

LA MEDIDA CAUTELAR DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL EN MATERIA SOCIETARIA (ESTUDIO PRELIMINAR)

Por : Eugenia Ariano Deho (*)

SUMARIO: 1. la «administración judicial como figura típica en nuestro ordenamiento.— 2. Sigue. La «administración judicial» ex art. 769 CPC.— 3. Sigue. La administración judicial» como modalidad de embargo.— 4. Administración judicial de sociedades. ¿Administración de bienes ex art. 769 CPC?— 5. Remoción y nombramiento judicial de administradores societarios.— 6. Derecho a la rendición de cuentas y derecho a la fiscalización.— 7. La administración judicial como medida cautelar.— 8. Conclusiones.

1. LA «ADMINISTRACIÓN JUDICIAL» COMO FIGURA TÍPICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Según lo expresa PODETTI administrar «implica regir o gobernar bienes ajenos o propios. Pero el vocablo se emplea en derecho especialmente en cuanto a bienes total o parcialmente ajenos»¹. De la misma forma, tratándose de entes colectivos (sociedades, asociaciones, comités, etc.) o entes no necesariamente colectivos (empresa individual de responsabilidad limitada, fundaciones), administrar más que «regir o gobernar bienes» es llevar a cabo todas aquellas actividades necesarias para el logro del objeto social, o sea es sinónimo de «gestión».

Ahora bien, cuando se habla de «administración judicial» se hace referencia a

la designación por parte del Juez de aquél sujeto que estará encargado de, justamente, administrar los bienes o de llevar adelante toda o algunas de aquellas actividades necesarias para el logro del objeto social de un determinado ente (o, como veremos, en el interés de determinadas categorías de sujetos).

En nuestro ordenamiento positivo hay dos supuestos que podemos llamar «típicos» de administración judicial:

- a) El previsto en el art. 769 del Código Procesal Civil, para el caso de bienes de personas incapaces o ausentes y de bienes en copropiedad;
- b) Los previstos en los artículos 669 y 670 CPC como modalidades de embargo.

^{*)} Profesora Asociada de la Facultad. El presente trabajo constituye un avance de otro más amplio en preparación, en el que se dará cuenta de la casística (cada vez más variada) de designación en vía cautelar de administradores judiciales en sociedades de capitales.

¹ PODETTI, Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1956, p. 243.



2. Sigue. La «administración judicial» ex art. 769 CPC

El primer supuesto da lugar a un procedimiento no contencioso, tendiente a la designación del administrador judicial del o los bienes del incapaz, del ausente (en donde en rigor no se trata de un «administrador» sino de un «curador», art. 47 y 50 CC), o para los supuestos de copropiedad simple (art. 972 CC) o hereditaria (art. 851 CC).

En sustancia el objeto de este procedimiento es la designación de un administrador de los bienes «comunes» (en el caso de copropiedad o en la sucesión indivisa, o en el caso de ausencia) por acuerdo entre los co-partícipes y si no se logra el acuerdo el propio juez designa al administrador (art. 772 CPC). El mismo procedimiento se sigue para la remoción del administrador nombrado (judicial o extrajudicialmente).

Este procedimiento tiene un ámbito delimitado por la propia ley y es discutible que pueda ser utilizado para otros supuestos distintos de los indicados en el propio art. 769 CPC, o sea, p.e., para designar un administrador judicial de entes. Como lo veremos luego.

Cabe señalar que el art. 678 CPC establece una extraña «medida cautelar» cuya sede no parece ser otra que la del procedimiento ex art. 769 CPC: «ejecutar» anticipadamente la «futura decisión», que en sustancia implicaría que antes de concluir con el procedimiento de nombramiento o remoción de administradores de bienes se proceda a nombrar un «administrador interino».

3. Sigue. La administración judicial» como modalidad de embargo

Mucho más interesante es el supuesto

de nombramiento de administrador judicial como modalidad de embargo.

Quizá convenga partir de la premisa de que el embargo es una medida cautelar tendiente a asegurar al (aparente) acreedor que el (aparente) deudor no distraiga de tal forma su patrimonio (garantía genérica del acreedor) que cuando llegue el momento de la ejecución no se tengan ya bienes en su patrimonio que puedan responder por sus deudas. O sea que la medida cautelar «embargo» está prevista para asegurar la posibilidad de satisfacción de derechos de crédito.

Ahora bien, el embargo puede recaer tanto en bienes existentes como en bienes futuros.

Y entre los «futuros» se encuentran los frutos que pueda generar un bien. Cuando estemos ante un bien fructífero, sea que se haya embargado el bien y sus frutos o que se hayan embargado sólo los frutos del bien, el art. 669 CPC señala que en tales casos el embargo implica la designación de un «administrador» quien se encargará de «recaudar» los frutos (por ejemplo, cobrar las rentas de arrendamiento).

El otro supuesto en el que cabe la designación de un «administrador» se presenta cuando el embargo no recae sobre bienes existentes sino en relación a los «ingresos» derivados de la actividad económica (art. 661 CPC), llevada a cabo por empresarios (individuales o colectivos) o en general por cualquier ente (incluso sin fines de lucro) en aptitud de producir «riqueza». Ello implica que de este modo se pueden embargar los «ingresos» tanto de un pequeño empresario como de una gran sociedad anónima.

