

Soluciones alternativas para la legitimación procesal en el juicio de remoción con intervención con desplazamiento

Rodrigo Cuervo¹

“Camaradas —dijo Napoleón en voz baja—, ¿sabéis quién es el culpable de esto? ¿Sabéis quién es el enemigo que ha venido por la noche y ha derribado nuestro molino de viento? ¡Snowball! —rugió de repente con voz de trueno—. ¡Snowball ha hecho esto! Por pura maldad, pensando en retrasar nuestros planes y vengarse por su ignominiosa expulsión, ese traidor se ha arrastrado hasta aquí al amparo de la noche y ha destruido nuestro trabajo de casi un año.”

Rebelión en la Granja
George Orwell

Palabras clave: Intervención con desplazamiento - representación en juicio de remoción - legitimación residual - alternativas **Sumario**

1. Napoleón y el problema de la asimetría de la información en la administración del patrimonio social, especialmente ante el cuestionamiento del régimen

La Rebelión en la Granja de George Orwell (1945) es una obra que ha ilustrado con exquisita simplicidad y profundidad el problema de los conflictos de agencia en la administración de un patrimonio productivo común y, muy especialmente, una de sus principales y más profundas aristas: la de la asimetría de la información entre administradores y administrados, y el perjuicio (el costo) que ello conlleva para la libertad y la propiedad individual y el desarrollo del conjunto.

Recordará el lector cómo, una vez liberados del yugo de los humanos, los animales de aquella granja confían la conducción del proyecto común a los cerdos, bajo el amparo colectivo de aquel séptimo y más sagrado mandamiento de *affectio societatis*: “todos los animales son iguales”².

Sin embargo, lo que comienza como una administración delegada para el bien de todos, se convierte en un régimen de privilegio porcino y ocultamiento sistemático: los administradores, presididos por Napoleón, aprovechan desigualmente los beneficios de la producción común, monopolizan y tergiversan a su capricho la información, reescriben poco a poco las reglas y terminan sofocando cualquier voz disiente, sea mediante relatos oficiales o por el uso del poder.

Por supuesto que esta fábula pone también de manifiesto, y con fluida locuacidad, los enormes costos que produce la asimétrica distribución de facultades y del dominio de la información que existe en el derecho societario, entre administradores y socios (especialmente los ajenos al grupo de control). Cuando el molino de la granja se derrumba porque una tormenta expone la negligente y torpe construcción de los cerdos, éstos acusan exitosamente al desterrado Snowball de haberla saboteado. Cuando el anciano Benjamín, burro incrédulo del régimen, denuncia que su viejo y lastimado amigo equino no es llevado al veterinario sino al matadero, las “burradas” de su denuncia son tapadas con la ilustrada versión oficial de los cerdos. En fin, cada vez que Napoleón y los administradores eran sorprendidos en violación a alguno de los mandamientos de la granja, ellos explicaban cuál era el *verdadero* espíritu de las normas y reescribían su letra a su conveniencia.

Por supuesto que ninguno de estos problemas es ignorado por los profesionales y jueces de nuestra materia, mucho más cuando se tratan de los mismos escollos que aquejan a cualquier comunidad o sociedad política, asociación mutualista, o cuerpo intermedio de cualquier clase.

Sin embargo, debajo del evidente denuncia al cesarismo, creo que el problema que Orwell desarrolla sutil y agudamente a lo largo de esta obra (y con mucha más vehemencia con el Ministerio

1

² En la actualidad, la *affectio societatis* no refiere ya a “la relación de afectos que pueda vincular a los socios (inexistente, por lo demás, en sociedades con gran dispersión accionaria) sino en el reconocimiento de igual calidad de derechos y de igual interés” entre ellos. Explica el autor que este respeto jurídico mutuo deriva en definitiva de la causa fin del contrato de sociedad, en cuanto manifiesta el riesgo *común* al que están sometidos los socios, y refleja que “quienes están unidos por ese vínculo son partícipes de reglas de funcionamiento que sirven para garantizar esos derechos cualitativamente iguales” (MANOVIL, Rafael, “Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 569).

