

## **65ª ENCUESTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

**Título:** El suspenso en la ejecución de decisiones assemblearias.

**Ponencia:** *No deben exigirse otros requisitos a la medida cautelar de suspensión en la ejecución de decisiones assemblearias más de los que exige la ley 19.550 y que son tres: motivos graves, no perjuicio a terceros y contracautela. Esta medida cautelar no es una innovativa, no nulifica transitoriamente la decisión, ni requiere de un peligro inminente. Corresponde indicar qué actos no deben ejecutarse y la sentencia debe indicar qué deben o no deben realizar los administradores para cumplir con la orden precautoria.*

**Autor:** José David Botteri (h), Colegio de Abogados de Mar del Plata.

### **1. Presentación.**

El género de **suspenso** en cine y literatura remite a sentimientos de incertidumbre y ansiedad a consecuencia de una determinada situación experimentada por el espectador, respecto de una obra dramática. Se requiere de la obra que el espectador perciba claramente la posibilidad cierta de ocurrir un desenlace penoso o un momento traumático, con tensión y erupción de emociones primarias.

Una serie de fallos recientes sobre la *medida cautelar societaria de suspensión preventiva en la ejecución de resoluciones assemblearias* y la doctrina que se ha ido elaborando evocan, un poco, las historias del género de suspenso. Recordemos que Hitchcock decía sobre el tema:

***"Imagínese a un hombre sentado en el sofá favorito de su casa. Debajo tiene una bomba a punto de estallar. Él lo ignora, pero el público lo sabe. Eso es el suspenso"***

En nuestro caso, no hay bombas a punto de estallar, el sofá favorito es el rígido sillón de trabajo de jueces y abogados y nuestro tema es mucho más aburrido que una buena película. Pero hay un nexo común, que son las expectativas cautelares, la ansiedad de lograr una medida asegurativa del resultado de un proceso, el éxito o la frustración de lograrla y la posibilidad cierta de un resultado penoso. Dejemos las emociones primarias de los litigantes a un lado; pero pasemos a la confusión y desconcierto que existe en la doctrina judicial y académica en este tema, para tamizarlas en un análisis conceptual y descubrir qué tanto se puede obtener o no de este instituto que interesa al derecho procesal societario.

### **2. La incertidumbre en los fallos judiciales.**

Hagamos breve repaso de los abundantes fallos sobre el tema, comenzando por los más recientes, en un corto y selectivo recorrido para no

fatigar al lector. Muchos de estos temas son conocidos y señalamos sólo algunos aspectos principales:

a) La Sala F de la Cámara Nacional de Comercio dictó cuatro fallos a fines del año pasado sobre nuestro tema **rechazando** la procedencia de la medida: dos recayeron en los autos “*Alvarez Gabriela Ileana c/ Miavasa SA y otros s/ Ordinario s/ Incidente Art 250*” los días 20 y 29 de diciembre de 2016. El mismo día 20 sentenció los autos “*Rene F. Garris y otro contra Suárez María Alejandra Margarita y otros sobre ordinario, Incidente art. 250*” y él día 29 también falló en “*Boldrini Alberto y otros contra Falcoh SA y otro sobre ordinario*”.

En estas sentencias se sostiene la doctrina según la cual los jueces deben hacer un cálculo de probabilidades para medir la verosimilitud del derecho en instancia cautelar. También se dice que si una cuestión resulta controvertida o litigiosa por las explicaciones dadas por la sociedad demandada la medida cautelar no puede otorgarse, se menciona también que no es materia de suspensión la decisión que aprueba la gestión de los administradores, ni tampoco la que aprobó los estados contables con el síndico como contador certificante. La Dra. Tevez, por su voto, manifestó que las decisiones asamblearias que aprueban estados contables no son susceptibles de suspensión provisional. La Sala entiende que reflexionar con hondura sobre las indagaciones propuestas en instancia cautelar en tanto resultan coincidentes con la controversia suscitada, impondría emitir prematuramente un juzgamiento de mérito sobre la cuestión, sólo dirimible al momento de la sentencia definitiva.

La medida que analizamos, según esta Sala cumple una doble función: (i) conjurar el eventual perjuicio individual y (ii) evitar la consumación de actos lesivos del interés social. Pero, con sustento en cierta doctrina, sostiene que toda suspensión de una decisión asamblearia requiere de motivos graves, pues tiene por efecto la anulación momentánea de la resolución de la mayoría de los accionistas, que puede acarrear perjuicios irreparables a la sociedad si no fueran justificados. Por esa razón argumenta que no debe disponerse la suspensión cuando sean mayores los daños que se generen a la sociedad y al resto de los socios, que los perjuicios que los peticionantes de la medida pretenden evitar.

b) También con fecha 20 de diciembre de 2016, la Sala D de la Cámara Nacional de Comercio, en autos “*Azzi María Marcela c/ Canteras Argentinas SA sobre medida precautoria*”, confirmó la precautoria que analizamos con base en que los hechos tenidos como *prima facie* acreditados por el juez de primera instancia a los fines de ordenar la medida cautelar prevista en el artículo 252 de la ley 19550 (LGS), debían ser desvirtuados por quien apela.

Dijo la Sala que en tanto el argumento central para otorgar la suspensión provisoria de la ejecución de la decisión asamblearia impugnada de nulidad, fue la denuncia acreditada de que la sociedad falsea en forma burda sus asientos contables, recibiendo sumas de dinero de manera extracontable; debía la sociedad demandada enjuiciar ese fundamento central de manera

eficiente, lo cual no sucedió en la causa determinando el rechazo de la apelación y la confirmación de la medida.

c) Como el puede observarse, la estrictez de los jueces en la materia convierten la concesión de la medida en algo verdaderamente excepcional y hasta azaroso, pues al no haber criterios unívocos en la materia, todo depende de la radicación del expediente. Veamos ahora otros fallos, que completan con alguna abundancia el cuadro expositivo de la doctrina judicial nacional sobre la materia. Si el lector ya está empapado en la temática, puede saltarse estos puntos, pero sirven como recopilación de diversas ideas:

- La mayoría de las Salas de la Cámara Nacional de Comercio, sostienen que la suspensión de las decisiones asamblearias impugnadas por vía de nulidad, solo puede ser dispuesta judicialmente **cuando existan motivos graves, y la posibilidad de que se consumen hechos que causen perjuicios irreparables** (ver fallos Sala E del 21/6/01 autos "Maya, Antonio c/ Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/ sumario"; de Sala D, del 8/4/08, "Maya, Antonio c/ Instituto de Diagnostico y Tratamiento SA s/ medida precautoria" y el clásico de sala E "La Gran Provisión SA c/ Meili y Cia. SA" del 10/02/1987).
- También la Cámara sostiene que **los "motivos graves" deben evaluarse teniendo en cuenta no solo el eventual perjuicio que podría ocasionar a terceros, sino primordialmente, para el interés societario que predomina sobre el particular del accionista impugnante.** (CNCom. Sala B, "Grosman c/ Los Arrayanes" del 23.9.86; ídem "Ferrari c/ Plinto" del 24.12.87; Sala A, "Galván, Daniel c/ Microomnibus Barrancas de Belgrano SA s/ ordinario s/ inc. de medidas cautelares" del 20.12.05; ídem "Marón, Daniel c/ del Ponte, María F. s/ ord. s/ inc. de apelación" del 17.8.06; ídem Sala D, "Lagarcue SA c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ medida precautoria" del 28.12.06) Sala B fallo del 29/12/2000, "Schetmann, Irene N. c/ Científica Central Jacobo Rapoport SACIFI s/ medida precautoria"; ídem del 24/5/2001, "Donadio, Carlos Alberto c/ Rivadavia 5859 SA s/ Medida Precautoria"; de la Sala A, del 14/9/2006, "Bonomi, Roberto c/ Untus SA s/ ord."; de la Sala D, en 28/12/2006, "Lagarcue SA c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ medida precautoria" y de la Sala E, del 14/11/2012, "South American Energy Development c/ Fides Group SA s/ medida precautoria").
- Se ha dicho que para proveer la medida, debe hacerse una especie de "**prueba de resistencia**", que consiste en analizar, si los hubiera, los vicios subjetivos en los votos que aprobaron una decisión. Si éstos no alcanzan a revertir la mayoría, la medida no puede concederse. Autos: "Gysin, Norberto c/ Federal SA", CNCom, Sala C del 30/08/1984
- En materia de **decisiones que aprueban estados contables**, existe una mayoría de fallos que sostienen que la aprobación de un balance de ejercicio por la asamblea, tiene un carácter no decisorio a los fines del dictado de la medida precautoria prevista por la ley 19550. Se dice así que las decisiones asamblearias que simplemente aprueban los estados

contables de un ejercicio, no son en principio susceptibles de ser suspendidas en tanto su virtualidad se ha agotado con la resolución misma, sin que exista materia alguna que permita hablar de "ejecución de la decisión respectiva". ("Noel, Carlos c/ Noel y Cia. SA ", Sala B, del 13/6/1991; la Sala E, el 13/12/1995, "Schettini, Juan c/ Oblimento s/ expediente separado (cpr 250)"; ídem Sala C, del 29/12/1995, "Parola de Alcoba, Maria c/ La Holando Sudamericana Cia. de seg. SA"; Sala C, 20/6/06, "Alvarez Cañedo, Francisco c/ Gulf Oil Argentina SA s/ inc. de apelación"; Sala A, 14/9/06, "Bonomi, Roberto c/ Untus SA s/ ord.", entre muchos otros más. En esa línea, tampoco procede la suspensión de la decisión cuando **no se acompañó la memoria de ejercicio**. (CNCom, esta Sala B, in re "Marocco, Oscar c/ Lamartine S.A s/ Medida Precautoria" del 7.10.97 y "Madariaga, Marta Estela c/ Madida S.A. s/ Ordinario". Cncom, Sala B, del 29/04/2011).

