

Control de la intervención de sociedades comerciales por terceros y el caso de la autoridad de contralor

Por Francisco Nicolás Powell

...faces unclouded by the insanity of thoughts.
– We, Yeuvgeny Zamyatin (1921)

La intervención de una sociedad comercial constituye una interferencia temporaria a título jurídico, de menor o mayor grado, en el libre desarrollo de la empresa mercantil por el órgano de administración de la sociedad, con el objeto de asegurar intereses y derechos específicos en un caso puntual. En nuestro ordenamiento jurídico, la intervención de una sociedad comercial es canalizada judicialmente, generalmente como una medida cautelar, y puede ser instada por los socios o terceros ajenos a la sociedad en la protección de sus intereses o derechos en determinados supuestos, como mecanismo de tutela preventiva (arts. 113 a 117, 299 a 307 de la ley n.º 19.550 [“LGS”]; 222 a 227 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [“CPCCN”]¹). Este rango incluye, sin perjuicio de facultades interventoras de otras entidades públicas de contralor (35 bis, inc. III, de la ley n.º 21.526 [“LEF”], 86 de la ley n.º 20.091 [“LES”], 35 bis de la ley n.º 20.321 [“LAM”])², la posibilidad de que la autoridad de contralor societaria —el órgano público administrativo o judicial al que le ha sido atribuida la función de fiscalización societaria—, en el ejercicio de sus funciones requiera la intervención de la sociedad en casos puntuales (301 y 303 LGS). Esta última situación constituye una actividad de policía por parte del Estado —a través de un acto estatal complejo en ejercicio de una reglamentación—, no una mera petición cautelar ni una intervención con menos recaudos de procedencia³. Como tal, requiere, en vista de la tensión constitucional que implica, ser delimitada en sí y en sus supuestos de procedencia a fin de asegurar el adecuado respeto por las garantías y derechos constitucionales de las personas, sometiéndoselo a un análisis estricto de razonabilidad y legalidad, pudiendo incluso cuestionarse, hoy, la utilidad de su regulación en vista de la existencia de una mayor legitimación tuitiva preventiva (arg. arts. 1 a 3 del Código Civil y Comercial de la Nación [“CCCN”]; y 5, 14, 16, 17, 18, 19, 25, 28, 29, 31, 33, 75, inc. 22, 76, 99, inc. 2, 108, 109, de la Constitución Nacional [“CN”]).

I. Hilos conceptuales [\[arriba\]](#)

Para definir las premisas del estudio, partimos de que la empresa mercantil es una actividad necesaria y propia de la condición humana que consiste en la organización estable, direccionada, compleja y unificada por un sujeto empresario de recursos personales, materiales e inmateriales para el desarrollo lucrativo de una actividad productiva⁴ incidente en uno o más sistemas de intercambio de bienes económicos, susceptible de diversas manifestaciones en el plano fáctico según la modalidad de concreción que adopte.⁵ En estos términos, la actividad empresarial es necesaria, incidente, inevitable y útil: es necesaria, en la medida en que las limitaciones del individuo por sí para obtener lo que desea o necesita fuerzan la organización de recursos y la asociación entre personas de manera útil y creativa para obtener una mejor utilidad frente a la mera actividad individual; es incidente en la medida en que esta actividad, a través de su desarrollo, impacta positiva o negativamente sobre las comunidades humanas en las que se inserta o con las que interactúa; es inevitable en tanto, en la medida en que existan necesidades y deseos humanos por satisfacer, la empresa tendiente a satisfacerlas, por vía inmediata o mediata, nacerá de uno u otro modo; y es útil en tanto —en términos generales— provee inmediata o

mediatamente a las necesidades y deseos materiales no sólo de quienes la desarrollan sino de aquellos que obtienen o aprovechan sus productos.

Corolario de lo expuesto es que la empresa mercantil constituye un modo de expresión de la libertad connatural del ser humano y una necesaria fuente de conflicto intersubjetivo. Con relación a lo primero, superado el imperativo de la necesidad de procuración del sustento —pero no eliminado— deduce una manera de realización del hombre con la selección de entre múltiples opciones existenciales y el desarrollo activo de la opción seleccionada a través de un emprendimiento de mayor o menor complejidad, con mayor o menor esfuerzo personal y mayor o menor aporte de recursos propios. Con relación a lo segundo, la empresa, en su desarrollo, sea en su faceta interna organizativa o externa interactiva, generará conflictos entre y con distintos sujetos que deberán ser resueltos. Concordantemente, el ordenamiento jurídico, como sistema normativo regulador de las relaciones intersubjetivas en una comunidad política organizada, con fuerza coactiva y expresivo de valores de justicia, seguridad, paz y orden, se ve forzado a reconocer esta forma necesaria de expresión de la libertad humana, y encauzar la empresa mercantil en su existencia, desarrollo e incidencia a través de diversos mecanismos e institutos jurídicos. Uno de ellos es la sociedad comercial, que encauza jurídicamente solo algunas de las cuestiones que hacen al desarrollo de la empresa⁶.

En este sentido, la sociedad mercantil es uno de los posibles vehículos jurídicos para la concreción, organización y desarrollo de la empresa, una estructura jurídica organizativa que regula sus aspectos básicos.⁷ Mediante un acto jurídico unilateral o un contrato, respectivamente, una persona o grupo de personas estatuyen el desarrollo lucrativo de una determinada actividad económica organizada con carácter durable, asumiendo diversos derechos y obligaciones en el marco de y para con dicha empresa y definiendo estructuras internas de organización y gestión —todo lo que incluye qué aportarán para la empresa para constituir el patrimonio afectado a la actividad, cómo se decidirá, gestionará y controlará la utilización de dicho patrimonio en la actividad, cómo se distribuirán, invertirán o reservarán sus ganancias o se soportarán sus pérdidas y cómo podrán retirarse de la empresa en común o darle fin—, y con ello constituyen⁸ una entidad jurídica diferenciada con patrimonio y personalidad propia, que puede actuar en el plano jurídico de manera organizada, unificada, estable y a nombre colectivo propio en la consecución del objetivo empresarial⁹ —estatuyen un centro único y diferenciado de imputación de la actividad y gestor del patrimonio para el fin empresarial¹⁰—, traduciendo entonces la afectación y organización de recursos en el plano fáctico en un actor único en el plano jurídico.¹¹ La sociedad comercial corporeiza la empresa mercantil, proveyendo un empresario ideal con capacidad de actuar jurídicamente en el límite de su objeto bajo el cual se desarrollará la actividad-empresa; las personas que la constituyen reglamentan en su nivel más básico la organización del desarrollo la empresa, y es el Derecho el que asigna a efectos simplificadores la personalidad.¹² Como parte fundamental de ello, se encuentra la asignación de un gestor de la actividad, v.gr., el órgano de administración, al que, legal y estatutariamente, se le confiere la facultad y atribución de deliberar y resolver sobre los asuntos vinculados a la gestión y disposición de la hacienda para el mejor desarrollo del fin empresarial asignado como objeto social¹³.