Partiendo de la premisa de que los bie-



nes muebles de una «fábrica o comercio» no son «secuestrables» (rectius, embargables) si es que «afectan el proceso de producción o de comercio» (art. 651), o sea si su embargo impide el despliegue ordinario de la actividad económica, nuestra ley permite que sí que se le embarguen «los ingresos». En estos supuestos, el embargo se actúa a través de la denominada «intervención», la que a su vez tiene dos modalidades: «recaudación» y «administración».

Sin embargo, a la «intervención-administración» no puede llegar directamente.

En efecto, según nuestra ley (art. 670 CPC) para llegar al nombramiento de un «interventor-administrador»:

- 1°.— Previamente debe haberse dictado la medida de embargo «bajo forma de intervención-recaudación»;
- 2°.— Que el «titular» de la medida de embargo (o sea el acreedor embargante) solicite la «conversión» fundándose en que la «intervención-recaudación» es improductiva²;
- 3°.— El juez se pronuncia previo traslado por tres días a la parte «afectada» o sea al deudor embargado;
- 4°.— Si se resuelve la «conversión» la resolución es apelable con efecto suspensivo.

Es decir, nuestro CPC ha establecido para una modalidad de embargo en extremo invasiva (y como tal potencialmente dañosa) que implica que el «interventor administrador» asuma la gestión misma de la actividad del ente y su

representación, y cuya ejecución determina el cese «automático de los órganos directivos y ejecutivos» (art. 672 CPC) dos garantías:

- a) el contradictorio (o sea que se corra traslado al «afectado» con la medida de embargo en intervención-recaudación (o sea el aparente deudor); y
- b) si es que se dispone la «conversión» a administración, que el auto sea apelable con efecto suspensivo.

Pero, no hay que olvidar que la denominada «intervención» es la forma de actuar el embargo de los «ingresos», o sea de la renta que genera una actividad económica, vale decir, que estamos ante una medida cautelar enderezada a asegurar a un acreedor que en el momento oportuno pueda satisfacer su crédito, en este caso con la «renta» generada por la actividad del «interventor-administrador».

Ahora bien, este «interventor-administrador» «gerencia la empresa embargada, con sujeción a su objeto social» (art. 671, inc. 1 CPC), pero no en interés de la «empresa embargada», sino en el interés del acreedor embargante. No se trata de sustituir, de ser el caso, a los «órganos directivos y ejecutivos» por estar realizando una mala gestión en lesión del empresario mismo, sino de «gerenciar la empresa» en el interés del acreedor embargante.

En conclusión podemos decir que la «intervención-administración», como modalidad de actuación de un embargo, puede ser pedida por un (aparente)

² La ley procesal no lo dice así en el art. 670, pero sí lo establece en el art. 664 para la «conversión» de la intervención-recaudación a «secuestro». En esta disposición se establece también que el interventor debe emitir un informe.



acreedor sólo tras una improductiva «intervención-recaudación», la misma que una vez dispuesta sólo podrá actuarse cuando quede firme (consentida o ejecutoriada) la resolución que dispuso la «conversión».

4. Administración judicial de sociedades. ¿Administración de bienes ex art. 769 CPC?

No cabe duda que en nuestro ordenamiento cualquier acreedor (rectius, aparente acreedor) puede pedir, como medida cautelar, el embargo de bienes de una sociedad, y ello será posible en tanto y en cuanto, tal embargo, no le impida a la sociedad (en cuanto empresaria) llevar a cabo su actividad económica. Igualmente, se podrán embargar sus «ingresos» y para ello se podrá designar al respectivo «interventor-recaudador», y de ser ésta improductiva se podrá finalmente llegar a la «intervención-administración», con el respectivo cese de sus órganos de administración.

Pero esta es una posibilidad prevista por la ley en el interés del acreedor. Frente a ello la pregunta que sigue es si es posible que un sujeto distinto de quien se afirme acreedor pueda obtener:

- a) Que se nombre judicialmente un administrador (sólo) de los bienes de una sociedad.
- b) Que se nombre un administrador judicial que desplace a los órganos de administración de una sociedad, encargándosele la gestión de la misma. Para dar una respuesta a la pregunta de si un sujeto distinto a quien se afirme acreedor pueda pedir como medida cautelar el nombramiento judicial de administrador de bienes de una sociedad,

y más en concreto, de si un socio pueda pedir la designación tal administrador alegando la copropiedad (o cotitularidad) de los bienes societarios hay que partir de las siguientes premisas:

- a) Una sociedad es una persona jurídica, o sea un sujeto de derecho distinto de sus miembros (art. 78 CC, art. 6 LGS), que posee autonomía patrimonial, en el sentido que su patrimonio es del todo distinto del patrimonio de sus socios;
- b) Los socios (sea cual fuere el modelo societario) bajo ningún aspecto pueden ser considerados ni «copropietarios» de la sociedad ni «copropietarios» de los bienes que integran el patrimonio de la misma.

Los socios de una sociedad por el hecho mismo de serlo tienen una gama de derechos, de obligaciones y de deberes frente a la sociedad que, dependiendo del tipo societario (personal o capitalista), se determinan en función de su participación en el capital social (ya sea en función del aporte ofrecido y, en su caso, pagado, al momento de constituir la sociedad, o de la participación luego adquirida).