- **Existe una minoría de fallos que concede la medida cautelar cuando se acreditan violaciones severas y evidentes a los derechos de información del socio o cuando los estados contables adolecen de vicios muy graves** que perjudican un interés patrimonial determinado: autos "Maya, Antonio J. c/ Instituto Argentino de Diagnostico y Tratamiento SA s/ Sumario", CNCom Sala D del 30/06/2000; los autos "Craig Garry Patrick c/ Panoceanica SA s/ Incidente (Art. 250 CPCC)". CNCom, Sala F del 27/05/2010; "Sucesión de Francisco Javier Loyola c/ Automotores El Triangulo SA s/ Ordinario" CNCom, Sala "E" del 15/08/2011. Con mayor extensión la sentencia dictada por la Sala B en "Vergara Hegi, Mariano Gastón c/ Aja Espil y Asociados SA S/ Medidas Cautelares S/ Incidente", el 13/07/2001, etc.
- Cuando se trata de estados contables que contienen **aportes irrevocables**, en la medida en que se vulneren las disposiciones de la autoridad de contralor al respecto, se ha admitido la cautelar (autos: "Jure, Diana Silvia Estela y otro c/ Sococar SA y otro s/ordinario", CNCom, Sala E, del 18/12/2013).
- Cuando hay violación ostensible al **régimen legal de remuneración de administradores**, la medida procede (autos *Madariaga, Marta Estela c/ Madida S.A. s/ Ordinario*". CNcom, Sala B, del 29/04/2011).
- En materia de **decisiones que aprueban la gestión de los administradores**, existe una mayoría de fallos que dice que no son susceptibles de suspensión (ej: CNCom sala D. "Macagno, Jorge Alberto y otro c/ Arguelles Amilcar Emilio y otro s/ ordinario s/ Medidas cautelares", del 22/11/13) y una minoría que afirma que sí pueden ser suspendidas ("Farallon Telco Inversora Llc c/ Nortel Inversora S/ Sum." de la CNCom Sala C. de 28/05/2002).
- Cuando existen **situaciones concursales y se tratan cuestiones vinculadas a aumentos de capital**, la Cámara considera que de estimarse la medida cautelar podría producirse un daño irreparable a la sociedad (autos "Multicanal SA y Otros c/ Supercanal Holding SA s/ Medida Precautoria" CNCom Sala "E" de fecha 04/08/2000).

- Cuando se comprueba prima facie que la asamblea sesionó **sin quórum**, la medida procede “*Von Boch - Galhau Christop Artur Maria c/ Grami SA*” de la CNCom, sala “A” de 04/03/2004), del mismo modo, **si es ostensible un vicio en la convocatoria** (autos “*Cambon Jose Maria c/ Bracorp SA s/ Medida Precautoria*”, de la CNCom Sala “B” del 11/03/2013) o si no se reunieron las mayorías estatutarias o legales para conformar mayoría (“*Biedma Cristian c/Biedma Juan Martín y Otro s/ordinario*”, CNCom., Sala C, del 29/5/2007).
- Pero siempre debe encontrarse acreditada una **verdadera situación de riesgo, que imponga la necesidad de la intervención del Estado en los negocios de los particulares** (CNCom, sala B, del 11/9(1995, in re “*Arcondo, Ignacio G. c/ Tambos del Comahue SA*”, Sala “E”, del 11/9/2009, autos “*Bianchi, Sandra c/ Megalum SA s/ ordinario*”, los autos “*Baron, Gustavo c/ Moldintec SRL S/ Ordinario s/ Incidente de Medidas Cautelares*”, también de la Sala “B”, del 06/06/2007.
- Un Sala de la Cámara Nacional de Comercio sostuvo que esta cautelar es una medida **autosatisfactiva** que requiere además: (i) una situación de urgencia y, (ii) una fuerte probabilidad de que el derecho del peticionante sea atendible. Y que su admisión supone, en los hechos, un casi inmediato desplazamiento de derechos sin que medie cosa juzgada (causa “*Uniquim SRL c/ Faggioni Ruben Bernardo S/ Medida Precautoria*” CNCom, Sala “D” del 21/03/2013.
- En los casos de **ruptura de pactos de sindicación de acciones**, la medida no resulta procedente por sí, por ser dichos pactos inoponibles a la sociedad (“*Borrachas Vipal SA y Otros C/ Fate Saici s/ Ordinario s/ Incidente Art. 250*”, de la CNCom Sala D, del 25/06/2015).
- En casos de **aumento de capital**, cuando se acredita negativa a acceder a la información y maniobras en contra de los herederos de un socio, la medida es admisible (CNCom Sala C “*Lourido Jose Alberto y otros c/ Fundiciones Canning SA s/ Medida – Precautoria*”, del 08/10/2015).
- Hay algunos fallos que han extendido esta cautelar a **resoluciones de Directorio** si se reúnen los requisitos exigidos para su admisibilidad (CNCom., Sala D, 30/06/2001, “*Pavlosky, Hernán J. c/ Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica sobre medida precautoria*”; CNCom Sala A, 18/07/2001 “*Orona, Oscar A. c/ Gas Argentino S.A. sobre medida precautoria*”; de la misma sala y del mismo día “*YPF S.A. c/ Gas Argentino S.A. sobre medida precautoria*”). Hay una, incluso, que hace admisible la medida aún cuando el acto **ya se había ejecutado** (CNCom., Sala D, del 2/6/2009, autos “*Johanna Vanesa contra Migueletes Park S.A. sobre Incidente de apelación*”,
- Las **salas de las Cámaras Federales de la Capital**, han sostenido que la medida resulta procedente cuando se acredita que de no adoptarse la medida cautelar se frustraría el fallo futuro a dictarse en la causa, la cautelar es procedente y que tiene la naturaleza de una cautelar innovativa (autos “*Banco Central de la Republica Argentina c/ Trasnoa SA s/ Nulidad De Actos jurídicos*”, del 11/02/1997; autos “*Borda Anibal*

*Rubén y otros c/ Fortin Mulitas SA y otros s/ Nulidad de actos jurídicos*, del 25/02/1999; autos *Caramelli Alberto Daniel y otros c/ Sindicación de Acc. Clase CPPP Telefónica de Arg. S.A. y otros s/ proceso de conocimiento* del 10/02/2003.