Asentado ello, se observa entonces que la intervención de una sociedad comercial incide en todos estos aspectos: en términos muy generales, en aras de la composición de conflictos agudos, consiste en una restricción de la libertad empresarial desarrollada a través de la sociedad y en particular por el órgano de administración, que afecta derechos de propiedad mediata e inmediatamente y que desarticula

mecanismos contractuales de gestión y decisión voluntariamente acordados entre partes capaces, con la imposición por un tercero de interferencias al libre desarrollo del objeto social mediante el manejo de la hacienda mercantil —y esto alcanza incluso intervenciones informativas o de control, que someten las decisiones empresariales, en principio privativas del empresario, a un escrutinio externo¹⁴—. Si bien en principio constitucionalmente viable como mecanismo necesario para la potencial defensa de derechos e intereses garantizados constitucionalmente (arg. arts. 14, 17, 19 y 28 CN; y, e.g., tmb. arg. arts. 232 y 321, inc. 2, CPCCN en correlato con arts. 25 de la CADH, 8 DUDH y 2.3 PIDCP), no puede dejar de observarse que, a la vez, comporta una afección no menor ni desdeñable a la misma clase de derechos e intereses que pretende tutelar¹⁵, en lo que es además una actividad útil, necesaria y connatural de los seres humanos —lo que fuerza reconocer que partimos de un ámbito de libertad: el desarrollo de una empresa no puede presumirse nocivo, su restricción requiere demostrar su incidencia negativa—. En este marco, la interpretación más o menos expansiva o restrictiva que se haga de la procedencia de la intervención de las sociedades comerciales es un problema constitucional, no meramente procesal o de aplicación de la ley común —lo que justifica su canalización por vía judicial¹⁶—, puesto que constituye una vía coercitiva restrictiva de derechos constitucionales susceptible de abuso y potencialmente dañosa.

Con ello se abre la necesidad de efectuar algunas precisiones adicionales.

II. Distinciones dentro de la intervención de la sociedad comercial y los niveles de control [\[arriba\]](#)

Como se adelantó, la intervención de una sociedad comercial, canalizada judicialmente, es una interferencia temporaria de mayor o menor grado en el libre desarrollo de la empresa (i.e., el objeto social) por el órgano de administración, con el objeto de asegurar intereses y derechos específicos en un caso puntual, y merced de un acto complejo, que da un título jurídico a dicha intervención —distinto así de la intervención de hecho—. Este tipo de interferencia puede ser solicitada: (a) por las personas que han estatuido la sociedad (114 LGS); bien (b) por terceros al estatuto societario, (i) principal entre ellos la autoridad de contralor (303, inc. 2, LGS), pero (ii) sin perder de vista a otros terceros.

Repárese con esto en que adscribimos a una tesis amplia de la conceptualización del instituto¹⁷, y ello en la medida en que entendemos que la lectura integrada del sistema jurídico (arg. arts. 1 y 2 CCCN) obliga a reconocer una noción amplia del instituto comprensiva de supuestos distintos de los contemplados en los artículos 113 y ss. y 301 y 303, de la LGS, pudiendo incluso argüirse hoy la intervención de una sociedad como un supuesto de acción preventiva en defensa de derechos individuales homogéneos, derechos colectivos o de intereses públicos por sujetos distintos de la autoridad de contralor, como pueden serlo asociaciones de consumidores o bien el Ministerio Público Fiscal (arg. arts. 195, 199, 202 a 204, 206, 222 a 225, 232, 321, inc. 2, CPCCN; 54, 59, 274, 279 LGS; 17 de la ley n.º 24.522 [“LCQ”]; 35 bis, inc. III, LEF, 86 LES, 35 bis LAM; 1, 2, 10, 14, 240, 241, 1710 a 1712, 1716, 1717, 1737, 1749, 1751 CCCN; 42, 43, 120 CN). No encontramos en esto un problema de desnaturalización del instituto ni pretendemos implicar que debe tratarse como una herramienta de aplicación irrestricta. La intervención de una sociedad comercial, en su noción más genérica como la interferencia del desarrollo empresarial por el órgano de administración merced de la actuación de un tercero designado judicialmente a petición de una parte legitimada, es algo que puede o no suceder. Si puede suceder legítimamente en nuestro sistema, corresponde clarificar entonces de qué modos puede hacerlo y en qué condiciones para constituir una

interferencia legítima. Lo que debe buscarse es la delimitación de sus especies y sus respectivos requisitos de procedencia, ponderando los derechos que defienden y limitan y las consecuencias que apareja su interpretación más o menos estricta en cada caso. El error se da cuando, merced de la homonimia, los distintos supuestos se tratan como deformaciones particulares de la intervención judicial requerida por los socios pero con legitimados alternativos, afirmándose así que la intervención procede sujeta solo a algunos de sus recaudos¹⁸. Entendemos, al contrario, que los supuestos son distintos, con distintos recaudos de control que es necesario aclarar.

