordenado en el art. 114 de la LGS, sino que surge del art. 116 de del mencionado cuerpo legal. Dicha norma establece: “El peticionante deberá prestar la contracautela que se fije, de acuerdo con las circunstancias del caso, los perjuicios que la medida pueda causar a la sociedad y las costas causídicas”.

La intervención judicial se decreta sin oír a la sociedad, a los fines de no frustrar su esencia de medida cautelar. Es por ello, y para el supuesto de haber sido solicitada indebidamente, que el art. 116 de la LGS impone la contracautela como requisito complementario a los contenidos en el art. 114 de la LGS, con la finalidad de cubrir tanto los eventuales perjuicios que la medida pueda ocasionar a la sociedad como las costas causídicas que pudieran generarse en el pleito.

La caución es, desde un punto de vista general, la garantía que ofrece la parte o un tercero para asegurar el cumplimiento de una obligación reconocida o impuesta judicialmente en un proceso y específicamente, desde el ángulo procesal, la garantía de carácter patrimonial que debe prestar una de las partes en el proceso a fin de asegurar a la otra el cumplimiento de las obligaciones emergentes del mismo (Vénica, 2001).

En cuanto a la modalidad que puede asumir la contracautela, la LGS no contiene ninguna estipulación expresa, por lo que corresponde recurrir a las normas sustanciales que regulan la materia. De este modo, puede ser de carácter real, personal o juratorio: puede consistir en el depósito de una suma de dinero, títulos públicos u otros valores; garantías reales –prendarias o hipotecarias–; caución de fiadores; también puede ofrecerse fianza juratoria cuando el actor fuese una persona de responsabilidad manifiesta y notoria, aunque en la actualidad esta garantía no tiene mayor aplicación en la práctica.

En la mayoría de los casos, la cautelar que se utiliza es la fianza personal. Es un acto procesal por el cual una persona, distinta del solicitante, mediante una declaración

unilateral se obliga por los presuntos daños que pueda sobrevenir al cautelado, en caso que la medida resultare indebidamente solicitada (Vénica, 2001).

En relación a la admisión como contracautela de las acciones de la propia sociedad, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por la negativa, con basamento en el art. 222 LGS, que impone la prohibición de que la sociedad reciba sus acciones en garantía. En mérito a ello, resulta inaceptable recibir las participaciones societarias como contracautela y, aunque esta previsión está estipulada sólo para las sociedades por acciones, también se aplica para las cuotas sociales de las SRL. No obstante ello, también existe doctrina con posición contraria, como es el caso de Vítolo, Nissen y Odriozola. Este último autor, sostiene que a fin de evitar los perjuicios derivados de la depreciación monetaria, se ha admitido el depósito en garantía de las propias acciones de propiedad del actor con las que acreditará su condición de accionista.

Cabe considerar también que la graduación de la caución es siempre provisoria, en tanto la sociedad intervenida puede pedir en cualquier momento que aquella se mejore, conforme lo normado por los arts. 201 CPCCN y 461 del CPCC. Para ello debe justificar que la contracautela no cumple adecuadamente la función de garantía a que estaba destinada –por ejemplo, por haber disminuido el valor de los bienes admitidos en garantía o la solvencia económica del fiador–, y debe probar sumariamente la insuficiencia alegada.

Si la intervención se decreta en el grado de veeduría, la contracautela es igualmente exigible, puesto que puede ocasionar algún perjuicio, pero indudablemente ella se torna de menor entidad que si se hubiese dispuesto el desplazamiento total del administrador, con designación de un interventor judicial o el nombramiento de un coadministrador.

En algunos supuestos de excepción, se libera a la parte proponente del cumplimiento de esta exigencia. Por ejemplo, cuando la Inspección General de Justicia haya promovido la acción prevista por art. 303, inc. 2º de la LGS, en tanto el art. 200 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN) exime a las reparticiones públicas del ofrecimiento de caución; cuando haya sido promovida por el fiduciario como representante de los debenturistas, en los términos del art. 345 inc. 3º LGS, dado que el art. 346 reglamenta que el Juez puede disponer la suspensión del director y nombrar un reemplazante “sin más trámite”; cuando un funcionario actúa como auxiliar del Tribunal o en defensa del interés público, como es el caso de Síndicos concursales o asesores de menores y cuando el solicitante goce de reconocida solvencia, como el Estado o ciertos entes oficiales (art. 200, CPCCN).

Conclusiones

En el ámbito del derecho societario, las medidas cautelares tienen una función asegurativa en orden al probable resultado de un proceso en el cual se acciona en virtud de algún derecho reconocido en la legislación societaria. La intervención judicial reviste el carácter accesorio de la acción de remoción y tiene por finalidad evitar que durante el transcurso del proceso judicial, los actos efectuados por el administrador en contra de quien se dirige la acción de remoción produzcan un daño grave al ente social.