Ciertamente, ser socio de una sociedad no es ser copropietario del patrimonio de la sociedad. Si así fuera los acreedores del socio podrían embargar, en proporción a la participación en el capital social de ese socio, los bienes de la sociedad.

Ello como sabemos no es posible ni siquiera en la sociedad más personalista regulada por nuestra Ley General de Sociedades (LGS): la sociedad colectiva. En efecto el art. 274 de dicha ley establece que «Los acreedores de un socio no tienen respecto de la sociedad, ni aun



en caso de quiebra de aquél, otro derecho que el de embargar y percibir lo que por beneficio o liquidación le corresponde». Es decir, que durante la vida de la sociedad colectiva no es posible embargar (pro-cuota) los bienes de la sociedad, sino sólo lo que podría corresponderle al socio: a) tras la disolución y liquidación de la sociedad misma, o b) tras la separación del socio mismo de la sociedad, es decir, se puede embargar lo que «expectativamente» le corresponderá (en el futuro) al socio colectivo. Es más el mismo artículo establece que los acreedores del socio no pueden siquiera pedir la liquidación de la participación del socio en la sociedad, sino que deben esperar el vencimiento del plazo establecido para la duración de la sociedad colectiva. Naturalmente los acreedores del socio puede excutir (o sea embargar) lo que sí le pertenece al socio (así las utilidades generadas por la actividad económica societaria que le corresponden al socio y que forman parte del patrimonio personal).

Ello demuestra que hasta en la más simple sociedad el socio no puede ser considerado un copropietario de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad.

En una sociedad de capitales ello es más evidente aún. El socio por el he-

cho de ser tal tiene una gama de derechos, obligaciones y deberes que se miden estrictamente por su participación en el capital social. Tratándose de sociedades anónimas tal participación está representada por acciones que justamente representan una parte alícuota del capital social y de cuyo número de titularidad va ser el metro de los derechos del accionista durante la vida de la sociedad. La acción es un bien de propiedad del accionista, pero de los tantos derechos que de ella se desprenden no se encuentra ciertamente el de ser «copropietario» de los bienes de la sociedad. El hecho de que tras la liquidación de la sociedad (una vez pagadas todas las deudas sociales) al accionista le corresponda la parte del haber social remanente en proporción al número de sus acciones (art. 420 LGS), no significa que el accionista sea «copropietario» de ese haber remanente, sino que es solamente su acreedor, al igual que lo fue de los dividendos durante la vida de la sociedad³.

De allí sigue que no es posible—en ningún tipo societario— que un socio fundándose en una supuesta «copropiedad» de los bienes sociales pueda, en base al art. 769 CPC solicitar la designación de un administrador judicial de «bienes comunes», pues los bienes sociales no son «bienes comunes», sino

³ Tal como lo señala GUTIERREZ FALLA, *Derecho mercantil. Contrato societario y derechos individuales de los accionistas*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 220, «los denominados derechos patrimoniales, en tanto tienen por único fin el hacer partícipe al socio de las resultas económicas de la gestión social, quedando tipificados en los derechos a percibir una porción determinada y constante del patrimonio social, en cualquier forma y momento en que venga distribuida a los socios. Dichos derechos se hacen efectivos: a través de la participación en las utilidades mediante la declaración de dividendos; en la cuota de liquidación, para los casos de disolución total o parcial de la sociedad, y en el ejercicio del derecho de opción en los aumentos de capital, las tres formas en que clásicamente se reparten entre los socios el patrimonio social y las utilidades acumuladas».



bienes de la sociedad, sobre los cuales el socio no tiene ningún directo derecho. No por nada el segundo párrafo del art. 2° de la LGS señala que «La comunidad de bienes, en cualquiera de sus formas, se regula por las disposiciones pertinentes del Código Civil», poniendo en resalto que con la creación de una sociedad (de cualquier tipo) se crea un nuevo sujeto de derecho con su propio patrimonio, sin que los socios tengan en relación a los bienes de la sociedad una situación de «comunidad».

Pero, lo que hace más evidente la improcedencia de la designación de una administración judicial de los bienes sociales ex art. 769 CPC es que una sociedad si bien desde el punto de vista estático es una persona jurídica (y como tal tiene su propio patrimonio), desde el punto de vista dinámico es una organización enderezada a desplegar la actividad económica que constituye su objeto social, sirviéndose para ello de toda una universalidad heterogénea de bienes (muebles, inmuebles, servicios y bienes inmateriales no necesariamente pertenecientes a la sociedad empresaria) unitariamente destinados a la realización de la actividad económica, es decir, valiéndose de lo que los italianos llaman «azienda» y en nuestra lengua hoy llamamos «fondo empresarial».

De allí que si, en hipótesis, se designara judicialmente un administrador ex art. 769 CPC de los bienes de una sociedad, se podrían producir dos situaciones:

- a) quebrarse la unidad del fondo empresarial, en cuanto algunos de los bienes (los de propiedad de la sociedad) serían autónomamente «administrados» por el designado administrador judicial, pu-

diendo impedir el desempeño cabal de la actividad económica por parte de la sociedad;

- b) superponerse a los administradores de la sociedad que según la ley y el respectivo estatuto tienen encomendado el desempeño de los actos de gestión para el logro del objeto social.