i. La intervención judicial requerida por los socios

En este sentido, en el caso de la intervención solicitada por el socio, ésta constituye una medida cautelar excepcional que procede en casos en que se acredite la existencia de un peligro grave para la sociedad a intervenir a raíz de la actuación, omisión o irregularidad del órgano de administración, habiéndose agotado los recursos internos y estando promovida la acción de remoción, contra el pago de una contracautela (113, 114, 116 LGS; 225 CPCCN). Se trata de una pretensión que tramita en el marco de un proceso cautelar¹⁹, con el objeto de que el juez disponga que un tercero ajeno a la sociedad controle, participe de o asuma su administración durante la tramitación de la acción judicial de remoción, ante una actividad irregular del órgano de administración que importa o efectivamente importará un peligro patrimonial irreparable para ella, o que compromete su misma existencia (v. 59 LGS), y que funciona así como mecanismo tutelar que evita las consecuencias de la demora insumida en el proceso de remoción. Los intereses tutelados son eminentemente privados, y solo mediatamente públicos: se pretende conservar el normal funcionamiento de la sociedad y el interés social —y, así, solo mediatamente los intereses en ello imbricados de los socios y de otros terceros, atento la función social de la empresa—, merced del tiempo involucrado entre el inicio y la finalización del proceso principal, en el que los administradores podrían realizar actos perjudiciales a la sociedad, los socios o terceros, deviniendo la eventual sentencia inútil.

Para su procedencia debe demostrarse, con grado de verosimilitud suficiente (arg. 114 in fine; 225, inc. 1, CPCCN), la existencia de acciones u omisiones del órgano de administración o irregularidades de su funcionamiento de gravedad que atentan contra la existencia y giro social —y que justificarían así eventualmente su remoción— (fumus boni iuris; 59, 113 y 114 LGS; 195, 232 CPCCN) y la proporcionalidad de la medida ante la inminencia de materialización del peligro grave (periculum in mora; 59, 113 y 114 LGS; 195, 232 CPCCN), junto con la calidad de socio (que hace a la legitimación), el agotamiento de las vías internas (que justifica la interferencia exógena, vinculada a su carácter restrictivo y excepcional), la incoación de la acción de remoción (merced su carácter instrumental) y la satisfacción de la pertinente contracautela (que compensa la interferencia exógena e inaudita parte; 116 LGS, 199 CPCCN), a fin de obtener la procedencia de la medida con carácter limitado, mutable, instrumental y temporario (113, 114, 115 LGS; 202 a 207 CPCCN), la que debe estar siempre ceñida a la salvaguarda del desarrollo natural del contrato social, y no a su prolongación inútil, a una afección distorsiva o a intereses exclusivamente particulares de los socios.²⁰

ii. La intervención judicial requerida por terceros

Similar situación se da en el caso en que se trate de una intervención requerida por un tercero —distinto de un organismo de contralor—: constituirá también una pretensión cautelar, con sus características propias, pero dirigida, ahora, a asegurar

un derecho o interés propio del tercero o un derecho o interés individual, colectivo o público que el tercero está legitimado para defender, y ello ante la posibilidad de que se vea comprometido por el tiempo incurrido en la tramitación del proceso a raíz de la permanencia de los administradores o su actuación sin vigilancia alguna. Es decir, se trata de una pretensión accesorio, flexible y provisional con miras a un interés ajeno al social, pero imbricado en un desarrollo honesto, leal y diligente de la empresa, compensado en la contracautela, y con base en la prevención de un daño (arg. arts. citados supra). El pretensor no asume la defensa del interés social, si no que se le brinda un instrumento, de procedencia restrictiva, en procura de asegurar la eventual satisfacción de su derecho o interés particular o de los intereses individuales, colectivos o públicos que está legitimado para defender, ante el tiempo que insume el proceso iniciado contra la sociedad o los socios o administradores y en vista de la inexistencia de cualquier otra medida tuitiva posible o mejor, no obstante lo que no deja de ser una medida de ultima ratio, cuya procedencia es restrictiva en vista de la existencia de otros mecanismos tuitivos y los derechos constitucionales involucrados.²¹

Nótese que, con ello, los presupuestos cambian: el fundamento de procedencia de la medida incoada estriba, en última instancia, en la externalidad que puede generar la sociedad comercial —o sus componentes a través de ella— o bien en el peligro que supone la actuación irrestricta del órgano de administración en el tiempo del proceso, y que la tutela refiere siempre a un interés ajeno al social. Así, no debe acreditarse una situación de peligro grave para la existencia y funcionamiento social — puesto que no es el interés tutelado—, ni el agotamiento de las vías internas societarias —puesto que el tercero es ajeno a ella—, ni la promoción de una acción de remoción —de la que se carece como tercero—. En cambio, el tercero deberá demostrar (i) que el derecho contra los mentados legitimados pasivos es verosímil, (ii) que existe un peligro tal de perjuicio a tal derecho de insusceptible reparación ulterior o que de materializarse tornaría vana la eventual sentencia; y (iii) que la intervención de la sociedad mediante el control por un interventor recaudador —en el supuesto menos gravoso—, o bien por un veedor, coadministrador o administrador judicial —en los más—, es el único mecanismo de tutela posible o el menos gravoso y suficientemente agudo y temporal, sin perder de vista la conservación del proceso empresarial, y (iv) proveer una contracautela suficiente (arg. arts. 195, 198, 199, 204, 206, 208 222, 232 CPCCN; 1 a 3, 10, 1710 a 1712 CCCN; 17 LCQ).²²

