

ESQUEMA CAUTELAR SOCIETARIO**Juan Sebastián FORCINITI**

Resumen: El presente trabajo, tiene por objeto exhibir el esquema cautelar societario previsto en la L.G.S.: 19.550, mediante el abordaje de tres medidas preventivas: la suspensión de los derechos del socio, la intervención judicial en sus múltiples formas y, finalmente, la suspensión de las decisiones asamblearias.

Se propone el análisis de los requisitos necesarios para su otorgamiento, así como el tratamiento legislativo y jurisprudencial de cada una de las medidas aludidas, con el fin de lograr una comprensión acabada de los institutos para cualquier operador jurídico.

Palabras clave: medida cautelar – sociedades comerciales.

Abstract: The purpose of this work is to expose the corporate precautionary scheme provided for in the LGS: 19,550, by addressing three preventive measures: the suspension of the member's rights, judicial intervention in its multiple forms and, finally, the suspension of the assembly decisions.

The analysis of the necessary requirements for its granting is proposed, as well as the legislative and jurisprudential treatment of each one of the aforementioned measures, in order to link a complete understanding of the institutes for any legal operator.

Key words: precautionary measure - commercial companies.

I. Introducción.

El proceso cautelar es aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.³⁰⁵

De ello se desprende entonces, que el objeto de la medida cautelar, es garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable que se dicte en la causa.³⁰⁶

En materia estrictamente societaria, la denominada Ley General de Sociedades nro. 19.550, contiene un esquema cautelar propio, tendiente a regular el conflicto interno entre socios.

Se destacan así, una serie de medidas preventivas contenidas en dicho cuerpo normativo, a saber: suspensión provisoria de los derechos del socio (art. 91), intervención judicial (art. 113 y ss.) y suspensión preventiva de la ejecución de las resoluciones asamblearias (art. 252).

Previo a ingresar en el análisis de cada una de estas herramientas, resulta prioritario entender que ante el pretendido dictado de una medida cautelar estrictamente societaria, cualquier decisión que se adopte, deberá tender necesariamente a evitar la causación de perjuicios que pongan en peligro al ente³⁰⁷. Es decir, el juzgador deberá atender al interés social al momento de resolver la viabilidad o no de la medida peticionada.

305 Conf. Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 14° ed., 1998, p. 773 y ss.

306 Conf. CNCom., Sala E, en autos "Andrés Héctor Alfredo c/ Camero, Juan s/ ejecutivo" de fecha 19.09.1990.

307 En sentido similar, CNCom., Sala D, en autos "Borrachas Vipal S.A. y otros c/ Fate S.A.I.C.I. y otros s/ ordinario s/ incidente art. 250", de fecha 25.06.2015.

Por otro lado, es dable señalar que las medidas indicadas, deben cumplir necesariamente con los recaudos exigidos para la procedencia de toda cautelar (en orden a la acreditación de la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la contracautela), con más los requerimientos específicamente contenidos en la norma societaria.

Finalmente, dada la naturaleza accesoria de los procesos objeto de estudio, podremos advertir la existencia de diversas acciones principales, dentro de las cuales deberán peticionarse las medidas preventivas³⁰⁸.

Dicho ello, en el presente trabajo, abordaré las medidas preventivas señaladas, en relación directa con su finalidad, requisitos normativos específicos y tratamiento jurisprudencial.

II. Suspensión provisoria de los derechos del socio (Ley 19550:91).

1. Previsión normativa y requisitos.

La Ley General de Sociedades, prevé una acción de exclusión que importa la eliminación del socio de la sociedad, sin o contra su voluntad, por haberse transformado en un elemento perturbador de la buena marcha del ente, atento a privilegiar la ley la conservación de la empresa y el interés social por sobre el particular del socio excluido.³⁰⁹

Sin ahondar en las características propias de la acción social mencionada, en lo que aquí interesa, durante su tramitación, puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue.