En este último sentido, el nombramiento de administrador judicial ex 769 CPC es incompatible con la existencia de los órganos de administración de determinada sociedad, pues tales órganos no «administran» los bienes, sino que los «organizan» para el logro del objeto social. Los órganos de administración «administran» la sociedad y la coexistencia de un «administrador judicial de los bienes» les impediría realizar cabalmente sus actos de gestión.

Ahora lo más peligrosos es que el procedimiento ex art. 769 CPC podría ser utilizado como mecanismo para hacer un fraude a la ley, es decir que, bajo la máscara de nombrarse un «administrador judicial de bienes» se estaría en realidad logrando, por una vía no establecida en nuestro derecho societario, que un socio obtenga la sustitución de los órganos de administración de una sociedad por un administrador, quebrando toda la estructura organizativa prevista por la legislación societaria.

Como consecuencia, es mi opinión que de acuerdo a nuestro derecho societario un socio no puede solicitar ex art. 769 CPC la designación administrador judicial de bienes sociales porque:

- 1°.— El socio no es «copropietario» de los bienes de la sociedad;
- 2°.— Los bienes de la sociedad están destinados a la realización de la actividad



económica que constituye el objeto social para lo cual son organizados por los órganos de administración de la sociedad, los que sólo pueden ser nombrados o removidos conforme a las reglas de la LGS.

5. Remoción y nombramiento judicial de administradores societarios

La existencia de administradores de una sociedad es tan inherente a ella que la propia LGS ha establecido que «en la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo a las características de cada forma societaria» (art. 5).

Cada «forma societaria» tiene su propio régimen de administración, desde la más simple, la sociedad colectiva, en la que, salvo pacto distinto, a cada socio le corresponde, separada e individualmente, la administración de la sociedad (art. 270 LGS), hasta la más compleja, la sociedad anónima, cuya administración le corresponde al directorio (art. 172 LGS) y a la gerencia (art. 188 LGS).

Los administradores de una sociedad son nombrados y removidos conforme a las reglas establecidas en la ley societaria o, en su caso, en el respectivo estatuto. Salvo en el supuesto especial de la Sociedad de Comercial de Responsabilidad Limitada (SRL), en ningún artículo de nuestra ley se permite que los administradores sean removidos (y/o nombrados) judicialmente.

En efecto, el único supuesto (podemos decir «sobreviviente») de remoción judicial de administradores lo encontramos respecto a la SRL en el artículo 287 LGS que establece que «Los gerentes pueden ser separados de su car-

go según acuerdo adoptado por mayoría simple del capital social, excepto cuando el nombramiento hubiese sido condición del pacto social, en cuyo caso sólo podrán ser removidos judicialmente y por dolo, culpa o inhabilidad para ejercerlos».

Ergo, para la SRL sí se podría demandar la remoción del o los gerentes sólo cuando «el nombramiento hubiese sido condición del pacto social» y siempre y cuando se les impute una justa causa: es decir que hayan obrado con «dolo, culpa o inhabilidad» en el ejercicio del cargo. Caso contrario rige la libre remoción de los gerentes (o sea sin expresión de causa) por decisión de los socios que representen la mayoría simple del capital social.

En el caso de la Sociedad Anónima rige con toda amplitud el principio de la libre remoción (o sea sin expresión de causa) del directorio y de la gerencia. En efecto, el art. 154 LGS señala que «Los directores pueden ser removidos en cualquier momento, bien sea por la junta general o por la junta especial que los eligió, aun cuando su designación hubiese sido una de las condiciones del pacto social». De la misma forma el art. 187 LGS señala que «El gerente puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general, cualquiera que sea el órgano del que haya emanado su nombramiento».

Ello significa que no existe posibilidad (ni necesidad) alguna, en nuestro ordenamiento que se demande judicialmente la remoción del directorio o gerencia, pues tal atribución le corresponde a la junta general (o en su caso a la especial) o al directorio⁴.



Como consecuencia si uno o más accionistas (sin importar la «causa») pretenden que se remueva al directorio o la gerencia no tienen sino que activar el mecanismo para que se convoque a junta general (o, en su caso, a la especial) para que se adopte el acuerdo respectivo.

Naturalmente para solicitar la convocatoria a junta el o los accionistas deben representar no menos del 20% de las acciones con derecho a voto, para la sociedad anónima común o cerrada (art. 117 LGS) o el 5% tratándose de una sociedad anónima abierta.

Si el directorio (o en su caso de la sociedad anónima cerrada, la gerencia) no convocara a junta conforme a lo dispuesto en el propio art. 117 el o los accionistas «podrán solicitar al juez de la sede de la sociedad que ordene la convocatoria por el proceso no contencioso». Es decir, la intervención judicial está prevista sólo para la convocatoria a junta, jamás para «saltarse» la junta y que el mismo juez disponga lo que debería ser un acuerdo adoptado con las mayorías legales. Además, en el caso de la sociedad anónima abierta inclusive se puede obviar la intervención del juez

para la convocatoria pues la CONASEV puede efectuar tal convocatoria (art. 255 LGS).