La legitimación activa a los fines de solicitar la intervención judicial es la misma legitimación exigida por la ley societaria a los fines de solicitar la acción de remoción, ello deriva del carácter accesorio que reviste la intervención judicial.

La intervención judicial procede respecto las sociedades regidas por la sección IV de la ley general de sociedades.

La condición de socio exigida para solicitar la intervención judicial se acredita mediante la exhibición del contrato social o de la copia inscrita en el Registro Público, excepto respecto de las sociedades anónimas, en las cuales la titularidad accionaria surge de libro de registro de acciones. En este caso, deberá acreditarse tal carácter mediante la exhibición del libro de registro de acciones, lo que podría en su caso ser solicitado mediante una medida preparatoria.

La ley general de sociedades no ha impuesto a los socios el deber de contar con un mínimo de participación societaria –como lo ha hecho respecto del ejercicio de otros derechos (vgr. arts. 236 y 275, LGS)–, a los fines de poder solicitar la intervención judicial del órgano de administración. No obstante, si la intervención judicial es solicitada por un socio comanditario en las sociedades en comandita por acciones, debe contar con el mismo porcentaje exigido para el ejercicio de la acción de remoción, es decir, el cinco por ciento del capital social.

A los fines de poder solicitar la intervención judicial, resulta necesario que el socio se encuentre al día con la integración de sus acciones, dado que la mora en la integración impide el ejercicio de los derechos inherentes a las mismas y toda vez que la intervención judicial cautela la acción de remoción. Asimismo, el socio a quien se le hubiere suspendido el ejercicio de sus derechos de socio en el marco de una acción social de exclusión, se ve impedido de solicitar la intervención judicial. En relación al socio recedente, ni la doctrina ni la jurisprudencia resultan pacíficas sobre el punto, en particular en el lapso de tiempo comprendido dentro de los sesenta días de la asamblea que motivó el ejercicio del derecho de receso.

Si bien una interpretación estricta del régimen legal impide a quien no ostenta el carácter de socio la facultad de solicitar la intervención judicial, tanto el órgano de administración como el órgano de fiscalización se encuentran legitimados para solicitar la intervención judicial, dadas las obligaciones funcionales inherentes a estos órganos. No obstante la limitación legal, la recepción del instituto de la intervención judicial de manera explícita o implícita, permite soslayar el impedimento legal. Asimismo, la autoridad de aplicación se encuentra legitimada por la legislación sustantiva, en el marco de sus facultades de contralor externo.

La existencia del peligro y la gravedad exigidos en la legislación, no debe ser generado por quien lo invoca y debe ser objetivo, dada la gravedad de la medida solicitada. Asimismo, deben ser invocados y acreditados en la medida de las posibilidades en forma sumaria al momento del solicitarse la medida. La prueba fundamental a acompañar será documental.

El análisis valorativo a realizar por el juzgador en oportunidad del despacho de la medida, debe tomar en consideración los hechos invocados y deberá valorar si la medida solicitada cumplirá una función asegurativa en orden al probable resultado del proceso. Resulta admisible al juzgador adecuar la medida solicitada conforme la gravedad de los hechos invocados. A tal fin podrá inclusive despacharse una medida distinta a la solicitada.

El agotamiento de los recursos internos previstos en el contrato social resulta una consecuencia del carácter restrictivo que posee el instituto de la intervención. Solo frente a la imposibilidad de resolver el conflicto en el ámbito interno, resulta procedente acudir a la justicia en busca de una solución.

Con carácter previo a la solicitud de intervención judicial, debe acreditarse la correspondiente intimación al órgano de administración, de fiscalización, de fiscalización externo y solicitud de convocatoria a asamblea de socios a los fines de tratar el tema

conflictivo. Solo frente al fracaso de estos pasos enumerados, resulta admisible solicitar la intervención judicial.

No obstante la exigencia legal, se ha admitido la intervención sin haberse acreditado el agotamiento de los recaudos internos previstos en el contrato social cuando por el porcentaje de participación del socio en la sociedad se tornaría infructuosa la defensa de sus derechos como así también en el caso de sociedades compuestas por dos socios titulares de iguales porcentajes de participación societaria.

La promoción de la acción de remoción, como requisito sustancial resulta una consecuencia del carácter accesorio –cautelar– de la intervención judicial.

La inexistencia de una regulación autónoma y general de la acción de remoción, torna dificultoso el análisis del presupuesto. Como regla general la promoción de la acción de remoción puede ser solicitada por cualquier socio y siempre deberá integrarse en la litis a la sociedad. Se exceptúa de esta regla la hipótesis en que la aprobación de la gestión de los directores de una sociedad anónima fuere por una mayoría superior al noventa y cinco por ciento del capital social, caso en el cual solo resulta procedente cuando se funde en el incumplimiento de la ley, estatuto o reglamento.