de la Verdad de su libro “1984”) es el que intentaré abordar en esta breve tesis: *¿puede el administrador sospechado de infidelidad seguir representando a la sociedad y controlando el relato oficial en el proceso en que se ventilan esas acusaciones?*

La experiencia de la granja orwelliana muestra que permitirlo equivale a dejar que el presunto traidor monopolice la voz del conjunto, neutralizando la deliberación democrática y perpetuando el abuso bajo el instrumento de la representación. Así como los animales nunca oyeron realmente las denuncias contra Napoleón, porque era justamente Napoleón quien hablaba en nombre de todos ellos, admitir en el derecho societario que los administradores desplazados contesten la demanda y lleven adelante el proceso de su propia infidelidad en nombre de la sociedad, significa condenar a la comunidad a no ser informada ni oída y, finalmente, sentenciar al patrimonio común a la progresiva degradación.

2. Un caso de intervención con desplazamiento

Imaginemos una sociedad de cinco socios dedicada a la construcción. Por simplicidad, supongamos que todos los socios tienen el 20 por ciento del capital y de los votos de la sociedad.

De los cinco socios, tres de ellos trabajan en la sociedad y están comprometidos en el día a día: Napoleón, quien es además su único administrador y representante, Squealer, mano derecha y persona de confianza del primero, y Benjamín, que se ha desempeñado siempre en el área de maquinarias y taller.

Los restantes dos socios, Mollie y Moisés, se dedican a sus propios asuntos y han tenido siempre un mero rol de inversionistas en la sociedad, no estando involucrados en los asuntos cotidianos.

Luego de años sin problemas, Benjamín comienza a descubrir que Napoleón, secundado por Squealer, está incurriendo en subrepticias maniobras de administración desleal: entre otras tantas irregularidades, descubre que se compran insumos que jamás son entregados a la sociedad, pagan sobreprecios, manejan bajo reserva el dinero efectivo que ingresa por operaciones sin factura y, progresivamente el nivel de vida de ambos gestores se hace notoriamente fastuoso.

Cuando Benjamín comienza a realizar incómodas preguntas sobre estos asuntos, el administrador y su cómplice evaden y agreden verbalmente al denunciante, y generan una campaña de desacreditación en su contra frente al resto de los socios y empleados de la sociedad; poco a poco, nadie escucha los reclamos de un socio tildado de inútil, vago o resentido.

En una de las asambleas, Benjamín decide romper el concenso que había reinado siempre, y denuncia ante Mollie y Moisés las maniobras que ha detectado en Napoleón y Squealer. Sin inmutarse, los acusados descartan estas “confabulaciones” como propias de un socio que ha sido siempre una carga para la sociedad, y no escatiman en minuciosas explicaciones sobre las complejas dificultades que deben superar diariamente con proveedores y clientes, de los ostensibles logros de su gestión, y su larga fidelidad a la empresa.

En su absoluta ajenez al movimiento cotidiano, y a la luz de los buenos resultados de la compañía a lo largo de los años, Mollie y Moisés no pueden más que confiar en la versión del administrador y de su mano derecha, aprobando su gestión, los balances confeccionados, ratificando su designación en el cargo y aprobando sus honorarios, con la disidencia de Benjamín.

Pasados un par de años en esta situación, y luego de hacerse de suficientes elementos, el minoritario disconforme interpone acción de remoción contra la sociedad, logrando que el juez despache la intervención con desplazamiento del administrador, puesto que carácter restrictivo (art. 114, LGS) ha comprobado *prima facie* la existencia de ilícitos que ponen en grave peligro a la sociedad.

Trabada la medida, Napoleón y Squealer no hacen más que reforzar, frente a los restantes socios, su discurso combativo contra el traidor Benjamín, una versión oficial que ahora se ve “verificada” por los graves perjuicios que sus confabulaciones causarán a la sociedad que, por su culpa —y la de un juez “torpe” o “cómplice”— está en manos de tercero que no es de fiar, y que no conoce los negocios de la compañía.