Con esto último queremos significar que la medida no es de aplicación extensiva e irrestricta: si bien los derechos e intereses de los terceros merecen protección de la judicatura con índole preventiva —la que debe preferirse—, no pueden soslayarse: (i) la existencia de vías alternativas de tutela de tales derechos; (ii) el hecho de que la restricción que se impone afecta un aspecto nuclear de derechos garantizados constitucionalmente, v.gr., la libre disposición de la propiedad y del ejercicio de la industria y del comercio a través de la gestión de la empresa; ni (iii) el carácter mediato del interés del tercero con relación a la herramienta; aspectos todos que obligan a apreciarla como excepcional. Los recaudos enumerados traducen un control valorativo estricto de la pretensión: la medida solicitada debe justificarse no sólo en su legalidad —en cuanto encontrando adecuado sustento normativo, acreditada la *fattispecie* normativa y la legitimación del solicitante— sino también en su razonabilidad y coherencia axiológica, y debe, en consonancia, demostrarse no solo que existe un efectivo peligro para un derecho o interés que se aprecia marcadamente verosímil —sin escapar al cliché de la noción como medio de evadir una apreciación probatoria crítica—, sino también que constituye el único medio posible de conjurar eficazmente el peligro aludido, de manera limitada en el tiempo, ponderándose, frente al daño que pretende conjurarse, el efectivo daño que importa

una medida de estas características sobre la sociedad —en particular su reputación—, la restricción que importa sobre otros derechos e intereses tutelados que no cabe presumir ilegítimos, y las implicancias que afirmar como regla jurídica la procedencia de esta medida en casos similares apareja. Esta carga justificativa no es menor, y recae tanto sobre la parte que solicita la medida como sobre el juez que la concede (arg. arts. 3 CCCN, 14, 17, 19, 28 CN).

iii. La intervención judicial requerida por la autoridad de contralor

Por su parte, la intervención solicitada por la autoridad de contralor, con asidero legal en los artículos 301, inc. 2, y 303, inc. 2, de la LGS, constituye un supuesto específico de intervención judicial de una sociedad comercial solicitada por un tercero, que se distingue en tanto: (i) no comprende una medida cautelar accesoria de un proceso principal sino una pretensión autónoma o autosatisfactiva; (ii) constituye un mecanismo de tutela colectiva de intereses en el marco de una actividad de fiscalización y policía por parte del Estado²³; y (iii) se limita a sociedades anónimas (arg. arts. 299, 300, 301, inc. 2, y 303, inc. 2 LGS). En este marco, la autoridad de contralor requiere de un órgano judicial, ante supuestos de hecho específicos en los que se encuentran comprometidos intereses colectivos a raíz de irregularidades en el seno de, o en la actuación de, la sociedad anónima involucrada —vid., resoluciones contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento en el caso de sociedades anónimas que comprometen el ahorro público, o casos en que se encuentra directamente amenazado el interés público por la actividad social—, la interferencia temporaria —de menor o mayor grado— de su administración con el objeto específico de remediar la causa puntual de la intervención o, en su defecto, proceder a su disolución y liquidación bajo el control estatal.²⁴

Esta interferencia estatal en la actividad privada constituye uno de los más extremos exponentes de control del desarrollo de una empresa por los particulares —vid., de limitaciones posibles al ejercicio de la industria lícita y del comercio— por parte del Estado. En su más abstracta consideración, implica que la autoridad de contralor —generalmente una dependencia administrativa— se encuentra facultada para solicitar de la judicatura la asunción para un caso puntual del control de una sociedad comercial de índole privada para conducirla en un sentido determinado y desviarla de un curso de acción fijado precedentemente por los órganos legitimados para ello —“... tendrá por objeto remediar las causas que la motivaron...”—, justificada para ello sobre intereses que enuncia colectivos y fundada en la noción de policía, y para proceder, en su defecto, a disolver el ente y liquidar la hacienda, y ello en general sin sustanciación previa —si se afirma que la conjura del peligro a los intereses colectivos se vería perjudicada por el anoticiamiento previo a la sociedad, por lo que la medida deviene necesariamente autosatisfactiva; mientras que, en el caso contrario, el ejercicio del derecho de defensa impone que tramite como una acción autónoma de carácter sumario (arg. art. 15 LGS, 18 CN)— y mediante una acción, en atención a la realidad del devenir económico, de difícil si no imposible reparación ulterior, afectándose con todo derechos constitucionales en sus aspectos esenciales (5, 14, 16, 17, 18, 19, 25, 75, inc. 22, CN; y v. 965 CCCN).

Si esto es así, el corolario de ello es que la evaluación de los recaudos de procedencia de la medida por parte de los jueces debe ser extremado, y que el requerimiento no puede tratarse como una mera pretensión cautelar, en tanto la reglamentación de los derechos constitucionales no puede leerse de manera de dejar sometidas a las personas a la arbitrariedad estatal (arg. arts. 1, 5, 6, 8, 14, 16, 18, 19, 20, 28, 29, 31, 33, 43, 75, incs. 12, 18, 22, 76 CN) puesto que el principio elemental del constitucionalismo es la racionalización del ejercicio del poder por parte del Estado

en tutela de la libertad y dignidad humanas, que incluyen el ejercicio de la actividad económica como un aspecto connatural a la condición del hombre —de lo que se deriva un aspecto axiológico del constitucionalismo—.25 Así, tratándose de una pretensión autónoma o autosatisfactiva de índole coercitiva promovida por una autoridad estatal, requiere plena prueba de su procedencia por parte del organismo requirente y posteriormente por el juez (3 CCCN), justificándose su legalidad, razonabilidad y coherencia axiológica, de manera de poder sustentar que constituye un ejercicio constitucionalmente legítimo del poder estatal²⁶; y, así, con relación a estos niveles, observamos que:

- El control de legalidad importa la acabada demostración del cumplimiento de la fattispecie de las normas invocadas, vid., 303, inc. 2, y, en su caso, 301, inc. 2, LGS, meritándose una interpretación estricta de la norma (2 CCCN; 14, 19, 28 CN), debiendo constar en el caso una situación en la que: (i) una sociedad anónima que compromete el ahorro público haya adoptado una resolución contraria a la ley, el estatuto o el reglamento, comprometiendo con ello los intereses colectivos de los ahorristas; o bien (ii) una sociedad anónima haya, con su actuación, comprometido un interés público²⁷, entendido no como un interés del Estado sino como el beneficio o bienestar de la población —en ambos en tanto las burocracias estatales existen para salvaguardar los intereses de la comunidad—; a lo que se suma (iii) una resolución fundada de la autoridad ordenando y fundando su actuación.