Vale decir que la ley societaria ha establecido el mecanismo interno para poder llegar a una «remoción» de los administradores (directorio y/o gerencia). Si el o los accionistas no representan el número legal de acciones para tener derecho a que se convoque a junta mucho menos podrían acudir al juez para lograr la «remoción» de directorio y/o gerencia. Si ello se hiciera (y lograra) se subvertiría todo el régimen de las sociedades anónimas peruano. Hay que tener en cuenta que una sociedad como lo es la sociedad anónima, basada en el principio mayoritario, los derechos que la ley otorga a las minorías tienden a limitar el poder de las mayorías, pero no hasta llegar al límite de que sean las minorías las que lleguen a gobernar a la sociedad o alterar su regular gestión.

Y mucho menos sería posible que uno o más accionistas (sea cual fuere el número de acciones con derecho de voto de las cuales sean titulares) pretendan la «remoción» de directorio y/o gerencia de una sociedad anónima a tra-

⁴ Decía MALAGARRIGA, *Intervención judicial de sociedades*, en *Revista de sociedades anónimas*, julio 1958, N° 11-13, p. 6 y s. (cit., por COUSO, *Intervención y Administración Judicial de Sociedades*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, p. 36), antes de que la Ley de Sociedades argentina (Ley 19.550) regulara la intervención judicial de sociedades en sus arts. 113 a 117, que «Para convencerse de la inaplicabilidad del artículo 1684 [del CC argentino, previsto para la sociedad civil] a las sociedades anónimas basta a mi juicio, con recordar que si ese artículo existe en el Código Civil es porque, en el tipo de sociedad que ese código prevé y reglamenta, el mandato para administrar dado por una cláusula del contrato no puede ser revocado sin causa legítima, y así, si no reconoce el administrador como justa causa de su revocación, conserva el cargo hasta ser removido por sentencia judicial. Y como, evidentemente, podría ello poner en peligro los intereses comprometidos (...), la ley autoriza al juez de la causa para decretar, como dice el artículo 1684, la remoción luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisional. En la sociedad anónima es notorio que la hipótesis de la ley civil no puede presentarse desde que el directorio, o sea el equivalente del administrador previsto en aquella, es revocable 'ad nutum', es decir, sin necesidad de que se invoque por ello causa legítima. No cabe, pues, propiamente, tratándose de una sociedad anónima, pleito para obtener la remoción del director o directores y, entonces, cae por su base, o mejor dicho, no surge la facultad judicial de nombrar, en su reemplazo, un administrador».



vés del procedimiento no contencioso establecido en el art. 769 y ss. del CPC, primero porque tal procedimiento está previsto para otros supuestos (fundamentalmente copropiedad) y porque ello implicaría pasarse por encima de todas las normas societarias.

Es más la ley societaria, para el caso más extremo de vacío de poder, vale decir, de vacancia de un número tal de directores que el órgano no pueda reunirse válidamente, ha dispuesto que se proceda a la convocatoria a junta (art. 158 LGS), y en el interim los directores supérstites asumirán provisionalmente la administración. En el supuesto en el cual los directores supérstites no convoquen a junta o de haber vacado el cargo de todos los directores, el gerente general debe realizar «de inmediato» tal convocatoria. Si la convocatoria no se produce dentro de los diez días, cualquier accionista puede solicitar al juez que la ordene, por el proceso sumarísimo. Es decir, sólo en extrema ratio se hace intervenir al juez, a solicitud de cualquier accionista, pero sólo, nótese, para que convoque a junta de accionistas (art. 158 in fine LGS).

Ergo, en el espíritu de la ley societaria está el que sea siempre la junta de accionistas la que proceda a la designación (o también a la remoción) de los

órganos de administración. En extrema ratio, si hay una continuada inactividad de la junta general (o sea que convocada no se llega a instalar, por lo menos más de una vez) se incurrirá en una causal de disolución (inc. 3 del art. 407 LGS). Frente a lo cual «el directorio, o cuando éste no exista cualquier socio, administrador o gerente, convoca para que en un plazo máximo de treinta días se realice una junta, a fin de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas que correspondan» (primer párrafo del art. 409 LGS). Si la junta no se reúne, o si reuniéndose no adopta el acuerdo de disolución (o las medidas que correspondan), cualquier socio, administrador, director o el gerente puede solicitar al juez del domicilio social que declare la disolución de la sociedad (tercer párrafo art. 409 LGS).

En conclusión, en nuestro ordenamiento (salvo el indicado caso de la SRL) no sería jurídicamente posible remover judicialmente a los órganos de administración de una sociedad y como consecuencia, no sería posible nombrar un administrador judicial de sociedades, sin que ello trastoque el propio ordenamiento societario⁵.