3. El problema jurídico de la legitimación para contestar la acción de remoción. Dificultades de la interpretación que otorga legitimación residual a los administradores suspendidos

Puesto en funciones el interventor judicial con debido desplazamiento de Napoleón, surge el complejo problema jurídico de determinar quién es la persona que tiene la legitimación y representación para contestar la acción de remoción interpuesta contra la sociedad demandada. Esta problemática se plantea esté o no demandado también el administrador, cuestión que no es relevante en este punto, pero que en cualquier caso debe ser tenida en cuenta para la solución el caso, según veremos más abajo.

En gran medida, este problema se produce porque las normas procesales locales están habitualmente pensadas para los procesos bilaterales, y no para los supuestos que plantea la LGS.

En general, la doctrina y la jurisprudencia parten de la premisa de que la ley de sociedades no prevé norma alguna para el caso en cuestión, y que por lo tanto existe una laguna o vacío normativo al respecto³. Integrando ese vacío, la posición ampliamente mayoritaria sostiene que los administradores suspendidos conservan la legitimación para contestar la demanda de remoción en representación de la sociedad.

En mi opinión, la ley de sociedades *sí* regula el caso en cuestión, y lo hace con bastante claridad, pero la solución que da al mismo es “mala”: incorrecta, injusta, antifuncional o incoherente con el resto de las normas y valores del ordenamiento jurídico societario, procesal y constitucional. Es decir, la laguna que se presenta ante este caso no es de carácter normativo sino axiológico⁴, y esta diferencia no es menor, puesto que reconoce el valor normativo de las normas que se consideran aplicables al caso.

Efectivamente, creo que el caso en tratamiento encuadra en el sistema normativo que se conforma principalmente de las cuatro disposiciones siguientes:

“Artículo 115. — La intervención puede consistir en la designación de (...) uno o varios administradores. El juez fijará la misión que deberán cumplir y las atribuciones que les asigne de acuerdo con sus funciones, sin poder ser mayores que las otorgadas a los administradores por esta ley o el contrato social.”

“ARTICULO 58. — El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.”

“ARTICULO 272. — Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, so pena de incurrir en la responsabilidad del artículo 59.”

“ARTICULO 241. — Los directores (...) no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco lo pueden hacer en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa.”

³ NISSEN, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada”, La Ley, Buenos Aires, 2017, T. II, p. 199; PEREZ HUALDE, Fernando, “Legitimación de los administradores suspendidos en sus funciones, para actuar en representación de la sociedad en el proceso principal de remoción y su accesorio de intervención”, en XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, 2013, p. 346; BELLO KNOLL, Susy Inés, “La representación judicial de la sociedad anónima por los administradores removidos ante la intervención judicial con desplazamiento de administradores en el juicio donde se concede la medida”, en *Aspectos procesales en las sociedades y los concursos*, Director Martín Arecha, IADC, Legis Argentina, 2014; MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Intervención judicial de sociedades comerciales”, La Ley, 2003, pág. 186.

⁴ Alchourrón y Bulygin son quienes acuñaron el término de *laguna axiológica* que es hoy ampliamente utilizado en toda la filosofía jurídica universal. Ellos explican en relación a este concepto que, “en el lenguaje de los juristas en general y muy especialmente en el de los jueces, se usa a menudo la expresión ‘laguna del derecho’ (o ‘laguna de la ley’) para designar situaciones en las cuales, si bien existe una solución —por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas—, la solución existente es *axiológicamente* inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta (...) “el uso del término ‘laguna’ no es aquí del todo arbitrario: se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica (lo cual puede, de hecho, ser verdad en muchos casos)” (ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 155 y 156.

A mi entender, el sistema normativo que surge de los dispositivos citados y de otros accesorios (art. 59, 274, 157, y cctes., LGS) determina como solución al caso, que es el interventor que ha desplazado a Napoleón quien tiene las facultades para representar a la sociedad en el juicio de remoción.