- El control de razonabilidad importa la acabada demostración de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en el caso concreto: la medida no solo debe ser necesaria e idónea para lograr el fin tutelar o resarcitorio perseguido, guardando un adecuado nexo con la causa de su requerimiento a fin de constituir una solución efectiva (v. 303, inc. 2, 2º párr., LGS), sino que debe ser la única medida posible o, de entre todas las posibles, la menos gravosa, ponderándose tanto los intereses y derechos colectivos y públicos que pretenden protegerse como los intereses y derechos particulares que son atacados con esta medida; y sin perder de vista su carácter agudo y temporario y las consecuencias de su admisión como precedente jurídico, que no admite convertirla indiscriminadamente en un mecanismo encubierto e indirecto de expropiación o direccionamiento de la propiedad privada.

- El control axiológico importa definir que la medida no constituya ni pueda convertirse en una iniquidad ni una arbitrariedad, en vista del trasfondo valorativo del ordenamiento jurídico en que se inserta (1, 2 CCCN), v.gr., que constituya una medida valorativamente coherente con la matriz constitucional y legal. En tales términos, de concederse, no puede suponer el sometimiento de la libre actividad económica privada, connatural a la agencia de los ciudadanos reconocida como base de un sistema democrático constitucional y a la misma condición humana, al capricho o análisis de mérito o conveniencia por parte de la autoridad de contralor, ni facultarse su abuso a efectos de constituir un mecanismo de presión; sino que debe estar dirigida a remediar un abuso profundo de tal libertad que no admite otra vía preventiva, y que es así valorativamente coherente (arg. 14, 19, 28 CN; 240 CCCN).

En estos términos, la medida se presenta como de ultima ratio: es una solución legal excepcional para situaciones que involucran turbaciones profundas al bienestar de la población y su interés común derivadas del desarrollo de una actividad empresarial por una sociedad anónima que no encuentran otra válvula de escape que el desplazamiento de su administración a fines preventivos, donde la ponderación entre el bienestar general que podría verse perjudicado

irreparablemente y el libre ejercicio de una actividad económica devenido abusivo se inclina necesariamente por el primero.

III. Colofón: la necesidad de regulación específica [\[arriba\]](#)

A modo de síntesis, notamos entonces que hemos pretendido destacar:

(i) que, como mecanismo tuitivo-preventivo, es posible distinguir diversos tipos de intervención judicial de una sociedad comercial con base legítima en nuestro ordenamiento jurídico, diferenciados en función de las personas legitimadas para requerirlo –los socios o los terceros al contrato social; y estos últimos con posibles bases tan amplias como los artículos 232 CPCCN y 1711 CCCN–, –;

(ii) que, en esta noción amplia, la intervención de una sociedad comercial es una interferencia a título jurídico en el libre desarrollo de una empresa mercantil por los particulares injiriendo –con mayor o menor grado– en el órgano de administración societario, con el objeto de asegurar intereses y derechos específicos en un caso puntual, lo que postula un problema constitucional;

(iii) que esto fuerza a reconocer que cada tipo se canaliza por vías procesales distintas, con requisitos de procedencia propios, y para la protección de intereses de distinto tipo, lo que traslada diversa carga justificativa a la parte solicitante y al juez, y que no se está tratando de deformaciones incidentales de un único tipo de intervención;

(iv) que, al mismo tiempo, esto también fuerza a reconocer que no puede convertirse en una panacea, puesto que no deja de ser una restricción al libre ejercicio empresarial –garantizado constitucionalmente– que introduce a la gestión a un tercero no necesariamente calificado y con conocimiento técnico del negocio para ello, por lo que la carga justificativa tanto sobre la parte como sobre el juez es pesada, y debe recabar la legitimidad constitucional de la medida; y

(v) que la intervención postulada por el organismo público de contralor con carácter autosatisfactivo o autónomo, como mecanismo de tutela colectiva de intereses en el marco de una actividad de fiscalización y policía por parte del Estado, constituye una situación de interferencia de extrema tensión constitucional, donde el control de la procedencia de la medida debe ser estricto bajo un test de legalidad, razonabilidad y coherencia axiológica.

Con todo esto, surge como última reflexión un cuestionamiento sobre la utilidad y necesidad de una regulación específica que otorga legitimación general a la autoridad de contralor para postular la intervención con un título tan genérico como la defensa del interés público o de los ahorristas en el caso de sociedades anónimas. Es que, si puede postularse la legitimación amplia de terceros como mecanismo tuitivo-preventivo de intereses tanto individuales como colectivos sobre una base normativa, y se acepta que existen hoy personas especialmente legitimadas para actuar en la defensa de tales derechos y del interés público con un vínculo directo con tales intereses y derechos (e.g., asociaciones de usuarios y consumidores, individuos que actúan en defensa de intereses individuales homogéneos, el síndico concursal, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, el Defensor del Pueblo), en procesos directamente tendientes a la salvaguarda de tales derechos de índole civil o penal, resulta entonces, cuando menos, anómalo que la autoridad de contralor, generalmente una dependencia administrativa, necesite

estar habilitada para incoar una pretensión autónoma –y en el peor de los casos inaudita parte y autosatisfactiva– como parte de un ejercicio de actividad de policía hacia la protección de derechos que encuentran, en rigor, mejores legitimados para su defensa.²⁸ Así, la posibilidad de que un funcionario administrativo de orden local o nacional incoe, en el ámbito de su control, la intervención de la actividad empresarial de una sociedad mercantil con un título tan genérico, sin mayores vinculaciones reales con el caso, aparece no tanto como un baluarte democrático, sino más bien como una rémora autoritaria .

F.N.P.

Notas [\[arriba\]](#)

1 Circunscribimos el marco del trabajo a la normativa del CPCCN.

2 El análisis se concentra en la intervención por la autoridad de contralor societaria prevista en la LGS. No obstante, toda vez que las intervenciones que, con sus recaudos propios y por ejemplo, las autoridades de contralor específicas pueden requerir sobre entidades financieras, aseguradoras o mutuales (arts. 35 bis, inc. III, LEF, 86 LES, 35 bis LAM) comparten una idéntica naturaleza, las conclusiones expuestas son aplicables mutatis mutandi. No se pierde de vista, no obstante, que, a diferencia del caso objeto de trato, autoridades como el Banco Central de la República Argentina y la Superintendencia de Seguros de la Nación constituyen entidades técnicas que fiscalizan un universo definido de entidades dentro del ámbito de su especialidad, estando dirigida la intervención a incidir en procedimientos previstos en la legislación especial ante violaciones al marco de una actividad regulada (e.g., afectaciones de solvencia o liquidez de la entidad financiera, revocaciones de autorizaciones para operar). Con ello se diluye parcialmente el objeto de crítica: la intervención funciona en presupuestos acotados, en un marco de legalidad definido, instada por una entidad especializada. V. en sentido similar VANASCO, CARLOS AUGUSTO, Sociedades comerciales, (Buenos Aires: Astrea, 2006) 2:725-6, 735.