6. Derecho a la rendición de cuentas y derecho a la fiscalización

⁵ Distinto es el derecho italiano que prevé un mecanismo específico (no contencioso) de control judicial sobre la gestión de las sociedades anónimas. Es así que el art. 2904 CC establece que «Si hay fundada sospecha de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y de los síndicos, los socios que representen el décimo del capital social pueden denunciar los hechos al tribunal. El tribunal, oídos en cámara de consejo a los administradores y a los síndicos, puede ordenar la inspección de la administración de la sociedad a costa de los socios solicitantes, subordinándola, si es del caso, a la prestación de una caución. Si las irregularidades denunciadas subsisten, el tribunal puede disponer las oportunas medidas cautelares y convocar a la asamblea para los respectivos acuerdos. En los casos más graves puede revocar a los administradores y a los síndicos y nombrar un administrador judicial, determinando sus poderes y duración». Sobre tal procedimiento cfr. GHIRGA, *Il procedimento per irregolarità della gestione sociale*, Cedam, Padova.



En una sociedad tan compleja y legalmente organizada como la sociedad anónima los accionistas tienen establecido el mecanismo ordinario para que la sociedad le «rinda cuentas» de la marcha social: en la Junta Obligatoria Anual.

En efecto, conforme lo establece el art. 222 LGS la memoria del Directorio es el documento en el que el órgano de administración «da cuenta a la junta general de la marcha y estado de los negocios (...) así como de la situación de la sociedad y los resultados obtenidos», siendo que la memoria, junto con los estados financieros, será objeto de consideración en la junta obligatoria anual (art. 114 LGS).

Ergo, es al cierre del ejercicio anual que surge el deber del Directorio de dar cuenta a los accionistas y se debe hacer en la Junta Obligatoria Anual. Si ésta no es convocada, puede serlo por el juez a pedido «del titular de una sola acción». Es decir, para que el Directorio dé cuenta de la marcha social (a través de la Memoria y estados financieros) se repite el mecanismo ya visto para la remoción: el juez, a pedido incluso de un accionista titular de una sola acción, realizará la convocatoria a junta de accionistas, y no podrá ciertamente disponer que el Directorio «rinda cuentas» ante el juez mismo.

Como consecuencia debe excluirse toda posibilidad jurídica de que en nuestro ordenamiento vigente el accionista (sea cual fuere su número de acciones) pueda pedir que los órganos de administración les rindan cuenta directamente de la marcha social, es decir, saltándose la Junta.

Pero hay que tener en claro que el de-

ber de dar cuenta a los accionistas de la marcha social es de la sociedad, la que se actúa de órgano a órgano: el órgano de administración (Directorio) debe dar cuenta al órgano supremo (Junta de Accionistas).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que entre los derechos del titular de acciones con derecho a voto se encuentra el de fiscalizar «la gestión de los negocios sociales» (art. 95 inc. 3 LGS), pero tal derecho de fiscalización debe ejercitarse «en la forma establecida en la ley y el estatuto».

Y, ¿cuál es la forma de fiscalizar la gestión de los negocios sociales? En mi concepto el derecho del accionista de fiscalizar tal gestión se articula de dos formas:

- a) A través del ejercicio del derecho a la información que le corresponde a cada accionista a una vez producida la convocatoria a Junta General respecto a «los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto» de tal junta, para la sociedad anónima en general (art. 130 LGA), y en relación a cualquier otra información solicitada por accionistas que representen no menos del 5% del capital pagado tratándose de una sociedad anónima abierta (art. 261 LGA). El deber de prestar la información a los accionistas le corresponde al Directorio (art. 175 LGS), cuyos miembros, a su vez, tienen derecho a ser informados por la gerencia de todo lo relacionado a la marcha de la sociedad, un derecho que, a claras letras, el art. 173 LGS señala que «debe ser ejercido en el seno del directorio y de manera de no afectar la gestión social». Ergo, los accionistas no tienen derecho a que directamente el gerente les pro-



porcione información, sino que ella tiene que intermediarse a través del Directorio.

- b) A través de la solicitud de investigaciones y auditorías especiales en relación a aspectos concretos de la gestión o de las cuentas de la sociedad. Pero, hay que tener en cuenta que conforme al inc. 6 del art. 115 LGS es competencia de la Junta de Accionistas el disponer investigaciones y auditorías especiales, lo que significa que, en definitiva, los accionistas pueden solicitar las investigaciones y auditorías especiales que estimen, pero quien lo decide es la Junta de Accionistas, para lo cual debe ser obviamente convocada.

Ello significa que la ley societaria establece los mecanismos de fiscalización de la gestión social: a través de solicitudes de información y de realización de investigaciones y auditorías especiales.

Por último, hay que señalar que en el caso que el accionista individual considere que los órganos de administración han incurrido en mala gestión que les ha provocado daño directo puede demandar la indemnización que corresponda para reparar tal daño (art. 182 LGS) por parte de los directores (art. 177 LGS) o gerentes (art. 190 LGS).

En consecuencia, no se avizora en la ley societaria derecho individual del accionista a que el Directorio o, en su

caso, la Gerencia le deba, fuera del propio ámbito de la Junta de Accionistas, rendir cuentas.

7. La administración judicial como medida cautelar

Lo dicho precedentemente tiene extrema relevancia cuando en vía cautelar se pretenda el nombramiento de un administrador judicial de una sociedad.