- En la **Provincia de Buenos Aires** se sostiene que la medida debe ser excepcional y restrictiva, debiendo los jueces ser sumamente prudentes en todo lo que sea interferir en la vida de las sociedades y ello con mayor razón cuando los vicios no son manifiestos, fácilmente determinables, sino que ha de hacerse mérito de las decisiones adoptadas por la asamblea. (CC0100 de **San Nicolás** del 22/12/1994 autos: *Zucconi Oscar A. y otros c/ Cooperativa de Provisión de Serv. Eléctricos de San Pedro s/ Nulidad de asamblea*). Esa misma Cámara sostuvo que se trataba de una cautelar innovativa y que importa la anulación momentánea de la resolución adoptada por la mayoría de los accionistas, (CC0100 SN, del 11/03/2008, autos *Peña María Angélica c/ Gasparini Héctor José y otros s/Nulidad de acto jurídico*). En **Mar del Plata** se dijo que se precisa que exista un **peligro inmediato y real** para el patrimonio social o el individual de los accionistas (CC0102, *Diez, Raúl Ignacio y otros c/ Paideia SRL y otros s/ Acciones derivadas del derecho de sociedades*, del 18/11/2010); y en **Quilmes** que debe tratarse de una **nulidad manifiesta** o que se cause con la ejecución perjuicios irreparables o mayores que con la suspensión, es decir, que se trate de decisiones graves que, de cumplirse, puedan resultar de onerosas consecuencias, haciendo ilusorio el resultado del juicio de nulidad.( CC0001 QL del 20/05/2010, autos *Migone, Oscar A. c/ Saber SA s/Sociedades-Acciones derivadas de la ley*”).
- En tanto que **en Mendoza** se ha sostenido que la suspensión provisoria de las decisiones asamblearias es una medida cautelar con características propias, y es una manifestación de ello que mientras que ante las precautorias legisladas por los códigos de forma en términos generales se debe proceder con amplitud de criterios para decretarlas, resultando preferible el exceso en acordarlas que la estrictez en negarlas, diferente criterio debe imperar en cuanto a la medida preventiva a dictaminarse respecto a la decisión de una asamblea en sociedades anónimas. (Cuarta Cámara Civil, Circ. 1era., autos *Alvarez Herrero c/ Cutesa s/ Ordinario*, del 05/10/1988). En **San Rafael** se sostuvo que la suspensión de la asamblea es procedente cuando se realizan **distribución de cargos del Directorio** de la sociedad, en violación al estatuto (autos *Freidemberg Abel Leonardo c/ Policlínica Privada de San Rafael s/ acción de nulidad*” Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, del 31/10/2014).
- En tanto que en **Tucumán** se ha dicho que **la medida procede cuando las decisiones que aumentan el capital reflejan abuso de poder**, al encontrarse injustificadas racionalmente y revelar un intento de licuación a uno de los accionistas (autos *Frías Silva Maria C/ Commerc City S.A.C.I.F.C.T.Y.A. s/ Nulidad de Asambleas*” del 29/09/2014, fallo de la Cámara Civil y Comercial Común - Sala 3).

- Por último en **Rafaela**, Prov. de **Santa Fe**, se ha sostenido que en la pretensión cautelar **debe coordinarse la ley de fondo con la ritual provincial**. La medida tiene el carácter de social ut singuli, y por lo tanto, solo justificable en tanto la demora de la resolución definitiva implique peligro para con el interés objetivo de la sociedad, lo cual debe ser probado pues, la suspensión de decisiones asamblearias sólo puede ser dispuesta judicialmente cuando existen motivos graves y la posibilidad de que se consumen **hechos que causen perjuicios irreparables**. ("Visintini, Gabriel F. c/ Expreso Santa Rosa s/ Ordinario" Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, del 10/09/2013).

### **3. La doctrina de los autores: Más intrigas para el espectador.**

La exposición de motivos de la ley 19.550 (LGS) se limitó a mencionar la previsión cautelar dentro de los avances en el régimen de impugnación por nulidad de acuerdos asamblearios, que implicaban una mejora a la pobre legislación del art. 353 del Código de Comercio de 1862.

Veamos los comentarios de algunos de los autores de la doctrina nacional que han considerado el tema, dejando de lado algunas cuestiones obvias que surgen de la literalidad de la ley. Retornemos a Hitchcock: *un drama es la vida, pero sin las partes aburridas*.

Sancionada la ley 19.550 en 1972 Francisco Garo sostenía que la suspensión de la decisión social adoptada era una medida grave, que implicaba la anulación momentánea de la resolución de la mayoría de los accionistas y que los perjuicios que se trataban de evitar con la medida, no debían ser mayores que los que la medida podía importar para la sociedad<sup>1</sup>.

Cinco años más tarde, Mario J. Bendersky mencionaba que nuestros jueces –siguiendo la mejor doctrina extranjera–, procedían en el caso con la mayor parsimonia y prudencia. Se concedían estas medidas solamente cuando la nulidad asamblearia apareciera como manifiesta, o cuando se trataba de resoluciones que traían onerosas consecuencias, que podían tornar en ilusorio el juicio por la nulidad.<sup>2</sup>

La doctrina que mencionaba Bendersky era la italiana, que fue en mayor parte la inspiradora de los redactores de la ley 19.550. En ese país, Carnelutti bregaba porque la justicia hiciera un control de legalidad sustancial de los acuerdos asamblearios desde 1926<sup>3</sup>, lo cual fructificó con la inclusión de los arts. 2377/9 al Código Italiano del '42, que disciplinó la acción por impugnación de nulidades asamblearias, pero no incluyó ninguna medida

<sup>1</sup> FRANCISCO J. GARO "Sociedades Anónimas", Edit. Ediar, Bs. As., tomo II, pág. 69.

<sup>2</sup> MARIO J. BENDERSKY "Impugnación Judicial de asambleas de sociedades anónimas", RDCO 1977, año 10, pág. 36.

<sup>3</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, "Eccesso di potere e tutela delle minoranze", en Riv. Dir. Commerciale, 1926, tomo 1ª, pág. 176.

cautelar en su ordenamiento. La doctrina peninsular (ej. Lordi, Brunetti) consideraba que eran “inconvenientes leves” los abusos de poder de las mayorías en situaciones tales como aprobación de balances con reservas excesivamente prudenciales, en pérdida o sin beneficios. Para la doctrina italiana era peor que la justicia ingresara en esos casos, imponiendo criterios, que el perjuicio que podían ocasionar esos abusos.<sup>4</sup>

Isaac Halperín, como juez de la Sala B de la Cámara Nacional de Comercio, había sostenido antes de la sanción de la ley 19.550 que las resoluciones de asamblea poseían una especie de presunción de legitimidad que impedían su suspensión (ver fallo “*Cavanagh de Paz, Martha c/ Cavanagh Hnos. SRL*”, del 13/11/1963”). Sin perjuicio de ello y promulgada la ley 19.550 consideró, en la obra ya ampliada por Julio C. Otaegui, que para obtener la medida precautoria de suspensión como una cautelar especial, que requiere: i) el inicio de la acción de impugnación de nulidad de la resolución asamblearia, ii) que se aluda a determinadas resoluciones adoptadas en la asamblea que se encuentren pendientes de ejecución, iii) que existan motivos graves y se demuestre que el derecho invocado como fundamento de la pretensión es verosímil, iv) que no medie perjuicio a terceros, y v) que exista un peligro inmediato y real para el patrimonio social o el individual de los accionistas<sup>5</sup>.

Los Dres. Sasot afirmaban que la medida precautoria que tratamos estaba orientada a evitar la frustración del fallo en materia de nulidad de decisiones asamblearias. a través de la ejecución de la resolución social adoptada. También que se habían establecido requisitos (los “motivos graves”, inexistencia de perjuicio a terceros y caución suficiente), para evitar que un abuso de la medida perjudicara a la sociedad o al resto de los socios<sup>6</sup>.

Quien más escribió sobre el tema fue Ricardo A. Nissen. En la última edición disponible de su “*Ley de Sociedades Comerciales*”, le dedica al tema unas cuarenta páginas, sosteniendo la idea de que la precautoria del art. 252 de la ley 19.550 es una *medida cautelar innovativa* (y no conservativa) y que precisa acreditarse un perjuicio irreparable, siguiendo las ideas de Jorge W. Peyrano<sup>7</sup>. Sostiene que algunos fallos han aceptado suspender convocatorias, en la convicción de que es mejor prevenir los daños (aún antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial y mencionando el art. 633 del viejo Código Civil) y que este tipo de medidas deben ser concedidas con un criterio amplio, para evitar la frustración del derecho de quien las solicita. También afirma que estas cautelares deberían ser inscriptas ante la autoridad de contralor en materia societaria, a fin que los acuerdos impugnados o suspendidos, sean de conocimiento de dichos organismos. Nissen sostiene como principio que no hay decisiones asamblearias –pues la ley no las menciona- que no puedan ser

---

<sup>4</sup> Ver **ANTONIO BRUNETTI** “*Tratado del Derecho de las Sociedades*”, Librería El Foro, Tomo II, pág. 425 y ssgtes.

<sup>5</sup> **ISAAC HALPERÍN**, “*Sociedades Anónimas*”, 2º edición actualizada por Julio C. Otaegui, Edit. Depalma, Bs. As., 1998, pág. 775.

<sup>6</sup> **MIGUEL A. SASOT BETES Y MIGUEL P. SASOT** “*Sociedades Anónimas – Las Asambleas*”, edit. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1978, pag. 649 y ssgtes.