3 A veces expuesto de tal modo: JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO COMERCIAL N.º 14, “Inspección general de Justicia c./ Generación Zoe S.A. s./ medida precautoria”, Buenos Aires: 9 de marzo de 2022, expte. n.º COM 2866/2022, SAIJ: FA22130003, en particular cdo. 2; CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA B, “Inspección General de Justicia c./ Rophe S.A. y otros s./ ordinario”, Buenos Aires: 28 de septiembre de 2021, expte. n.º COM 1398/2021, cdo. 4; VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, “Intervención judicial: apostillas sobre el criterio restrictivo, la autoridad de contralor y el rol de los jueces”, JA 2014-III, TR LA LEY AR/DOC/5394/2014; cf. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL, SALA C, “Inspección General de Justicia c./ Austral Construcciones S.A. s./ medida precautoria”, Buenos Aires: 26 de septiembre de 2016, expte. n.º 14.955/2016.

4 En sentido lato, comprensivo de actividad industrial productiva o de prestación de servicios, incluyendo la intermediación. 5 Véase BALBÍN, SEBASTIÁN, Manual de derecho societario, 3ª ed., (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2018) 44-5; FAVIER DUBOIS (H.), EDUARDO M., “La empresa”, en Manual de derecho comercial, dirigido por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS y coordinado por IGNACIO E. ALTERINI, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017) 95-104; FARINA, JUAN M., Derecho de las sociedades comerciales, (Buenos Aires: Astrea,

2011) 1:121-142; ARAYA, MIGUEL C., “Introducción. Derecho comercial”, en Derecho de la empresa y del mercado, dirigido por MIGUEL C. ARAYA y MARCELO R. BERGIA, (Buenos Aires: La Ley, 2008) 1:16-21; VANASCO, Sociedades comerciales, 1:74-86; ETCHEVERRY, RAÚL A., Derecho comercial y económico. Parte general, (Buenos Aires: Astrea, 1987) 485-508.

6 ETCHEVERRY, Derecho comercial y económico, 499-500, 502-8), RICHARD, EFRAÍN HUGO Y ORLANDO MANUEL MUIÑO, Derecho societario, 2ª ed., (Buenos Aires: Astrea, 2007) 1:28 y ss.; FARINA, Derecho de las sociedades comerciales, 1:124; ARAYA, MIGUEL C., “Introducción. Derecho comercial”, 1:18.

7 ETCHEVERRY, Derecho comercial y económico, 505; tmb. RICHARD Y MUIÑO, Derecho societario, 2ª ed., 1:22: “[e]sa organización económica como actividad organizada puede encontrar un medio instrumental en la forma societaria, como medio técnico que el sistema normativo ofrece a la libre decisión negocial. La empresa es actividad, la hacienda comercial son los bienes reunidos para una actividad económica y la sociedad es el sujeto como medio técnico-jurídico de simplificación de las relaciones jurídicas generadas por la organización económica mediante el recurso de la personificación”; VANASCO, CARLOS AUGUSTO, Sociedades comerciales, 1:81.

8 Gracias a la facilidad otorgada por el ordenamiento jurídico (v. 141, 143, 148, 150 CCCN; 1, 2 LGS; 33 de la ley n.º 27.349), como mecanismo de simplificación de la actuación jurídica del sustrato material colectivo; v. RICHARD Y MUIÑO, Derecho societario, 1:36-7, 42-3; VANASCO, Sociedades comerciales, 1:109-11.

9 RICHARD Y MUIÑO: “[l]a empresa es una determinada forma de actividad organizada que, como tal, necesita un sujeto titular que organice y ejercite esa actividad. Ese sujeto es el empresario, persona física o jurídica y, como consecuencia, estrictamente hablando, es inexacto decir que la sociedad es la forma jurídica de una empresa; es más bien la forma jurídica de un empresario” (Derecho societario, 1:30).

10 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, Análisis económico del derecho societario, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2019) 35-8, con relación a la sociedad como nexo contractual.

11 RICHARD Y MUIÑO, Derecho societario, 1:3-18, 28-50, “[l]a sociedad estará caracterizada por la actividad en común, exteriorizada (a nombre colectivo), con finalidad común, con participación en las utilidades y pérdidas, en el caso de haber sido adoptada por un negocio contractual” (p. 11), es “...una disposición negocial para realizar una actividad organizada, generando un sujeto de derecho, con finalidad común lucrativa” (p. 12) y puede caracterizarse por su origen en un acto voluntario que constituye un patrimonio autónomo con una forma organizada de gestión para la consecución de un fin propio de índole económica y una manifestación externa de actuación diferenciada a nombre colectivo con pretensión de duración en el tiempo, a lo que se le reconoce normativamente aptitud para constituir un sujeto de derecho diferenciado (p. 12); VANASCO, Sociedades comerciales, 1:1-10, 33-40, 73-99, 107-115; BALBÍN, Manual de derecho societario, 1-17, 44-5, 47-60, 129-70; y FARINA, Derecho de las sociedades comerciales, 1:12-17, 30-42, 149-58, 161-2.

12 SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, “Personalidad de las sociedades”, en ZALDIVAR, ENRIQUE ET AL., Cuadernos de derecho societario, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976) 1:129-68.

13 VANASCO, Sociedades comerciales, 1:196-203.

14 Cf. NISSEN, RICARDO A., Ley de sociedades comerciales comentada, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017) 2:298-301.