Esta respuesta deriva, por un lado, de la atribución positiva del artículo 115 que, en conjunto con el art. 58, determina la regla de que el interventor “*administrador*” cuenta con todas las facultades de administración y representación que le otorgan el contrato y la ley al órgano natural desplazado, salvo disposición contraria del juez.

Por el otro costado, el artículo 272 impone al administrador la obligación de abstenerse a todo tipo de actuación cuando existiere interés contrario con el de la sociedad; se trata de una norma que se aplica con particular claridad el caso del administrador suspendido, justamente porque se encuentra desplazado en razón de que el juez ha considerado *prima facie* acreditada su actuación en perjuicio del interés común, lo que lleva a concluir que existe un manifiesto interés contrario en que el desplazado conteste la demanda de remoción, justamente, en representación de la comunidad perjudicada. Más aún, enfatizando la misma línea de razonamiento, el artículo 241 determina que los directores que son socios no pueden votar su propia gestión ni su remoción con causa, pues *a fortiori*, mucho menos deberían poder defender judicialmente su remoción en representación de la sociedad.

Como se adelantó, no existe duda que la solución que provee el sistema al caso en cuestión es notoriamente inconveniente y contraria a los más elementales principios constitucionales del debido proceso (art. 18, 116 y cctes., CN), puesto que el interventor es un funcionario del juez designado de modo provisorio y accesorio al juicio de remoción y, como tal, debería estar completamente impedido para asumir la representación de cualquiera de las partes involucradas en el proceso en cuestión, incidiendo así en el resultado del mismo⁵. Por todo ello, comparto que se trata de una solución que no puede ser aceptada⁶.

Ahora bien, aún cuando la solución que infiero de la ley es inadmisibles, tampoco me parece convincente ni conveniente la solución superadora que propone la interpretación mayoritaria, en el sentido de que Napoleón mantiene la representación en la defensa de la sociedad en el juicio de remoción. A mi entender, esta conclusión se impone por los siguientes argumentos:

(I) En primer lugar, por una cuestión de principio: no creo razonable que administrador que cuenta en su contra con una resolución judicial —si quiera cautelar— que lo suspende por cometer presuntos ilícitos en perjuicio de la sociedad, sea justamente quien defienda su gestión en representación de ella o, más propiamente dicho, en representación de todos los socios y del patrimonio común. Esta situación refuerza aún más la asimetría en la información y los costos de agencia descritos en el párrafo inicial; el administrador acusado no solo es el único con acceso pleno a la información de su gestión *prima facie* desleal, sino que por este mecanismo: (a) se le facilita ocultar el contenido de la demanda y de sus pruebas al resto de los socios —sobre todo a Mollie y Moisés— y eventualmente se le posibilita hacerles llegar la “interpretación verdadera” de la acción, con la explicación de los expertos jurídicos y contables; (b) al legitimar su representación social, se lo faculta a manifestar en el juicio la “verdad oficial de la sociedad” sobre la administración atacada (la suya propia) y las circunstancias que motivan la pretendida remoción.

Entiendo que la interpretación mayoritaria pasa por alto la prohibición expresa del art. 272 de la LGS, y pone en conflicto de interés al administrador y a la sociedad, es decir, al administrador frente al resto de los socios, en eventual perjuicio del patrimonio común; justamente, de prosperar la defensa “oficial” del administrador desleal, prosperará también su continuación desleal en el cargo. Esa verdad oficial, usualmente, no solo dará técnicas e intrincadas explicaciones de los ilícitos imputados, sino que seguramente arremeterá contra el minoritario —haragán, especulador y traidor— por su sistemática, maliciosa y extorsiva obstaculización del “interés social”.

⁵ Remito a los argumentos expuestos en este tenor, en PÉREZ HUALDE, Fernando, cit., 347.

⁶ Solución que es propuesta por NISSEN, Ricardo, cit., quien inclusive propone que el interventor pueda allanarse y evitar las costas contra la sociedad en caso de resultar evidente el planteo del actor. Tal postulado me parece inviable.