<sup>7</sup> **JORGE W. PEYRANO**, “*Medida Cautelar Innovativa*”, edit. Depalma, Bs. As., 1981.

suspendidas. En particular postula que las decisiones que aprueban balances irregulares a simple vista, llamativamente falsos, deben ser susceptibles de suspensión criticando la jurisprudencia en contrario al respecto.<sup>8</sup>

Emilio F. Moro, ha escrito varias veces sobre nuestro tema<sup>9</sup>. En primer lugar afirmando también el carácter innovativo de la medida que analizamos y postulando su adhesión a que esta precautoria sirva para suspender actos del Directorio, debiendo aligerarse el requisito –en ese caso- del peligro en la demora, que estaría insito en la propia urgencia cautelar. En segundo término adscribe a una aplicación amplia de la medida, en materia de aprobación de estados contables, que considera son resoluciones con efectos perdurables o “fluyentes” en el tiempo.

Por su parte, Rodolfo G. Papa adhirió al criterio de alguna de las Salas de la Cámara Nacional de Comercio en cuanto a que la medida resulta improcedente cuando se trata de decisiones asamblearias vinculadas con la distribución de dividendos, el pase de resultados a reservas o a una cuenta de resultados no asignados; considerando –como lo hacía la doctrina italiana tradicional- que esos u otros temas similares precisan de una amplitud de examen y de debate que excede el mero marco precautorio<sup>10</sup>.

Horacio Roitman sostiene que la medida que tratamos es un caso de tutela anticipada y considera que –en principio- las resoluciones que aprueban estados contables y la gestión de directores no son susceptibles de suspensión, entendiendo que el juez debe despachar este tipo de providencias con criterio restrictivo. En el anteproyecto de reformas que propone, postula que –antes del despacho de la medida- exista una audiencia previa con la sociedad (quien puede ofrecer medidas alternativas) salvo casos muy urgentes.<sup>11</sup>

Daniel R. Vítolo afirma que esta medida sólo puede concederse en los casos en que, de no suspenderse la ejecución de la medida, no sólo se puede producir un daño grave a la sociedad sino también generar una situación de dificultosa o imposible reparación ulterior, o tornar ilusoria la sentencia que pudiera dictarse. La medida es una excepción a la regla del art. 233 parr. 2do.

---

<sup>8</sup> RICARDO A. NISSEN “*Ley de Sociedades Comerciales*”, edit. Astrea, Bs. As. 2010, tomo II, pag. 4 y ssgtes. También dos capítulos en su libro “*Panorama Actual de Derecho Societario*”, (con la colaboración de los Dres. Haggi, Llantada, Martorell y Vítolo) edit. Ad. Hoc, año 2000, tratan el tema.

<sup>9</sup> EMILIO F. MORO “*Suspensión preventiva de decisiones asamblearias por falta de peligro actual e inminente derivado de la aprobación de balances. Comentario al fallo “Peña, María A. c/ Entesano, Héctor J. y Otros s/Acciones Derivadas de la Ley de Sociedades*”, publ. en RADE, Revista Argentina de Derecho Societario - Número 3 - Septiembre 2012; su ponencia en el XI Congreso Argentino de derecho Societario de Mar del Plata, que se titula *¿Puede solicitarse la suspensión preventiva de una resolución de directorio ya ejecutada?*

<sup>10</sup> RODOLFO G. PAPA, “*Suspensión cautelar de decisiones asamblearias en conflictos societarios complejos: distribución de dividendos y constitución de reservas*” publicado en la Ley, del martes 13 de octubre de 2015.

<sup>11</sup> HORACIO ROITMAN “*Ley de Sociedades Comerciales*”, Edit. La Ley, Bs. As., 2006, tª IV, pags. 276 y ssgtes.

de la LGS que establece la obligatoriedad de las decisiones de asamblea, adoptadas conforme la ley y los estatutos, para los accionistas y para el Directorio. En cuanto a la verosimilitud del derecho, entiende necesario el realizar un juicio de probabilidades, aún cuando nos encontremos con una resolución de instancia provisional.<sup>12</sup>

Como el lector advertirá, la doctrina variopinta de los autores no ofrece un suelo seguro en el que sostener ideas consistentes en la materia y, conforme lo expusimos en el relato jurisprudencial anterior, la cuestión ingresa en el terreno pantanoso de la casuística y de los criterios de autoridad, en donde los hechos y el prestigio del autor que se trate mandan sin que puedan establecerse criterios racionales de actuación: ¿se trata de una medida cautelar innovativa? ¿es un caso de tutela anticipada? ¿se precisan acreditar “daños irreparables”? ¿qué tan graves deben ser los “motivos graves”? ¿la resolución que aprueba estados contables conlleva una ejecución de actos y cuáles serían sus efectos? ¿es necesario suspender la aprobación de la gestión del directorio para promover la acción por remoción o de responsabilidad social de directores? ¿el criterio debe ser amplio o restrictivo? ¿se debe inscribir la medida y en dónde? ¿es razonable fijar una audiencia previa a proveer la cautelar? ¿cómo se miden las probabilidades de un derecho verosímil?

Todas estas preguntas continúan configurando nuestra tensa escena de suspenso, que intentaremos dilucidar en el punto siguiente.

#### **4. Propuestas de solución a los problemas usuales.**

Trataremos por separado los tópicos conflictivos, buscando explicar con simpleza estos temas que se incluyen en lo que denominamos **derecho procesal societario**, que es una disciplina que integra el derecho de los procedimientos judiciales y arbitrales, con la legislación societaria.<sup>13</sup> Como ya hemos demostrado en otros trabajos y ponencias esta área del derecho ofrece singularidades: no rige el principio de alteridad en los procesos, las sentencias de condena contra la sociedad afectan también al socio actor, las pruebas tienen particularidades especiales, etc.

##### **a) Tres momentos de las resoluciones asamblearias y tres remedios cautelares diferentes: genérica, suspensiva e innovativa.**

Como el lector pudo advertir, existe un presente, un pasado y un futuro en las decisiones adoptadas por una asamblea.

Antes de cualquier decisión de los socios existió un llamado, una convocatoria con su orden del día y la conformación de la asamblea, con su

---

<sup>12</sup> DANIEL R. VITOLO “Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada”, Edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As.- Santa Fe, 2008, t<sup>o</sup> IV, pág. 325 y ssgtes.

<sup>13</sup> Ver nuestra ponencia “Bases para un régimen procesal societario” junto a Diego Coste en las conclusiones del XII Congreso Argentino de Derecho Societario del 2016 llevado a cabo en Mendoza, t<sup>o</sup> 2, pág. 1409

quórum y formalidades. Como puede imaginarse, no hay en esa etapa previa decisión alguna y ningún acto que deba ejecutarse como derivado de ella. Esto significa que las previsiones del art. 252 de la Ley 19.550 (LGS), no pueden aplicarse a las irregularidades que pueden producirse en ese periodo anterior. Recordemos que el art. 252 LGS textualmente dice:

ARTICULO 252: El Juez puede suspender a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad.

Para que pueda usarse esta cautelar tiene que haber *necesariamente* una resolución de asamblea. ¿Qué sucede si se precisa suspender una convocatoria? Esto ha sucedido algunas veces y, en los pocos casos en que se ha accedido a la medida, la jurisprudencia ha dicho que la vía es la de las *cautelares genéricas* del art. 232 del CPC (ídem Capital y Provincia de Buenos Aires), que tienen otro tipo de requisitos: fundados motivos, *perjuicio inminente e irreparable*, etc.<sup>14</sup> El Juez puede disponer la medida que considere más apta según las circunstancias.

Si la asamblea adoptó una resolución y no está ejecutada, la vía que corresponde es al del art. 252 LGS. Por “ejecutada” debe entenderse que la decisión **esté cumplida, concluida o consumada en su realización**<sup>15</sup>. El peticionante de la cautelar debe ser un socio que no votó favorablemente (o el ausente, o el que votó a favor con vicio en su voluntad), director, síndico, miembro del comité de vigilancia o la autoridad de contralor, que son los legitimados para impugnar por nulidad la decisión en los términos del art. 251 LGS. Esta última acción debe haberse deducido, debe acreditarse que la medida no causa perjuicio a terceros, que existen motivos graves y debe darse caución por los daños que la medida pueda ocasionar a la sociedad.

Como puede verse, esto es lo que sencillamente requiere el art. 252 LGS. Destaco que la caución es necesaria y que no es un requisito *dispensable* en la legislación societaria, ya que normalmente la suspensión de una decisión de asamblea ocasionará algún daño, aunque más no sea por la demora en ejecutar la decisión. La norma no exige que se acrediten “perjuicios irreparables”, sino que no se causa perjuicio a terceros y, *respecto de la sociedad*, debe darse la caución mencionada.