15 La libertad de asociarse con fines útiles, de ejercer el comercio y la industria lícitas, de usar y disponer de la propiedad, de estar protegidos contra inmisiones

arbitrarias y tratos desiguales, de no ser privados de lo propio sin una sentencia fundada en ley y un debido proceso o una expropiación regular, y de poder actuar libremente en tanto no se perjudique a terceros, séase nacional o extranjero, sin que el Estado pueda asumir prerrogativas que dejen tales efectos a merced de la discrecionalidad de los poderes públicos, o en beneficio injusto de otros particulares (arg. arts. 5, 14, 16, 17, 18, 19, 25, 28, 29, 31, 33, 75, inc. 22, 76, 99, inc. 2, 108, 109 CN). Véase PÉREZ PEÑA, LAURA, Intervención judicial de sociedades comerciales, (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005), 38-49 —en torno al análisis del carácter restrictivo y excepcional de la medida por las distintas posiciones doctrinarias, justificado en estos puntos—.

16 PÉREZ PEÑA, Intervención judicial de sociedades comerciales, 170-1; VANASCO, Sociedades comerciales, 251-2.

17 V. FARINA, Derecho de las sociedades comerciales, 1:393-405, 421-22, quien destaca supuestos de intervención no cubiertos por los arts. 113 a 117 LGS y la posibilidad de intervención ante actuaciones ilícitas; PALACIO, LINO ENRIQUE, Derecho procesal civil, 4ª ed., actualizada por CARLOS ENRIQUE CAMPS, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot, 5:3585-6: “[d]esde un punto de vista general, denominase intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes”; y, con matices, NISSEN, Ley de sociedades comerciales comentada, 2:251-5, 261-79, ROITMAN, HORACIO, “Intervención judicial” en Revista de derecho privado, 2000-1: 241-99, en vista de su naturaleza procesal cautelar; GONZÁLEZ, ATILIO C., “Las medidas cautelares en las sociedades comerciales”, en Revista de derecho procesal, 1998:177-9. En contra, como tesis restringidas V. PÉREZ PEÑA, Intervención judicial de sociedades comerciales, 19-49, 93-113: “...aquella medida de naturaleza cautelar, de carácter excepcional y de interpretación restrictiva, por medio del a cual, ante la existencia de una conducta irregular por parte de los administradores sociales, susceptible de causar un grave perjuicio a la sociedad y habiendo agotado las instancias internas para superar regularmente la situación, el juez competente, en el marco de un proceso de remoción, a pedido de un socio o de los demás sujetos a los que la ley les reconoce legitimación, puede interferir en el funcionamiento de la sociedad nombrando, conforme las necesidades concretas del caso y siempre en tutela del interés social, una o más personas con facultades informativas y/o de control (veedor), de cogestión (coadministrador) o de administración, sustituyendo simultáneamente al órgano administrativo de la sociedad (administrador), por el plazo que estime adecuado a los efectos de regularizar la marcha de la sociedad y evitar que se produzca o agrave el daño al ente colectivo”; COLL, OSVALDO WALTER, Intervención judicial de sociedades (Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005), 23-71, 181-4; BALBÍN, Manual de derecho societario, 373-81, 395, aunque con matices de flexibilización a pp. 380, 390.

18 PÉREZ PEÑA, Intervención judicial de sociedades comerciales, 96-8, aunque la califica como medida autónoma; NISSEN, Ley de sociedades comerciales comentada, 2:259-60.

19 Por tanto, instrumental de un proceso principal, de conocimiento sumario, con efecto provisional, susceptible de adaptación y sujeto a caducidad. Véase, PALACIO, Derecho procesal civil, 4:3439-75, 5:3585-600.

20 PÉREZ PEÑA, Intervención judicial de sociedades comerciales, 26-49, 84-91, 93-143; COLL, Intervención judicial de sociedades, 23-60; VANASCO, Sociedades comerciales, 1:232-40, 242-57; RICHARD Y MUIÑO, Derecho societario, 1:306-17; ROITMAN, HORACIO, Ley de sociedades comerciales 19.550 comentada y anotada, (Buenos Aires: La Ley, 2006) 2:629-67, 694-723, y también “Intervención judicial”,

241-97; BALBÍN, Manual de derecho societario, 373-95, 397-406; NISSEN, Ley de sociedades comerciales comentada, 2:247-310; GONZÁLEZ, “Las medidas cautelares...”, 177-98; FARINA, Derecho de las sociedades comerciales, 1:40021.

21 No soslayamos que los ordenamientos procesales limitan la procedencia a un interventor recaudador o informante, ni que puede argüirse que el sistema restrictivo previsto por la LGS impide que un tercero intervenga en mayor grado la administración de una empresa, lo que se justifica en que el socio posee un interés directo en incidir sobre la administración de la hacienda a la que ha contribuido y para la que ha definido un fin —con lo que puede verse que existe un hilo que lo legitima para que, ante una administración irregular, solicite el auxilio judicial para regularizar la administración preventivamente—, cosa que no sucede en el caso de un tercero, que tan solo posee intereses indirectos en la gestión de tal hacienda (vid., que se paguen de sus recursos obligaciones exigibles en tiempo y forma; que no produzca externalidades), con lo que resulta válido cuestionar en qué carácter y con qué legitimidad puede una persona, que no ha contribuido a la hacienda, incidir o interferir sobre su administración definiendo vías decisionales posibles, en particular cuanto más privado y particular resulta el interés. No obstante, contra ello, entendemos existe sustento para argüir: (i) que es posible la existencia de un caso que justifique, sobre la base de la tutela preventiva, y en miras de derechos constitucionales afectados e identificados, la intervención en mayor grado de la administración de una sociedad a instancia de un tercero, aunque no fuere para salvaguardar el interés social; y (ii) que esto encuentra suficiente sustento normativo tanto en la procedencia de la medida en sí como para otorgar legitimación activa, incluyéndose casos de ejemplos normativos dispersos no sistematizados. En particular, véase que el mismo fundamento que autorizaría la petición por diversos órganos de contralor permite sugerir esta situación en supuestos de afección de derechos colectivos o plurilaterales homogéneos y la legitimación en tal caso a las personas efectivamente titulares de tales derechos. De la misma manera, véase este carácter preventivo —y no en realidad sancionatorio, como comenta la doctrina— en la intervención prevista en el art. 17 LCQ. Cf. VANASCO, Sociedades comerciales, 1:250-1, por una visión restrictiva.