Este es el problema que Orwell ilustra con exquisita simpleza en su historia de la empresa agrícola de los animales: cuando la tormenta destruye el molino y deja al descubierto el pésimo trabajo constructivo de Napoleón y los demás cerdos, éste elabora la versión oficial que finalmente se instala y permite la continuidad de su régimen: “*¡Snowball ha hecho esto! Por pura maldad, pensando en retrasar nuestros planes y vengarse por su ignominiosa expulsión, ese traidor se ha arrastrado hasta aquí al amparo de la noche y ha destruido nuestro trabajo de casi un año.*”

(II) En segundo lugar, no creo que el art. 253 de la LGS con el que suele integrarse el vacío (normativo o axiológico) sea completamente análogo al supuesto en cuestión.

En efecto, se ha sostenido agudamente para argumentar la legitimación del administrador desplazado que, a la luz del art. 253, son los mayoritarios que votaron favorablemente la resolución impugnada por los directores quienes deben designar un representante ad-hoc y “*en el supuesto de la intervención, y en tanto se hubiere cumplido con el debido agotamiento de los recursos que el contrato y la ley conceden (léase la realización de la asamblea que trate la remoción), es el grupo mayoritario quien, teniendo la posibilidad de hacerlo, decidió en esa asamblea no remover al administrador denunciado y resistir la acción de remoción*”⁷.

Pues bien, entiendo que el caso del art. 253 es análogo al supuesto bajo análisis, en cuanto ni los administradores que incoaron la nulidad, ni el administrador interventor designados, pueden contestar la demanda en cuestión. y el supuesto en cuestión tratan dos supuestos en parte de interés contrario en la administración (por conflicto de interés de los directores, el primero, y del interventor, el segundo).

Sin embargo, el supuesto del art. 253 difiere radicalmente del caso bajo análisis, justamente, en que allí no existe costo de agencia alguno para los socios: en dicho caso, son los propios administradores los que intentan nulificar una resolución adoptada por la mayoría propietaria y controlante, sobre un asunto respecto al cual han conocido y evaluado toda la información que entendieron necesaria, y que los llevó a adoptar una resolución conforme a sus intereses, inclusive en contra de la opinión de la mayoría de los directores; por ello, es lógico que sea esa mayoría designe un representante *diferente* para contestar la demanda y defender *su interés* o, según el entendimiento general, defender el “interés social”.

Por el contrario, en el caso de la acción de remoción el supuesto es exactamente el contrario: la resolución aprobada por la mayoría trata justamente sobre la gestión del director, por lo que la solución de que sea el *mismo* administrador quien conteste la demanda involucra el máximo costo de agencia para los socios —aún mayoritarios— ya que este no puede evitar contestar sin poner en juego sus propios intereses y su propia gestión, inclusive quizás en contra de la mayoría que ratificó su gestión por ignorar información relevante (arg. arts. 272 y 248, LGS). Este es justamente el caso de todos aquellos animales de la granja que terminan aprobando la explicación de Napoleón sobre el derrumbe del molino, por serle completamente desconocidos (y cognoscibles) los hechos que constituyeron su falta de diligencia constructiva.

4. Solución alternativa que minimice el costo de agencia y garantice el derecho de información y el debido proceso

Según lo dicho anteriormente, el gran problema que conlleva la interpretación mayoritaria es que el administrador desplazado contestará la demanda sin poder evitar interponer su propio interés, e inclusive que podrá hacerlo sin el debido conocimiento de la situación por los restantes socios.

Por ello, y más allá de la indudable complejidad del problema, creo que cualquiera sea el modo en el que se integre la laguna axiológica de este caso, debe tratarse de soluciones que no se apoyen en conflictos de interés, que respeten necesariamente los principios constitucionales del debido proceso y el derecho de información de los socios y demás *interesados* en el proceso de remoción.

⁷ PÉREZ HUALDE, Fernando, cit., p. 347.

El derecho procesal debe, necesariamente, servir instrumentalmente a estos fines ⁸, asegurando que sean oídas todas las partes con interés en el resultado del proceso.