Sebastián Balbín, con agudeza y sensatez, sugiere que la cautelar también tiene un sentido práctico operativo respecto del proceso judicial

---

<sup>14</sup> Los casos hallados por **Ricardo A. Nissen** en “*Ley de Sociedades Comerciales*”, edit. Astrea, Bs. As. 2010, tomo II, pag. 4 y ssgtes sobre este tema son CNCom Sala A “*Arietti, carlos c/ Lactna SA s/ Incidente*”, del 7/10/98; de la misma sala “*Chomik, Oscar c/ Chomik Hnos SA s/ Sumario*”, del 22/12/1977 y “*Guardia, Rubén c/ Orlando Hnos SA*” del 27/10/2002 y un fallo de un juzgado de primera instancia Civil y Comercial y de Minería de Mendoza “*Magna Inversora SA c/ Banco de Mendoza SA s/ medidas precautorias*”, del 10/01/2002.

<sup>15</sup> El diccionario de la Real Academia Española en su última versión on-line se entiende que “ejecutar” proviene del latín medieval “*executare*”, y este derivado del latín puro “*exsecūtus*”, participio pasado. de “*exsēqui*”, que significa ‘consumar, cumplir’. El hecho ejecutado está consumado y si no lo está, no se ha ejecutado.

principal: la acción del art. 251 LGS, una vez iniciada, sólo puede proseguirse transcurridos los tres meses de la clausura de la asamblea debiendo acumularse todas las demandas vinculadas a las resoluciones impugnadas, porque esto es lo que establece el art. 253 LGS. Esos tres meses en que el o los juicios de impugnación de decisiones asamblearias deducidos están en estado de “latencia” y no pueden aún sustanciarse, generan la *necesidad* de la previsión cautelar del art. 252 LGS<sup>16</sup>.

Si no hay perjuicio a terceros y si se garantizan los potenciales daños respecto de la sociedad a través de una caución suficiente, en la medida que existan motivos graves, la cautelar es admisible y debe procederse a su dictado. **No corresponde que un juez solicite otros requisitos porque no exige la ley, no son necesarios, ni tampoco útiles.** El supuesto daño que el socio podría ocasionar a la sociedad con la medida cautelar del art. 252 LGS, también se lo produce indirectamente a su propio patrimonio, por lo cual bajo esa perspectiva sistémica, es un exceso contrario a la ley (tal y como entender que el interés social se identifica con el del grupo mayoritario) exigir requisitos para esta precautoria, más allá de los legales establecidos.

Pasemos al tercer momento: decisiones asamblearias cumplidas, ejecutadas, consumadas en un hecho, en una obra finiquitada. ¿Procede la medida del art. 252 del modo en que lo venimos sosteniendo? Por supuesto que no, porque la norma requiere decisiones no ejecutadas para ser suspendidas. No hay posibilidad de una “suspensión” de la ya hecho y consumado.

“Suspende” significa, también según el diccionario en la acepción correspondiente, “*detener o diferir por algún tiempo una acción u obra*”<sup>17</sup>, y acá la obra está concluida. ¿Puede obtenerse una medida cautelar en estos casos? Claro que sí. Pero no será la medida del art. 252 de la LGS, que como vimos en el punto anterior es una medida societaria que se comprende dentro del sistema societario y en los especiales vínculos que ligan a socios y directivos con la sociedad.

La medida cautelar que correspondería en este tipo de casos es una **cautelar innovativa**, que es una medida genérica del art. 232 del CPCC, pero que tiene tipicidad en el moderno derecho procesal y en algunos códigos rituales y que posee requisitos propios que exceden en mucho la modesta cautelar del art. 252 de la LS. Jorge W. Peyrano definió esta medida en los siguientes términos<sup>18</sup>:

“es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de la libertad de los justiciables a

---

<sup>16</sup> **Sebastián Balbín** “Curso de derecho de las sociedades comerciales”, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 688.

<sup>17</sup> Del latín “*suspendere*”, y este de “sus” y “pendere”, del protoindoeuropeo \*(s)pen(d). Claramente algo suspendido es algo que queda pendiente, que no está terminado, ni concluso.

<sup>18</sup> **JORGE W. PEYRANO**, “Medida Cautelar Innovativa”, edit. Depalma, Bs. As., 1981, pág. 13.

través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el status quo. Va más allá, ordenando -sin que concorra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente"

Ese tipo de medidas exige que se acredite la **irreparabilidad del perjuicio** (*periculum in damni*), que es un requisito propio de este tipo de precautorias, que se han despachado en casos especialísimos: demoras irrazonables en otorgar piezas ortopédicas, suspensiones de ejercicio de profesiones límite como la de jinete de caballos de carrera; todas situaciones muy excepcionales en donde el transcurso del tiempo incrementaba los daños de manera exponencial al punto de casi impedir el ejercicio de un derecho legítimo o del empleo de algo esencial para la vida y subsistencia<sup>19</sup>. Se trata de una medida realista y material donde el dinero -que parece que todo lo puede reparar de algún modo en las sentencias- no resulta suficiente y en la que hay siempre efectos respecto de terceros, potencialmente perjudiciales<sup>20</sup>.

Como puede notarse entre la cautelar del art. 252 LGS y una innovativa en estos casos, hay muchas diferencias. Por eso no resulta razonable, y de hecho es contrario al régimen del art. 252 LGS, identificar los dos institutos o exigir requisitos que sólo son necesarios para uno u otro caso y que tienen relación con los efectos de ambas medidas: la cautelar del art. 252 no es una innovativa porque se exige en su caso que los actos de ejecución de la decisión asamblearia no estén cumplidos y no se ocasione un perjuicio potencial a terceros y la irreparabilidad de perjuicios es una exigencia de la cautelar innovativa, pero no de la suspensión del art. 252 LGS

---

<sup>19</sup> El caso prototípico fue de la CSJN en autos "Camacho Acosta, M. v. Grafi Graf S.R.L." del 7/8/1997, Fallos 320:1634. Véase el comentario de Claudia Cava, en "*Sentencia Anticipada (despacho interinos de fondo)*", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, año 2000, p.722.

<sup>20</sup> La innovativa legislada en el Código de Proceso Civil de Brasil, exige, Art. 273 "El juez podrá a requerimiento de parte anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: 1) Haya fundado temor o daño irreparable o de difícil reparación; 2) En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento; 3) No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria; 4) La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada; 5) Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final". En Portugal el Art. 381.1 del Código dispone: "Siempre que alguien muestre fundado recelo de que otro cause lesión grave y difícilmente reparable a su derecho, puede requerir la providencia conservatoria o anticipatoria concretamente adecuada a asegurar la efectividad del derecho amenazado". En Italia, el Código de Procedimientos prevé en su Art. 700 Sección sobre providencias de urgencia: "Condiciones para la concesión. Fuera de los casos regulares de las precedentes secciones de este capítulo, quien tuviese fundados motivos para temer que durante el tiempo que transcurre para hacer valer su derecho por la vía ordinaria, éste sea amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir una medida al juez de proveimiento de urgencia que, según las circunstancias, sea idónea para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el mérito".

b) Resoluciones asamblearias, efectos y actos de ejecución.

Las asambleas son actos jurídicos (art. 259 Código Civil y Comercial) porque son (en principio) actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.<sup>21</sup>

Pese a ser internamente actos en que concurren una pluralidad de voluntades, respecto de terceros las asambleas tienen otra condición pues sus resoluciones importan una *manifestación de voluntad propia y unilateral* de la persona jurídica. La personificación, como ya hemos dicho antes, es una técnica para que varios conformen un solo sujeto y con una única voluntad.

Esta situación curiosa de pluralidad en su origen y de unilateralidad en sus efectos, está sostenida en una muy amplia doctrina judicial.<sup>22</sup> De hecho la idea se encuentra incluida dentro del repertorio de enseñanzas de la mejor doctrina italiana, que tanto inspiró a nuestros autores nacionales: el propio Ascarelli decía que la formación de la voluntad social se produce a través de acuerdos de asamblea en los que el voto de los accionistas no es conferido sólo en interés individual, sino también como medio para el buen funcionamiento social. Las sociedades anónimas están cimentadas en una comunidad de intereses que existe entre los accionistas, por eso el voto no puede ser extendido por quien se encuentra en conflicto de intereses con la sociedad.<sup>23</sup>

El efecto entonces que tiene una resolución asamblearia es el de una declaración unilateral de voluntad, de una voluntad colectiva. Una asamblea no concluye ningún acto respecto de terceros, pero sí puede integrar actos complejos, por ejemplo cuando esa declaración de voluntad es ratificatoria de un acto anterior. Pero, en general, para que la declaración de voluntad social se concrete, son necesarios actos de ejecución, que es la idea del art. 252

---

<sup>21</sup> **Julio C. Otaegui** “*Invalidez de actos societarios*” edit Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1978, pág. 52, sostiene que las asambleas son actos *plurilaterales*. Personalmente no estamos de acuerdo, pues el voto contrario no conforma la voluntad social.