Sobre el particular, hay que tener en cuenta que para conceder una medida cautelar, según lo dispone el art. 611 CPC, el juez tiene que efectuar un juicio que se sustancia en tres niveles: a) sobre el derecho invocado por el demandante de la cautela, vale decir, sobre la posibilidad y probabilidad de que la demanda de fondo (plantada o por plantearse) sea, en su momento, declarada fundada; b) sobre la existencia de un concreto peligro de demora que justifique la emisión de la medida cautelar; y, finalmente (en el caso que ambos juicios sean positivos), c) sobre la idoneidad de la medida cautelar a conceder para neutralizar el peligro de demora que amenaza «el derecho invocado». Naturalmente lo primero que debe determinar el juez es la posibilidad jurídica del objeto del proceso de fondo, en buena cuenta, si el actor, en base a sus afirmaciones y en hipótesis, cuenta con legitimación e interés⁶ para pretender lo que ha ya demandado (o demandará), por cuanto, dado el nexo instrumental que debe existir entre la tutela

⁶ Como bien señala FAZZALARI, «la legitimación de las partes... se determina, *in limine litis*, contemplando, en hipótesis y a futura memoria, aquello que, según el solicitante, debería ser la resolución judicial a emanar por el magistrado... Ya que tal resolución, o mejor, sus efectos crearían necesariamente una nueva situación en el mundo sustancial, es decir incidirían en el patrimonio de algunos sujetos; y, ya que, es obvia la exigencia que aquellos, en cuanto estén por convertirse en destinatarios de la eficacia de la resolución judicial, participen en el procedimiento de formación de la



de fondo y la tutela cautelar, no sería posible, bajo ningún aspecto, obtener bajo la máscara de una medida cautelar la tutela de una situación jurídica que el derecho sustancial no tutela. Este primer aspecto del «juicio» en materia cautelar es particularmente trascendente cuando la medida haya sido solicitada ante causam (o sea, en la terminología del CPC, «fuera de proceso»), por cuanto no estando aún planteada la demanda de fondo (la que es sólo «anunciada» por el solicitante de la cautela), puede darse el caso de que se pretenda una medida cautelar no para que sirva de instrumento de efectividad de la tutela de fondo, sino como fin en sí misma y para proteger una situación no tutelada por el ordenamiento, con el riesgo de que «las medidas cautelares, en lugar de cumplir su peculiar función, podrían convertirse en armas preciosas para el litigante temerario, y ser vehículo ideal para el fraude»⁷.

Es así que cuando se pide, ante causam, una medida cautelar de nombramiento de administrador judicial de una determinada sociedad, el juez, para disponerla, tendrá primeramente que preguntarse en base a cuál derecho el solicitante la pide. Así si el solicitante se afir-

ma accionista de una sociedad anónima, y anuncia que interpondrá, p.e., una demanda de remoción de los órganos de administración de la sociedad, es obvio, por lo dicho precedentemente que el juez no podrá conceder la medida solicitada (ni cualquier otra) porque en nuestro ordenamiento societario los accionistas (sea cual fuere el número de acciones que tuvieran) no tienen el derecho individual de demandar la remoción de los administradores de una sociedad anónima (directorio y/o gerencia) y, como consecuencia, no es posible que se obtenga una medida cautelar enderezada a asegurar el resultado de un proceso cuyo objeto esté (o estará) representado por una situación jurídica no tutelada por el ordenamiento.

Tampoco sería posible obtener una medida con tal contenido (nombramiento de administrador judicial) cuando lo que se pretendiera en el proceso de fondo fuera obtener una indemnización derivada de la mala gestión de los administradores, ni siquiera cuando los accionistas obraran cuales sustitutos procesales de la sociedad (art. 181 LGS) o por derecho propio (art. 182 LGS), por el simple motivo de que en ambos casos los demandados serían los directo-

resolución; por estas razones, tales sujetos están legitimados a «decir y contradecir» en el curso del procedimiento. El cual justamente en virtud de tal participación es proceso» (*Istituzioni di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1989, p.201), concluyendo que «metro para determinar la legitimación son, justamente, el contenido de la resolución y sus efectos: en el sentido que los sujetos destinados a ser envueltos por aquella resolución y por aquellos efectos son los legítimos contradictores en un determinado proceso... apenas el juez constate que, ni siquiera en vía de hipótesis (es decir con el metro de los efectos de la eventual resolución, como están postulados al inicio), el actor o el demandado puede considerarse legitimado para obrar (si Ticio cita a Caio y pide que sea condenado por incumplimiento... a Sempronio, es fácil darse cuenta que ni siquiera en hipótesis Caio es legítimo contradictor); cuando se haga tal constatación —que una o más partes están privadas de la legitimación para “decir o contradecir” a lo largo de todo el arco del proceso y, hasta en cuanto sea posible, hasta la resolución de fondo— está previsto el cierre del proceso, mediante sentencia del juez, justamente por defecto de legitimación para obrar» (*ob.cit.* p. 206-208).

⁷ CARRERAS, *Las medidas cautelares del art. 1.428 de la Lec*, en la *Revista Jurídica de Cataluña*, 1958, p. 478.



res o gerentes a quienes se le atribuye la responsabilidad (personal) por mala gestio y no la sociedad⁸, y una medida cautelar de nombramiento de administrador judicial (que implica la suspensión en el ejercicio de sus cargos a los administradores y/o gerentes) es una medida que afecta a la sociedad y no a las personas que ocupan tales cargos⁹.