22 Si bien no hemos encontrado un desarrollo actual del punto sobre la base de la tutela preventiva y las medidas cautelares genéricas, véase, con relación a los terceros y la intervención en el marco del ordenamiento procesal: PÉREZ PEÑA, Intervención judicial de sociedades comerciales, 105-12; COLL, Intervención judicial de sociedades, 63-8; BALBÍN, Manual de derecho societario, 395; ROITMAN, “Intervención judicial” en Revista de derecho privado, 2000-1: 257-63, 278; FARINA, Derecho de las sociedades comerciales, 1:393-405, 421-22.

23 BENSEÑOR, NORBERTO R., “Fiscalización estatal y poder de policía”, en Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, 1987, 117:339-50, 362-3, 369-77: “[c]onceptuamos como poder de policía societario el sistema mediante el cual el Estado desenvuelve actividades de limitación frente a expresiones societarias con la finalidad de preservar la existencia de bienes considerados comunes” (p. 348); ROMERO, JOSÉ IGNACIO, “Fiscalización o control externo de las sociedades por acciones”, en Revista de Derecho Comercial y las Obligaciones, 1984, 99:507-22, 530-4.

24 ROITMAN, HORACIO, Ley de sociedades comerciales..., 4:725-46; VANASCO, Sociedades comerciales, 2:722-36; COLL, Intervención judicial de sociedades, 60-3; PÉREZ PEÑA, Intervención judicial de sociedades comerciales, 96-8; VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, Ley general de sociedades 19.550, 3ª ed., (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015) 6:664-9; ABAD HERNANDO, JOSÉ LUIS Y EFRAÍN HUGO RICHARD, “Intervención judicial a requerimiento de la autoridad de control”, en Primer Congreso de Derecho Societario (Buenos Aires: Depalma, 1979) 2:491-3. Cf.

un criterio amplio en NISSEN, Ley de sociedades comerciales comentada, 3:803-7, 824-9.

25 O'DONNELL, GUILLERMO, Democracia, agencia y estado, (Buenos Aires. Prometeo Libros, 2010), passim; DAHL, ROBERT ALAN, On democracy, (New Haven: Yale University Press, 2000), passim; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, Derecho constitucional, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017) 1:1-60; EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, Tratado de derecho constitucional, 3ª ed., actualizada por PABLO LUIS MANILI, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2016) 1:2-8, 25-44.

26 Sobre el control de los actos estatales en ejercicio del poder de policía o atribuciones reglamentarias de derechos en todos los niveles y poderes del Estado, véase SAGÜÉS, Derecho constitucional, 3:698-710; BIELSA, RAFAEL, Derecho administrativo, 7ª ed., actualizada por ROBERTO ENRIQUE LUQUI, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017) 3:1777-1811, 1826-1835; BADENI, GREGORIO, Tratado de derecho constitucional, 3ª ed., (Buenos Aires: La Ley, 2010) 1:663-87; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ª ed., (Buenos Aires: La Ley, 2008) 1:87-94, 371, 420-31; GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., Manual de la Constitución Argentina, actualizado por HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, (Buenos Aires: La Ley, 2001) 53-5; BENSEÑOR, "Fiscalización estatal y poder de policía", 339-50, 362-3, 369-77; ROMERO, "Fiscalización o control externo de las sociedades por acciones", 507-22, 530-4; SACRISTÁN, ESTELA B., "Control de razonabilidad en Argentina (en especial, en al jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)", Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 2019, 485:43-56.

27 La norma no define explícitamente la necesidad de la existencia de un daño actual o potencial a los intereses colectivos pero la medida no puede justificarse de otra forma; y la lectura de sus términos acompaña la conclusión (301, inc. 2: "...en resguardo...; 303, inc. 2: "...remediar las causas que la motivaron, y si no fuere ello posible disolución y liquidación..."", como medida final de salvar el interés colectivo).

28 Resulta difícil imaginar que pueda existir un interés público abstracto. Siguiendo la aguda reflexión de LUQUI en BIELSA, Derecho administrativo, 7ª ed, 5:2988-90, el interés público refiere a un interés general, propio de una generalidad impersonal de individuos, que se torna público en cuanto el Estado lo asume como propio de la actividad que desarrolla, la que está en sí orientada a la satisfacción del interés general. La generalidad es un presupuesto del interés público, y el interés público no puede estar opuesto al interés general —aunque no satisfaga a todos los individuos o afecte razonablemente derechos individuales—; y a ello se agrega que el interés no es público porque el Estado lo declare como tal, sino porque, fruto de una valoración fundada, en donde se demuestre que existe una necesidad del bien común, sin desmedro írrito de derechos individuales, el Estado asume o debe asumir su gestión para satisfacerlo. Llevando la reflexión postulada un paso más allá, vemos que subyace a la noción de interés público un cúmulo de derechos e intereses individuales y concretos, no obstante que, en virtud de su masividad, pueda predicarse que es general de la población. La protección de la salud pública, el cuidado del ambiente, la tutela contra estafas generalizadas, la tutela de la competencia y lealtad comercial, o la provisión de un servicio educativo, por dar ejemplos, son de interés general de la población en cuanto son de interés e imbrican derechos de cada uno de los miembros que componen la población, cuya defensa general es difícil de realizar —en virtud de costos transaccionales— si no es por medio de agrupaciones colectivas, sean públicas o privadas. Esto lleva entonces al punto expuesto: reconocido entonces que el interés público contiene un interés general, que es a su vez un cúmulo de intereses individuales, ¿no surge entonces que nuestro ordenamiento jurídico hoy

brinda herramientas tuitivo-preventivas para que las personas que encarnan tales intereses individuales, o que tienen específicamente alocada su defensa, actúen jurídicamente en defensa colectiva de tales derechos, en el marco de procesos directamente vinculados a tales derechos? ¿Resulta necesario o aconsejable brindar a funcionarios generalmente de índole administrativa un poder de actuar en abstracto en tutela de derechos que no necesariamente les conciernen?