<sup>22</sup> El conocido fallo “**Augur SA s/ Quiebra c/ Sumampa SA s/ nulidad de asamblea**” de la CNCOM Sala “C”, de fecha 28/12/1984, sostiene la idea de la voluntad social, al igual que – con mucha mayor profundidad, el leading case “**Sanchez, Carlos c/ Banco Avellaneda SA**”. (LL 1983-b-257) del 22/09/1982, en materia de sindicación de acciones, con su análisis acerca de las voluntades de los socios y la voluntad social. Con su recordada elocuencia el prof. Enrique Butty, por ejemplo dijo en un fallo en disidencia: “...la nulificación de actos de gobierno social implica inmixión jurisdiccional en el funcionamiento de la estructura orgánica de un sujeto titular de haciendas empresariales, **que traduce complejos vínculos de carácter plurilateral en lo interno y relaciones con terceros en lo externo**, de modo que la configuración de la nulidad ha de interpretarse restrictivamente.” autos: “**Noel, Carlos c/ Noel y Cia. SA s/ sum.**” (ED 14.8.96), CNCom sala “B” del 19/05/1995

<sup>23</sup> **Tulio Ascarelli** “*Sociedades y Asociaciones Comerciales*” trad. por Santiago Sentís Melendo, edit. Ediar, Bs. As., 1947, págs. 253 y ssgtes. En “*Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*” (trd. René Cacheaux Sanabria, edit. Imprenta Universitaria, Méjico 1951, pág. 50, dice con la mayor claridad “...La deliberación se debe considerar como una manifestación unilateral de voluntad, ya que expresa la voluntad de un sujeto único, sin embargo, ésta resulta del concurso de tantas voluntades (votos) diversas, que justamente concurren en la formación de la voluntad del sujeto-sociedad”

LGS, pues con la sola declaración unilateral de voluntad asamblearia, ningún negocio jurídico puede concretarse.

Por ejemplo, cuando una sociedad declara que aumentará su capital, con esa sola resolución no basta, son necesarios otros actos posteriores para materializar el incremento: suscripción de las nuevas acciones, su integración, etc.. Si se trata de la venta del principal activo social, la mera asamblea que decidió la operación no alcanza para perfeccionar el contrato, sino para validar los posteriores actos que celebren los representantes sociales.

Toda resolución de asamblea que pueda provocar un perjuicio a alguno de sus socios, necesariamente precisa de actos de ejecución posteriores de esa voluntad social, porque con la sola manifestación unilateral de voluntad social no alcanza para que ésta se concrete en la realidad de los hechos. Aún en los casos de exclusión de socios (art. 91 LGS) se precisa de una acción posterior y en los casos de lesión de sus derechos elementales de los socios, con la sola declaración asamblearia no es suficiente, pues se precisa de actos posteriores generalmente producidos por los administradores, para producir ese tipo de perjuicios.

Todas estas explicaciones precedentes son útiles para entender que no se suspenden a través de la medida del art. 252 LGS **todos los efectos de una decisión asamblearia** (que son las consecuencias jurídicas de una manifestación unilateral de voluntad de un sujeto colectivo), sino los que determinan actos de ejecución de esa voluntad, que generalmente son realizados por los administradores o por las personas que la asamblea indique en ciertas situaciones especiales.

La medida del art. 252 LGS **no nulifica transitoriamente nada, ni priva totalmente de efectos al acto**, pues como puede verse de la propia letra de la ley, no dice nada de eso. La precautoria sólo impide que se puedan llevar actos de ejecución de las decisiones adoptadas, en la medida en que no se perjudique a terceros y existan motivos graves. Ello nos conduce al punto siguiente.

c) La naturaleza de la medida cautelar del art. 252 de la LGS.

Tal y como lo hemos ido señalando, la cautelar del art. 252 LGS no es una precautoria innovativa (y por ello, no deben exigirse sus requisitos), ni tampoco nulifica o invalida transitoriamente una decisión asamblearia, como lo señalamos en el punto anterior.

La medida cautelar de suspensión de ejecución de actos de ejecución de decisiones asamblearias es un tipo de orden judicial precautoria para asegurar el resultado de un juicio por nulidad de ese tipo de decisiones que, al igual que las prohibiciones de innovar o de contratar, impiden que alguien haga algo o lo obligan a que deje de hacer algo. Su destinatario es la propia sociedad y quienes deben no hacer o dejar de hacer algo son sus administradores, el resto de los socios o de los autorizados para ejecutar la decisión que se trate conforme lo hubiera dispuesto la resolución asamblearia.

La medida tiene exigencias propias (motivos graves, no perjuicio a terceros, contracautela) y requiere que la decisión social no se haya ejecutado, esto es, que no se haya cumplido íntegramente. **No requiere acreditar ni peligros inminentes, ni perjuicios irreparables porque ello no es del caso legal.**

La cautelar tiene una extensión menor que la que usualmente se pretende, pero es perfectamente eficaz y útil si puede evitar que se consumen los actos de ejecución de una resolución impugnada por nulidad.

Por eso, ni tanto, ni tan poco, cumpliendo sólo con los requisitos legales, no debe exigirse mucho más al socio impugnante. Como se verá en el punto siguiente, el asunto es hoy mucho más claro con el nuevo Código Civil y Comercial.

d) La influencia del nuevo Código Civil y Comercial: la invalidez y la ineficacia.

Uno de los motivos que perturbaba el análisis de esta medida es la idea que se tenía acerca de la nulidad de las decisiones assemblearias. Se afirmaba que era un supuesto de invalidez de actos jurídicos, tal y como lo sostenía Otaegui en la obra que ya hemos citado.

La invalidez es una noción muy rígida y absoluta, pues no admite grados. Decir que un acto es un “poco inválido”, carece de sentido y la invalidez parcial sólo podía concebirse respecto de cláusulas o estipulaciones que fueran separables del acto, sin alterar su sentido. La terminología de Vélez (arts. 1037 a 1058 del Código Civil, según ley 340 y sus modificatorias) daba lugar a equívocos y confusiones e impregnaba todo el sistema jurídico, incluyendo los dispositivos de la ley de sociedades.

Con el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) todo esto se ha aclarado. La idea de invalidez se reemplazó por la de ineficacia, que a su vez, admite categorías (nulidad –absoluta o relativa, total o parcial-, e inoponibilidad) y permite distinciones. Por ineficacia debe entenderse la privación de consecuencias jurídicas a un acto respecto de ciertas o todas las personas, pero a su vez, permite concebir que no todos los efectos de un acto pueden estar alcanzados por una medida judicial.

El caso de la medida del art. 252 LGS es la hipótesis de suspender ciertos efectos respecto de un acto colectivo, que son aquellos que determinan el cumplimiento (la “ejecución”) de la decisión social. No es tampoco un caso de *ineficacia* porque no priva de efectos al acto sino que sólo los suspende (los “difiere”) pues la nulidad –que hoy es una categoría de ineficacia privativa, como dijimos- sólo se dictará en la sentencia definitiva, una vez concluido el proceso.

e) Las probabilidades y las medidas cautelares.

Existe una tendencia actual en los autores y jueces de ligar el cálculo de probabilidades al razonamiento judicial<sup>24</sup>. En varios fallos que hemos citado en este trabajo se menciona eso, argumentando que para conceder la medida cautelar del art. 252 de la LGS el juez debe hacer un cálculo de probabilidades para evaluar la verosimilitud del derecho, esto es, mediar la probabilidad de que el actor triunfe en la impugnación por nulidad de decisiones de asamblea.

No existe un concepto jurídico acerca de la probabilidad, ni tampoco del mencionado "juicio de probabilidades", por lo cual deberemos remitirnos a las ideas que otras disciplinas han forjado sobre el tema, ya que si bien el derecho emplea lenguaje natural el término tiene una creación precisa.