Así, la L.G.S: 91, habilita esta posibilidad respecto de un socio sobre el que podría operar una justa causa de exclusión, a los efectos de permitir la continuidad operativa de la sociedad.

Es así como, para su otorgamiento – dado que en definitiva se trata de una medida cautelar- debe prestarse una contracautela suficiente y acreditarse apriorísticamente la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora³¹⁰.

Asimismo, y debido a su inclusión en la ley societaria, como medida específica, también se exige al peticionario que acredite, adicionalmente, cual es el peligro que se sigue para el ente de que el socio continúe ejerciendo sus derechos como tal durante la tramitación del proceso tendiente a obtener su exclusión³¹¹.

2. Ámbito de aplicación.

A fin de delimitar el ámbito de aplicación de esta herramienta cautelar, cabe referir que la norma societaria prevé la posibilidad de proceder de tal modo, únicamente, para las denominadas sociedades de personas, y en su caso, en las sociedades de responsabilidad limitada en las que cualquier socio puede ser excluido del ente si mediare justa causa, más no existe tal previsión para

308 Sin perjuicio de que el análisis propio de los procesos principales, dentro de los cuales podrían solicitarse y concederse las medidas cautelares de carácter societario, no resulta objeto del presente trabajo, es dable poner de resalto que aquellas podrían implementarse en el marco de los siguientes tramites: acción de exclusión del socio; acción de remoción de los administradores sociales; y acción de impugnación de las decisiones asamblearias.

309 Conf. Zunino, J., *Disolución y liquidación*, t. I., Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 93, (citado por Balbín Sebastián, *Ley General de Sociedades*, revisada, ordenada y comentada, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, p. 85).

310 Conf. Muguillo, Roberto, *Conflictos Societarios*, Buenos Aires, 2009, p. 148, (citado por la Excm. CNCom., Sala D, en autos “Empresa de Proyectos Management y Gerencia S.R.L. c/Turdo Miguel Esteban s/ ordinario s/ incidente de apelación”, de fecha 10.11.2016).

311 Conf. CNCom., Sala D, en autos “Altasur S.R.L c/ Avila Martin Miguel s/ medida precautoria”, de fecha 25.08.2016.

las sociedades anónimas.³¹²

3. Casuística.

Si bien resulta difícil delimitar supuestos específicos, los tribunales comerciales han concedido esta medida en aquellos casos en los que la conducta del socio cuestionado se encuentra apoyada en constancias de un juicio en el que fue procesado al ser considerado prima facie responsable del delito de defraudación.³¹³

Ello halla su justificación, en que el procesamiento en sede penal constituye un elemento que robustece la apariencia en el derecho, exigida para el dictado de la medida cautelar en estudio.

Se agregan también, por sólo nombrar algunas hipótesis, los siguientes casos: (i) cuando se ha acreditado —en un contexto de dos sociedades dedicadas a idéntica actividad (publicaban revistas sobre economía y finanzas)— que el socio reprochado, además de ser socio de una de ellas, era presidente de la restante ; (ii) la cónyuge del socio de una S.R.L titular de un establecimiento educativo (primario y secundario) fundó otro, en la misma ciudad, en carácter de socia de otra sociedad, compitiendo en la misma área del mercado; (iii) un socio, cuyo concurso era indispensable para formar la mayoría, se rehusaba —arbitraria, abusiva y sistemáticamente— a votar una decisión de aumentar el capital social que resultaba fundamental para la subsistencia de la compañía.³¹⁴

4. Modalidades.

En este punto, cabe mencionar que las modalidades y gravedad con que puede ser concedida la medida preventiva, también podría variar con relación al caso en particular presentado.

Así, la cautelar —que, de suyo, alcanza todos los derechos políticos y económicos derivados del status socii— puede circunscribirse solo a algunos (v. gr., suspender solo el derecho de voto si la inconducta imputada discurre por una obstrucción u oposición irrazonable a votar determinado acuerdo social indispensable para la subsistencia de la compañía)³¹⁵.