Mucho menos sería posible obtener una medida cautelar de nombramiento de administrador judicial cuando lo que pretenda el afirmado accionista en el proceso de fondo sea que los órganos de administración le rindan cuentas de la gestión social. Y ello por un doble motivo: en primer lugar, porque los accionistas no tienen tal derecho frente a la sociedad (rectius, lo tienen pero se ejercita a través de los mecanismos internos y, en sustancia, en dentro de la Junta) y, en segundo, porque no habría un nexo instrumental entre lo pretendido (rendir cuentas) y la medida (administración judicial), vale decir, que la medida cautelar no estaría asegurando la efectividad de la tutela de fondo.

Por último, si es que se pretendiera, siempre como medida cautelar, el nombramiento de un administrador judicial

de sociedades al amparo del art. 678 CPC, hay que tener en cuenta que tal discutible medida sólo se puede dictar «en los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes» (o sea un supuesto ajeno al societario), pero que en todo caso del tenor literal de la norma, se excluye que se pueda pedir ante causam, o sea antes de la existencia de tales procesos¹⁰.

8. Conclusiones

- 1) En nuestro ordenamiento existen sólo dos figuras típicas de nombramiento de la administración judicial: una sustancialmente referida a las situaciones de copropiedad sobre bienes, articulable en base al procedimiento no contencioso regulado en los arts. 769 y ss. del CPC, enderezada al nombramiento del «administrador judicial de bienes» a falta de acuerdo entre las partes; y la segunda, la llamada «intervención-administración» establecida en interés de los acreedores como forma de actuación de un embargo de rentas derivadas de una actividad económica. Las dos figuras tienen un ámbito operativo delimitado y no son aplicables para obtener, a solicitud de los socios, la administración de una sociedad.

⁸- Téngase en cuenta que la vigente LGS ha sufrido (no se sabe bien por qué) la disposición que existía en el art. 173 de la anterior en el sentido de que el acuerdo de junta general de iniciar acción de responsabilidad en contra de los directores determinaba "de pleno derecho la revocación del cargo de director contra quien se ha de dirigir la acción de responsabilidad." Respecto del gerente, en cambio, sí se ha efecto de la "remoción automática" (v. art.195 LGS).

⁹- Así señala Prato, *Intervención judicial de sociedades*, en Arazi, *Medidas cautelares*, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 185 en cuanto a la legitimación pasiva en una medida de intervención judicial de sociedades: "Siempre la parte demandada deberá ser la "sociedad", por cuanto al ser el objeto del pleito, la remoción "del administrador" (...), es el ente como tal, el sujeto pasivo, y no personalmente quien ejerce la administración". De la misma manera Couto: *Intervención y administración judicial de sociedades*, cit.,m p 77.

¹⁰ Así lo interpreta el argentino Rivas: *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Rhodas, Lima 2000, p. 227 "El texto legal determina que la anticipación habrá de concederse "En los procesos sobre nombramiento y remoción", es decir, que impone la existencia del juicio iniciado".



- 2) En nuestro ordenamiento societario, salvo un supuesto especial en materia de Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, existe la libre remoción de los administradores, a través de los mecanismos que la propia ley societaria establece según el tipo societario. Como consecuencia, nuestro ordenamiento no prevé, dada la libre remoción, la posibilidad (y necesidad) de un proceso (contencioso) de remoción judicial de los administradores de una sociedad.
- 3) En la sociedad anónima los administradores (Directorio y Gerencia) son libremente removibles por la Junta General o, en su caso, por el Directorio. No hay posibilidad jurídica alguno que el juez pueda remover directamente a los administradores. Siempre tiene que hacerse a través de la Junta de Accionistas.
- 4) No siendo jurídicamente posible, a demanda de los socios, la remoción judicial de administradores societarios, no procede, como proceso principal, el «nombramiento de administrador judicial de bienes» de una sociedad por cuanto:
 - a) los socios no son «copropietarios» de los bienes sociales; y,
 - b) se estaría burlando la estructura organizativa de una sociedad lográndose con un nombre distinto lo que la ley no permite: la remoción judicial de administradores.
- 5) En las sociedades anónimas, cuya organización interna está estableci-
- da imperativamente en la ley, los órganos de administración rinden cuentas de su gestión a los accionistas en los momentos establecidos en la propia ley. El accionista no tiene el derecho individual directo de pedir cuentas a los órganos de administración. Los órganos de administración (y en concreto el directorio) tienen el deber de rendir cuentas a la Junta de Accionistas no a los accionistas.
- 6) No siendo posible un proceso principal tendiente al nombramiento de un administrador judicial de sociedades (que en sustancia es una remoción ilegal), no es procedente ninguna medida cautelar que «anticipe» tal nombramiento. No se puede obtener en vía cautelar lo que no se puede obtener a través de un proceso de fondo.
- 7) La medida cautelar de administración judicial de bienes solicitada por socios es incompatible con la estructura administrativa de una sociedad que para el desempeño de su actividad económica organiza los bienes para el logro de su objeto social.
- 8) La medida cautelar de administración judicial que sustituye a los órganos de administración de una sociedad anónima es incompatible con la organización interna que prevé el ordenamiento societario y puede llegar a constituir una ilegítima ingerencia judicial en la gestión de una persona jurídica de derecho privado.