Se dice que Christian Huygens que había conocido la correspondencia entre Pascal y Fermat en materia de cálculo aleatorio, publicó en 1657 el primer libro sobre la probabilidad "*De ratiociniis in Ludo Aleae*", un tratado sobre juegos de azar. Durante el siglo XVIII, debido a la popularidad de esa clase de juegos, el cálculo de probabilidades tuvo un espectacular desarrollo. Destacan en 1713 el teorema del suizo Daniel Bernoulli que sentó la base de la Ley de los grandes números, y en 1738 el primer caso particular estudiado por el francés Abraham De Moivre del teorema central del límite, en su obra "*Doctrine des chances*". En 1809 el matemático alemán Carl Friedrich Gauss inició el estudio de la teoría de errores y en 1810, el francés Pierre Laplace, que había considerado anteriormente el tema, completó el desarrollo de esta teoría y publicó en 1812 su *Théorie analytique des probabilités* en el que expone un análisis matemático completo sobre los juegos de azar.

La idea en la primera mitad del siglo XX, se fue trasvasando la idea a las ciencias sociales. Según afirmó Eric Temple Bell, la aplicación de la probabilidad matemática a las ciencias físicas, las suavizó. La aplicación análoga posterior a las ciencias sociales les dio un cierto aire de determinismo<sup>25</sup>.

Desde sus orígenes la principal dificultad para poder considerar la probabilidad como una rama de la matemática, fue la elaboración de una teoría suficientemente precisa como para que fuese aceptada. Recién en 1932 el matemático ruso Andrei Kolmogorov la definió de forma axiomática y estableció las bases para la moderna teoría de la probabilidad.

Como se puede ver, el tema de las probabilidades se trata de todo un capítulo moderno de las matemáticas aplicadas, desarrolladas como principio sobre la base del juego y del azar, esto es mecanismos aleatorios (también denominados estocásticos) y no causales.

---

<sup>24</sup> El Dr. **MARCELO LOPEZ MESA** sostiene, por ejemplo, que el estudio de la causalidad incluye el tema de las probabilidades. Así puede verse en casi todos sus trabajos, en especial "*Causalidad virtual, concausas, resultados desproporcionados y daños en cascada*", publ. en Diario "La Ley", Rep. Argentina, el día 12 de agosto de 2013, núm. 148

<sup>25</sup> **ERIC TEMPLE BELL** "*Historia de las matemáticas*" (1940), Editorial Fondo de Cultura Económica, Méjico, 2008.

Se sigue de lo anterior que las probabilidades, en el sentido que cabe atribuirle a dicha idea, son conceptos matemáticos vinculados a eventos futuros sobre los cuales existe algún grado de aleatoriedad. Mientras que la determinación causal es rígida y cierta, en la aleatoriedad existe incertidumbre y el evento en cuestión puede o no suceder. No hay certeza.

Por eso carece de sentido el establecer probabilidades sobre hechos pasados sujetos a juzgamiento, porque los acontecimientos denominados como probables ya sucedieron, aún cuando se necesiten pruebas para determinarlos y sea difícil conocerlos. Y respecto a la ejecución futura de decisiones assemblearias, no se trata de un problema aleatorio sino de una simple relación de causa y efecto no sujeta a probabilidades, sino a juicios de certeza.

Los jueces están utilizando la idea de probabilidad como la fuerte creencia de la existencia de un derecho, esto es, como una dosis de credibilidad, que no es posible de darle exactitud más que en términos de plausibilidad. De allí que sólo basta con sostener en la materia la tradicional idea de “verosimilitud en el derecho” y dejar las probabilidades a los seguros, a las matemáticas y a los aficionados al juego y al azar.

f) Acreditación de posibles perjuicios ¿Irreparables o irreversibles?

El otro aspecto que a veces se involucra en los fallos es el tema de la irreparabilidad de los perjuicios, que –como dijimos- está vinculado a la medida cautelar innovativa y a quienes identifican el art. 252 LGS, con esa clase de medidas precautorias.

En materia societaria, no hay daños irreparables en los términos que la moderna doctrina procesalista exige para las medidas innovativas. Ello es así porque se trata de un derecho de negocios, donde todo es económicamente reparable en una medida mucho más flexible que en los casos de la innovativas dictadas, en que el dinero obraba como un sustituto muy incompleto de la satisfacción de bienes.

De la lectura atenta de fallos<sup>26</sup> que han exigido ese requisito se sigue que, en rigor, lo que quiere decirse es que se previenen *daños irreversibles* o de muy dificultosa reversión; actos que consolidan un estado de cosas tal los que es muy difícil la vuelta al estado anterior a los hechos, que es el efecto de declarar nulidades (art. 390 CCC).

Sin embargo, ello no debería suceder respecto de actos que no han sido ejecutados aún, en la medida en que existan motivos graves para el dictado de la medida y el requisito sólo sería exigible en caso de actos ya

---

<sup>26</sup> “Masri, Julio c/ Percuyen SA S/ Sum. s/ Inc. Apelación” CNCom, Sala E del 07/05/1992; “Multicanal SA c/ Supercanal Holding SA s/ Medida Precautoria s/ Incidente Art. 250, ídem del 04/08/2000. De la Sala F. del 11/05/2010, autos “Von Muller, Juan Carlos C/ Beaufort Shipping Agency Argentina SA s/ Medida Precautoria”; id. “Craig Garry Patrick c/ Panoceanica SA s/ Incidente De Apelacion (Art. 250 Cpcc)”. del 27/05/2010.

ejecutados que precisan de una cautelar innovativa. Todo ello nos conduce al punto siguiente.

g) ¿Qué son los motivos graves?

La medida cautelar del art. 252 LGS accede a una acción por impugnación de nulidades asamblearias deducida entro del término previsto en la ley y, como se sostuvo, con imposibilidad de proseguir el proceso dentro del plazo de tres meses previsto en la ley 19.550.

Los “motivos graves” son las razones que determinan el pedido de nulidad de la decisión asamblearia. No son ni perjuicios ni hechos, sino razones, motivos.

La nulidad en materia de decisiones asambleas sólo es admisible en la medida en que la decisión (transgrediendo la ley, estatuto o reglamento) afecte al interés social<sup>27</sup>. El interés social, como ya hemos definido en otros trabajos que hicimos junto a Diego Coste, es **la propiedad emergente de la estructura interna de la sociedad que determina el deber de cooperar de todos los socios para el éxito de la actividad común, como medio para la satisfacción de sus necesidades individuales**<sup>28</sup>. Como tal es un valor y como todo valor, proviene de una necesidad. Se trata de un objetivo a cumplir que contribuye a la cohesión social y evita el desmembramiento de la organización.

“Graves” es una calificación sincategoremática, porque precisa de una referencia para tener sentido: como “alto”, “bajo”, “aislado” y otros calificativos similares.<sup>29</sup> La medida en estos casos es el grado de afectación al interés social, conforme lo definimos en el párrafo anterior

Se sigue de lo expuesto que puede entenderse de manera razonable por “motivos graves” las razones que afecten la cohesión social y contribuyan a la conflictividad dentro de la sociedad, lo cual involucra indudablemente el

---

<sup>27</sup> “*Madanes, Monica c/ Aluar Aluminio Argentino Sa S/ Sum*”. CNCom Sala A - Mag.:Miguez - Peirano - Jarazo Veiras del 29/12/1999; “*Noel, Carlos c/ Noel y Cia. SA s/ Sumario*”. (LL 28.10.98). CNCom Sala B - Mag.:Butty - Diaz Cordero, del 11/09/1997; “*Interchange & Transport International SRL c/ Maso, Manuel s/ Ordinario y Maso, Manuel c/ Iti SRL s/ Sumario*”. CNCom Sala B. - Mag.:Piaggi - Bargallo. del 12/04/2007; “*Gysin, Norberto C/ Garovaglio y Zorraquin SA s/ Nulidad de Asamblea; Carril, Miguel c/ Garovaglio y Zorraquin SA s/ Nulidad De Asamblea*”; CNCom Sala D. - Mag.:Heredia - Dieuzeide – Vassallo, del 30/05/2008; “*Achinelli Alberto Pedro c/ Agropecuaria Los Remolinos SA s/ Ordinario*”. CNCom Sala B. - Mag.:Díaz Cordero - Garibotto (Sala Integrada), del 12/10/2012; “*Armor SA c/ Armor Latina SA s/ Ordinario*”. CNCom Sala A. - Mag.:Uzal - Kölliker Freís, del 24/10/2012; “*La Cabaña Sociedad Anonima y Otro c/ Trainmet Seguros SA s/ Ordinario*”. del 11/03/2014 CNCom Sala F.; SCBA, Ac 51258, del 02/08/1994 Juez: Laborde (Sd) Caratula: “*Di Lernia, Osvaldo C/ Clínica Estrada S.A. S/ Nulidad De Asamblea General Ordinaria*” Publicaciones: Ays 1994 III, 198; entre muchos otros.

<sup>28</sup> Conforme nuestra ponencia junto a Diego Coste en el VI Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, del año 2012.