5. Duración.

La jurisprudencia ha sostenido que la suspensión de los derechos del socio decretada en los términos de la L.G.S.: 91, no se encuentra alcanzada por el plazo de extinción de las medidas preventivas al que refiere el art. 207 del código de rito, que quedaría limitado a las herramientas cautelares contempladas en dicho ordenamiento.³¹⁶

III. Intervención judicial (Ley 19550:113 y ss.).

1. Previsión normativa y requisitos.

La intervención judicial importa la irrupción por un tercero en la faz interna de la sociedad y en cuya administración habrá de participar según las facultades que le conceda la sentencia, y las

312 Conf. CNCom., Sala B, en autos "Bingo Caballito S.A. c/ Isabella Pascual s/ medida precautoria" de fecha 19.03.10.

313 Conf. CNCom., Sala C, en autos "Líneas Delta Argentino S.R.L. c/ Bagattin Américo Atilio s/ medida precautoria" de fecha 26.08.2019.

314 Conf. Moro, Emilio F., "Suspensión provisional del derecho de socio", publicado en La LEY 30/06/2016, 1; LA LEY 2016-D, 833; Cita Online: AR/DOC/1919/2016.

315 Conf. Moro, Emilio F., "Suspensión provisional del derecho de socio", op. Cit.

316 Conf. CNCom., Sala C, en autos "Líneas Delta Argentino S.R.L. c/ Bagattin Américo Atilio s/ medida precautoria" de fecha 26.08.2019.

circunstancias que habilitaran la petición.³¹⁷

La Ley General de Sociedades, prevé esta medida para el supuesto en el que el o los administradores realicen actos o incurran en omisiones que pongan en peligro grave a la sociedad (art. 113).

A su vez, regula de forma pormenorizada los requisitos necesarios para su procedencia.

Así, el artículo 114, establece una serie de recaudos dentro de los cuales se destacan: acreditación de la condición de socio, existencia de peligro y su gravedad, el agotamiento de los recursos sociales y la promoción de la acción de remoción.

Señálese que los extremos contenidos en el artículo antes citado resultan congruentes con aquellos que son exigidos para cualquier medida cautelar.

En efecto, el requisito referido a la acreditación de la condición de socio importa probar la verosimilitud en el derecho de quien peticiona la medida.

Asimismo, deberá demostrar el peligro potencial que generarían los actos u omisiones por parte de él o los administradores cuestionados.

A ello, se agregan otros recaudos, tales como el agotamiento de la vía interna de la sociedad y la promoción de una acción principal de remoción de administradores.

En relación con el primero de estos requisitos, el agotamiento de la vía interna de la sociedad, la intervención judicial -en cualquiera de las formas previstas por la ley 19.550- es un instituto rodeado de características singulares, erigiéndose como medida cautelar societaria de excepción, a la cual puede recurrirse una vez que se hayan agotado todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones u omisiones.

De allí que impere un criterio restrictivo en la materia, habida cuenta que cuestiones suscitadas de resultas pretendidas irregularidades, deben ser sometidas a la decisión previa de los órganos naturales, conforme lo previsto por la ley y los estatutos. La intervención judicial no puede justificar una intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, a fin de no provocar un daño que se quiere evitar.³¹⁸

En segundo lugar, la exigencia de la promoción de la correspondiente acción de remoción de los administradores, de la cual esta medida cautelar resulta accesoria, por lo que la iniciación de aquel proceso resulta requisito ineludible para pedir la correspondiente intervención.³¹⁹

2. Criterio de apreciación.

La norma citada, establece como imposición, un criterio de apreciación restrictivo en la materia (art. 114 in fine) a fin de evaluar la procedencia en el dictado de la medida.

Así, debe apreciarse con criterio restrictivo y debe ser avalada por graves y objetivas motivaciones, sustentada por elementos de juicio que no dejen lugar a dudas razonables sobre su

317 Conf. Macagno, A., "Atipicidad procesal de la intervención judicial de sociedades", Lexis Nexis, n°003/010825, p. 23, (citado por Balbín Sebastián, en su "Ley General de Sociedades, revisada, ordenada y comentada", Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, pág. 101).