A la luz de estas premisas, puede entonces sostenerse una integración normativa diferente a la luz del artículo 253 de la LGS, en cuanto éste resulta análogo al caso en cuestión, o inclusive con respaldo en institutos procesales.

En este sentido, puede por ejemplo interpretarse que, en congruencia con la regla del art. 253, es la asamblea general de accionistas (no solo de los que votaron favorablemente aprobar la gestión del administrador), quien debe designar un representante *ad-hoc* para contestar la demanda de remoción, luego de haber sido puesta a disposición de todos los socios el texto de la demanda, la medida cautelar y su prueba con suficiente antelación (arg. art. 67, LGS). En esta asamblea, lógicamente, no podrá votar el actor (art. 248, LGS)

Más aún, sería plausible que el juez disponga en la manda del interventor que, como primera medida, convoque a reunión de socios mediante notificación al domicilio constituido, con el objeto de designar el representante *ad-hoc* a los fines de contestar la demanda de remoción.

Esta interpretación garantiza el derecho de información de todos los interesados, evita el conflicto de interés del administrador desplazado (art. 241 y 272, LGS), e inclusive brinda la posibilidad de que los propios mayoritarios revisen su decisión a la luz de los hechos y las pruebas aportadas por el actor.

En nuestro caso planteado, al igual que en muchos otros de minorías “complacientes”, socios usualmente desinteresados, o sociedades con voto relativamente distribuido, sería posible que Mollie y Moisés cambien su posición al puestos en conocimiento de la demanda de remoción y de las pruebas ofrecidas, y que resuelvan junto con Benjamín la remoción de Napoleón, en una asamblea solicitada al interventor al efecto (art. 264 o 257, LGS). En este caso, romper la asimetría de la información y garantizar los derechos sustanciales y procesales de los socios, tendría por efecto inmediato la conclusión del proceso de remoción (arg. art. 254 in fine).

Otra solución posible, mucho más sencilla y pragmática en sociedades con pocos socios, es que se denuncie la litis a todos los socios, síndicos y administradores, a fin de que tomen la intervención en el proceso que estimen conveniente, aun cuando fuere el administrador desplazado quien conteste la demanda “por la sociedad”. A fin de cuentas, lo único que interesa es que el juez otorgue la posibilidad de escuchar a todos los que pudieran ser afectados por la sentencia que acepte o rechace la remoción.

Esta última medida, por lo demás, ha sido aplicada de conflictos “societarios” consistentes en demandas de remoción interpuestas por los vecinos contra los administradores de un barrio privado estructurado como sociedad anónima, denunciando de litis a todos los vecinos del mismo para que tomen conocimiento del juicio y asuman la posición procesal que estimen conveniente.

Cualquiera de estas respuestas se condice con la jurisprudencia que legitima a cualquiera de los socios a interponer la apelación de la medida de intervención judicial⁹.

Sea cual fuere la solución, lo cierto es que el derecho procesal debe garantizar efectivamente la armónica dinámica de derechos y obligaciones de la ley societaria, para que no ocurra como

⁸ “El proceso en sus formas particulares, como complejo de hechos y de seres humanos, es variable, en grado indefinido, como son los factores que lo constituyen, lo determinan y lo hacen necesario. Sus formas, pues, aun cuando tengan la relativa permanencia de la ley, tienen que adaptarse constantemente a lo que deben contener. Y el entrecruzamiento, la subordinación, la conexidad de los intereses materiales a los cuales sirve el proceso, producen situaciones que no han sido previstas y que no pueden serlo por su infinita variedad.” (PODETTI, J. Ramiro: “Tratado de la Tercería”, 2da. Ed., Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 34 y 35). ⁹ CNCom, Sala B, 16/10/2003, “Desalvo, C. y otro c/ Clace S.A.”, RSyC, No. 24, pág. 92.

vaticinó Orwell en La Rebelión de la Granja, que el mandamiento de igualdad de trato termine por afirmar que “todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros”.