<sup>29</sup> **UMBERTO ECO** “*Los límites a la interpretación*”, Edit. Lumen, Barcelona, 1998, pág. 15.

cercenamiento de derechos individuales en la medida que sean relevantes y societarios. Esos son, en nuestro criterio, los “motivos graves” en una interpretación sistémica de la ley.

h) ¿Se deben indicar los actos de ejecución?

La buena praxis cautelar en la aplicación del art. 252 de la LGS impone determinar someramente en qué consiste la ejecución de la decisión que debe ser suspendida por orden judicial. Esto sugiere el propio texto de la ley (art. 252: “**El Juez puede suspender a pedido de parte..... la ejecución de la resolución impugnada,...**”).

Resulta conveniente detallar, además de indicar obviamente la sociedad destinataria de la medida (en su caso), qué personas u órganos sociales deben abstenerse de ejecutar la decisión en representación o por mandato asambleario y, si cabe, qué actos de ejecución no deben ser realizados, para que la medida sea plenamente eficaz.

Debe incluirse y solicitarse, en lo pertinente, la registración de la medida en los libros de la sociedad y ante la autoridad de contralor a los fines de lograr la certeza de fechas ciertas que determinen la eficacia de la medida judicial dispuesta.

i) Actos de ejecución y aprobación de estados contables.

Ingresemos ahora en el espinoso tema acerca de si las resoluciones de asamblea que aprueban estados contables, pueden o no ser suspendidas. Ya mencionamos la división polar de la jurisprudencia al respecto y no dudaremos, luego de lo expuesto hasta aquí, en afirmar que –en principio- **las resoluciones que aprueban estados contables no deben ser suspendidas, porque eso no es el efecto de la medida del art. 252 de la LGS.**

La suspensión total de la resolución que aprueba estados contables *nunca* podría ser dictada, porque *siempre* perjudicaría a un tercero (el Estado en materia fiscal, acreedores legítimos sociales, etc.) en algún grado o medida y ello está prohibido por el propio art. 252 LGS. Imagine el lector un acreedor (inocente) que ínterin transcurre este conflicto societario, está tramitando un juicio donde la prueba de libros contables es relevante. ¿Cómo se consideran los estados contables suspendidos en su aprobación por un problema completamente ajeno a este acreedor? ¿Tiene sentido ese problema? Claro que no.

Porque lo que **deben suspenderse son los actos que importen ejecución de la aprobación de los estados contables que no perjudiquen a terceros**, siempre que existan motivos graves, lo cual es bien distinto. Adelantamos que los socios y administradores no pueden ser reputados “terceros” respecto de la sociedad de que forman parte y esos “actos de ejecución” deben estar ligados necesariamente con la causa de la impugnación de la decisión social.

Por ejemplo: se puede suspender el pago de créditos de la sociedad respecto de un socio o la ejecución de la supuesta deuda de un socio respecto de la sociedad, puede suspenderse la ejecución de la decisión que pasó utilidades a reservas sin cumplir la ley, etc. Todos hechos derivados de la aprobación de los estados contables, pero que son consecuencias de hechos ligadas al conflicto societario en sí.

La cuestión, claro está, es determinar qué implica la ejecución de la decisión que aprueba los estados contables para que el Juez pueda suspenderla. De ese modo se cumple con la ley y no se llega jamás a situaciones inútilmente perjudiciales o directamente irrazonables.

j) Aprobación de la gestión del directorio.

Otro tema espinoso es si puede o no suspenderse la decisión que aprueba la gestión de los administradores. Como se ha dicho, el efecto de la medida del art. 252 es suspender la ejecución de la decisión y en la medida que ésta sea ejecutable, puede ser suspendida porque como dice Nissen, no hay ninguna norma que determine cuáles resoluciones asamblearias pueden o no ser suspendidas en su ejecución.

En principio la aprobación de la gestión de los administradores por parte de la sociedad **es instantánea y no precisa ejecución alguna**; sin perjuicio que esa aprobación sea declarada posteriormente como nula y proceda determinar la responsabilidad social del administrador que se trate, por los perjuicios que hubiera provocado a la sociedad.

Ahora bien **hay actos posteriores a la aprobación de la gestión que sí pueden ser suspendidos**, como el pago de gratificaciones, honorarios, remuneraciones, la contratación en cargos de otra naturaleza vinculados con la sociedad o cualquier otro acto derivado que pueda ser ejecutado como consecuencia de la resolución aprobatoria de la gestión como administrador societario.

Destaco, por último que la hipotética suspensión de la decisión que aprueba la gestión de los administradores no impediría el ejercicio de las acciones sociales por nulidad y responsabilidad del caso, por lo cual a salvo las excepciones del párrafo anterior, una cautelar de tal grado y carácter, carece de efectos prácticos.

k) Suspensión de decisiones del Directorio.

Otro supuesto que divide a la jurisprudencia y a la doctrina, es si puede aplicarse la norma del art. 252 LGS a la suspensión de resoluciones colegiales de los administradores.

Considero que la medida cautelar contenida en el art. 252 LGS del modo que se concibe e interpreta en este trabajo, no es aplicable a las resoluciones del denominado "órgano de administración".

Como se ha visto en los párrafos que preceden, la mecánica especial de la medida del art. 252 LGS supone separar la resolución de su ejecución dentro de un periodo temporal dentro del cual no puede proseguirse el juicio de impugnación por decisiones assemblearias; esto es, ese plazo de tres meses de caducidad y acumulación de acciones respecto de las resoluciones adoptadas por la misma asamblea.

La medida implica claramente que todo acto volitivo social es complejo, pues en él intervienen los denominados órganos de gobierno y de administración, esto es, asamblea y Directorio o mandatarios dispuestos por la propia asamblea, respecto de la decisión que se trate, para llevar adelante decisiones sociales de importancia.

Esta opinión no implica que una resolución de Directorio no pueda ser suspendida a través de una cautelar genérica del art. 232 CPC o una típica innovativa, como hemos mencionado. Pero la medida no será la del art. 252 LGS que tiene –según nuestro criterio– exigencias menores sin mengua de su eficacia en cuanto sea bien pedida y despachada por el Juez.

l) La cautelar suspensiva y el fallo de fondo. Las atribuciones judiciales en sentencia.

Un aspecto que corrobora la interpretación que hacemos en este trabajo de esta curiosa medida cautelar, es el análisis que puede hacerse de la precautoria luego del dictado de la sentencia definitiva, la que pone fin a la instancia en el expediente que se trate.

Veamos el caso en que la demanda prospera: la decisión social será declarada nula. Ello implica que se retrogradarán los efectos de la decisión en la medida de lo posible. Las cosas vuelven al estado de cosas anterior a la resolución impugnada (art. 390 del Código Civil y Comercial). No se ejecutaron los actos que implicaba la decisión social, conforme la medida cautelar oportunamente pedida y dictada por el juez, quien además estableció que debía hacer o no hacer la sociedad para cumplir con la orden judicial. Una buena praxis judicial en el tema es aquella en la que el Juez indica qué cosas debe hacer la sociedad, para evitar que la situación se perpetúe o repita. ***El Juez debe declarar el derecho de los litigantes, y en estos casos debe indicar cómo se cumplen los efectos de su sentencia***<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Para quien le parezca un exceso de atribuciones judiciales el que menciono contrario a la idea de un derecho liberal en materia societaria, recuerdo que el. 994 de la Companies Act del Reino Unido confiere expresamente a los jueces en estos casos el poder de disponer la disolución y liquidación de la sociedad, el poder de regular la gestión de los asuntos de la compañía en el futuro; el poder de exigir a la sociedad de abstenerse de hacer o continuar un acto o de realizar un acto omitido; el poder de establecer condiciones para que alguien realice determinando acto en nombre de la sociedad; el poder de obligar a la compañía no hacer alteraciones en su estatuto sin la autorización del tribunal; o el poder de prever la compra de las acciones de los miembros de la compañía por otros miembros o por la propia sociedad y, en el caso de compra por la propia compañía, resolver la reducción de capital de la compañía en consecuencia.

Si, en cambio, la demanda es rechazada y la medida del art. 252 se dictó ínterin el juicio y de manera oportuna, la sociedad debe solamente ejecutar la medida que fue impugnada y nada más. No se nulificó transitoriamente nada, no quedó la “vida social en suspenso” y la sociedad continuó cumpliendo con su objeto y sus fines de creación, a través de una inmisión correcta de la justicia, recordando al juez Enrique Butty. Si la medida se decretó sin derecho, el peticionario deberá satisfacer los daños que provocó y la contracautela está prevista para eso. Sólo deben evaluarse los daños que provocó el retraso en ejecutar la decisión social, para la sociedad.