318 Conf. CNCom, Sala B, en autos "González Franco, Ana c/ González Taboada y Cia. S.R.L. s/ sum. s/ incidente de medida cautelar" de fecha 25.08.1992; en autos "Isabella Pascual c/ Frymond S.A. y otros/ incidente de apelación 250" de fecha 03.10.06; y en autos "Vázquez José c/ García CARLOS S/ incidente de apelación" de fecha 09.12.1987.

319 Conf. CNCom., Sala B, en autos "Belltramelli, Mauricio c/Fadhecor S.R.L." de fecha 09.03.1983.

procedencia.³²⁰

Por supuesto que el criterio restrictivo señalado, tendrá mayor o menor amplitud en relación a la modalidad que asuma la medida a dictar, tal como se vera en el punto siguiente.

3. Modalidades.

En cuanto a la profundidad de la medida, el artículo 115 prevé diferentes modalidades o clases de intervención, que podrían consistir en el mero veedor, coadministrador o administrador.

La determinación de una u otra figura, dependerá de las circunstancias del caso en relación con la gravedad de las conductas denunciadas, siguiendo el principio de apreciación restrictiva previsto en la LGS: 114.

Es importante destacar, que el interventor, no será representante de ninguna de las partes en el proceso; se trata de una auxiliar del juez que en representación de este ejerce la administración del ente, de acuerdo con las directivas que le imparta el magistrado en tal sentido.³²¹

En cuanto a la misión de cada una de estas figuras, podríamos resumirla de la siguiente forma: el veedor, representa el menor grado de intervención posible, en tanto no asume funciones de índole administrativa en la sociedad, sino que ejerce funciones de vigilancia y de elaboración de informes para que el juez pueda evaluar el conflicto ventilado ante él; el coadministrador, implica un grado mayor de intervención, dado que se encuentra facultado para actuar de forma conjunta con los administradores sociales; finalmente, el administrador judicial, representa el mayor grado de intervención posible, desplazando a las autoridades naturales del ente societario.

La práctica demuestra que la designación de estas figuras suele darse de forma progresiva, en la medida en que el magistrado toma contacto en mayor profundidad con el conflicto societario.

4. Contracautela.

El grado de intervención resuelto por el magistrado, impacta directamente en la contracautela exigida por el artículo 116 de la ley 19.550.

Así, resulta lógico que a mayor intervención se exija una mayor garantía, en tanto el potencial daño para la sociedad se torna mayor.

5. Casuística.

Nuestros tribunales han admitido la procedencia de la intervención judicial ante la existencia de querellas entre los socios: la condena dictada en sede penal contra los administradores; la discrepancia entre los socios titulares de cada grupo del 50% del capital social sobre la forma de administrar la empresa; la ausencia o desinterés de los administradores en la administración del ente; la práctica de subfacturación por parte de quienes tienen a su cargo la gestión de los negocios sociales; la confección de estados contables falsos; la retención por el grupo de control de las acciones de determinados accionistas, a los fines de frustrar sus derechos; la asunción de hecho de la administración por parte de un director, desplazando a los restantes; la realización por parte del directorio de operaciones a precio vil; el no acatamiento de los directores a las decisiones asamblearias; la irregular desaparición de los libros y el atraso consecuente de la contabilidad; el

320 Conf. CNCom., Sala C, en autos "Ornaplast S.A.I.C. c/ Julio Gutiérrez", de fecha 19.03.1971.

321 Conf. Balbín Sebastián, op. Cit., p. 103.

funcionamiento paralelo de dos directores integrados por grupos enfrentados entre ellos, etc.³²²

IV. Suspensión preventiva de la ejecución de las resoluciones assemblearias (Ley 19550: 252.).

1. Previsión normativa y requisitos.

En su artículo 252, la Ley General de Sociedades, prevé la posibilidad de que el juez suspenda, a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder a los daños que dicha medida pudiera causar a la sociedad.