La promoción de la acción de remoción no resulta necesaria cuando la intervención judicial se solicite invocando la acefalía del órgano de administración, dado que en este caso no se cuestiona la conducta de los administradores sino el riesgo o la gravedad que produce la ausencia de administradores dentro de la sociedad. Asimismo, tampoco resulta necesaria la promoción de la acción de remoción cuando la misma es solicitada por la autoridad de contralor en uso de sus facultades.

La necesidad de ofrecer contracautela al solicitarse la intervención judicial, deriva del carácter cautelar de la medida y es a los fines de salvaguardar los derechos, tanto de la demandada como de asegurar los gastos del proceso –eventuales costas–, frente al carácter unilateral y provisorio de la medida cautelar.

Al no contener la ley general de sociedades estipulación expresa en cuanto a la forma que puede asumir la contracautela se ha admitido la fianza personal, depósito de sumas de dinero, títulos públicos, títulos valores, garantías prendarias e hipotecarias. La admisión de las propias acciones a los fines de cautelar resulta improcedente dada la prohibición legal de la sociedad de recibir sus propias acciones en garantía (art. 222 LGS).

La graduación de la contracautela es siempre provisorio y puede ser incrementada a solicitud de la demandada cuando se acredite que no garantiza acabadamente las consecuencias de la intervención judicial solicitada. Asimismo, la graduación debe ser estimada en función del tipo de medida solicitada –veeduría, coadministración, administrador– y de la mayor o menor verosimilitud del derecho invocado.

Referencias Bibliográficas

- Cámara, H. (1985). *Estudios relacionados con las Leyes 19.550 y 22.903*. Buenos Aires: Depalma.
- Couso, J.C. (1983). *Intervención y administración judicial*. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Dasso, A. (1990). La intervención judicial de la sociedad anónima. *Revista Jurídica Argentina La Ley, A*, 636-644.
- Escuti, I.A. (2006). *Sociedades*. Buenos Aires: Astrea.
- González, A. (2000). La pretensión de remoción del administrador social como presupuesto de la intervención cautelar frente a la mediación obligatoria. Aspectos constitucionales (Contribución al estudio de su problemática). *Revista Jurídica Argentina La Ley, B*, 1301-1311.
- Halperín, I. (1975). El balance, el derecho del socio a la información y la intervención judicial. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 413-417.
- Molina Sandoval, C. (2003). *Intervención Judicial de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: La Ley.
- Nissen, R. (2010). *Ley de sociedades comerciales comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires: Abado de Rodolfo Depalma.
- Palomino, L. A. (1996). Intervención Judicial de Sociedades Comerciales. *Revista Jurídica Argentina La Ley, D* (1502). Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Roitman, H. (2000). Intervención Judicial. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (1), 241-299.
- Roitman, H., Aguirre, H. A. & Chiavassa, E. N. (2009). *Manual de Sociedades Comerciales*. Buenos Aires: La Ley.
- Vénica, O. H. (2001). *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba – Ley 8465 – Comentado, Anotado, Condordancias, Jurisprudencia*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Vítolo, D. R. & Nissen, R. A. (1982). La intervención judicial en las sociedades comerciales. Su regulación de fondo y de forma. *Revista El Derecho*. 95, 753-780.

Jurisprudencia

- Abramo Jorge Luis c/ Medio Ambiente S.A. s/ incidente de medidas precautorias, CNCom. Sala E 26/09/11
- Arroniz, J. M. c/ Alcázar S.A., CNCom., sala E., 22/06/81
- Barcessat, Hernán Augusto c/ Barcessat, Ariel Gustavo s/ Medida precautoria s/Inc. De Medidas Cautelares”, CNCom., sala C, 20/05/2011

Chomik, Oscar O. y otros c/Chomik Hnos. y otros, CNCom., sala A, 22/12/77.

De Miguel, Micaela Nora c/ Audit S.A. de Mandatos y Servicios Comercial Inm. y Fin. y otros s/ ordinario, CNCom, Sala A, 26/05/2011.

Inspección Gral de personas jurídicas c/Alvear Palace Hotel S.A. y otro, CNCom., sala A, 10/05/73.

Kuckiewicz Irena c/Establecimientos Metalúrgicos Cabaña S.A., CNCom., sala C, 14/09/79.

Medrano, Daniel Medrano SRL, CNCom, sala C, 30/11/94.

Millard, Gabriel E c. Aurent, CNCom, sala A, 11/05/94

Noriega Jorge S. s. Quiebra c. Marianne S. A, CNCom., sala D, 04/04/1997.

Ruiz Roberto y Otro c. Blistal Sa, s. Medida Cautelar, CNCom. sala B, 21/11/94.

Vignola, Laura c. Casa Sierra, L. L. 1999-E-908, CNCom., sala A, 23-10-97

Viola, Oscar L., CNCom. sala D , 20/12/1996.

Zadoff, Carlos c/ Dyckstein, José, CNCom., sala B, 27/12/78