Se advierte nuevamente, que el artículo contiene los recaudos exigidos para el dictado de toda medida cautelar, en orden a la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, y con relación a la contracautela.

A su vez, la medida se encuentra prevista en el marco de la acción principal de impugnación de decisiones assemblearias contenida en el artículo 251 del mismo cuerpo normativo.

Véase que el propio artículo 252, alude a esta acción como requisito de procedencia, al referir a la “resolución impugnada”.

Señálese que, en principio, las decisiones adoptadas en asamblea son obligatorias y gozan del efecto de ejecutoriedad inmediata, aunque se haya deducido impugnación judicial, a menos que el juez haya dispuesto suspensión preventiva en los términos de la LGS: 252.³²³

De allí la importancia del procedimiento cautelar en estudio.

Cabe poner de resalto, que la facultad que el ordenamiento societario confiere al juez para decidir la suspensión de los acuerdos sociales impugnados persigue una doble finalidad de protección: 1) conjurar el eventual perjuicio individual y 2) evitar la consumación de actos lesivos del interés social. Esto es, aparecen concernidas dos orbitas de intereses tuteladas legalmente: el particular del socio y el de la sociedad.³²⁴

A su vez, aquellos “motivos graves”, deben evaluarse teniendo en cuenta no solo el eventual perjuicio que podría ocasionar a terceros, sino primordialmente el que comporta para el interés societario, el cual predomina sobre el particular del accionista impugnante.³²⁵

V. Colofón.

La ley societaria confiere a los socios diferentes remedios preventivos, con el fin de resguardar, durante la tramitación de un proceso principal, el patrimonio societario, en la medida en que se haya acreditado adecuadamente la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora con énfasis

322 Consultar jurisprudencia citada en Man – Pardini, Ley de Sociedades Comerciales. T.1, pág. 257 (citado por Nissen Ricardo, Curso de derecho societario, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, pág. 341).

323 Conf. CNCom., Sala C, en autos “Gómez c/Confitería Los Leones s/ordinario s/incidente de desafectación (LL 1990-C-425)”, de fecha 15.12.1989.

324 Conf. CNCom., Sala F, en autos “Winograd, Loenardo Amadeo c/Sartor S.A. s/ ordinario” de fecha 17.12.2015; y en autos. “Grimaldi, Cristian Fabian c/ Gran Café Tortoni S.R.L. y otros s/ ordinario s/incidente de apelacion artículo 250” de 14.06.2018; Sala E, en autos “Kahl, Amelia Lucia c/ Degas S.A. s/ sumario” de fecha 12.05.2016.

325 Conf. CNCom., Sala B, en autos “Gosman, Hugo c/ Los Arrayanes S.A.” de fecha 23.09.1986; Sala F, en autos “Chemea Marcos s/ sucesión ab intestato y otro c/ Boeing S.A.I.C.E.I. s/ medida precautoria s/ incidente art. 250”, de fecha 16.04.2019.

en la afectación del ente.

Así, podrían obtener por vía cautelar, la suspensión de los derechos del socio, la intervención en la faz administrativa por parte de un tercero externo, y también la suspensión preventiva de las decisiones del órgano de gobierno.

En este punto, si bien no se encuentra previsto expresamente para la totalidad de las herramientas enunciadas, los operadores jurídicos debemos extremar el criterio de apreciación al momento de analizar tanto su solicitud (en el caso en que fuésemos abogados litigantes) como su otorgamiento (para el supuesto en que desempeñemos cargos en la administración de justicia), considerando los daños que una medida mal otorgada podría ocasionar a la propia sociedad.

Afortunadamente, y tal como fuese expuesto en el presente trabajo, la jurisprudencia en la materia, resulta sumamente rica, a fin de ejemplificar los supuestos escenarios de procedencia, debido a la gran cantidad de conflictos societarios que se suscitan en nuestro país, lo cual constituye una gran herramienta para fundamentar tanto el posible otorgamiento como rechazo de cualquiera de estas medidas preventivas.