

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS RESULTAN ADMISIBLES EN CONFLICTOS SOCIETARIOS, CON IDONEIDAD PARA SOLUCIONARLOS

Alicia Susana Pereyra

*“Nada es tan poderoso como una idea
cuyo momento ha llegado”¹*

1. La intervención judicial (art. 113 y ss. L.S.)

El ordenamiento societario otorga un marco de organización para asegurar el desarrollo de la institución como fuente productora de bienes y servicios y proteger el interés social de cada uno de sus integrantes (socios, administradores, controladores), e incluso los intereses de la comunidad y los de los terceros.

Las infracciones a la ley, al estatuto o al reglamento, cuentan con los mecanismos de tutela dentro del propio ordenamiento, y frente al peligro que puede ocasionar la actuación de los administradores prevé: a) la impugnación de las resoluciones riesgosas o dañosas del órgano de gobierno (art. 251 L.S.), extensiva según alguna doctrina a las resoluciones del órgano de administración; b) las responsabilidades de quienes hayan votado o ejecutado las resoluciones impugnadas (art. 274 L.S. y ss.) y c) la intromisión del poder jurisdiccional, interfiriendo en su funcionamiento regular, con carácter preventivo, como una “*medida cautelar*”, vinculada a la acción de remoción del administrador ².

La actuación abusiva de los administradores autoriza a promover su apartamiento (acción de remoción), y su separación preventiva total o parcial (*intervención judicial*). El instituto es el resultado de la necesidad práctica de resolver conflictos con los administradores.

¹ VICTOR HUGO, citado por Peyrano Jorge W en “Lecciones de Procedimiento Civil”, Zeus, febrero/2003, p.510

² ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales –Comentada y anotada”, La Ley, agosto/2006, p. 629 y ss.

La “*intervención judicial*” es un instituto de carácter procesal³, accesorio de la acción de remoción, y está destinada exclusivamente a evitar la frustración de los efectos de una condena en la acción principal. Como la condena en la acción principal es la “remoción del administrador”, la “*intervención judicial*” tiene además una función protectoria del interés social, es decir que los actos perjudiciales del administrador que se pretende separar, no continúen desarrollándose ínterin se tramite el juicio principal⁴.

Se trata de una medida excepcional, adoptada judicialmente. Una medida cautelar⁵, de carácter contencioso⁶, donde se posterga la bilateralidad hasta después de trabada la medida. Como todas las cautelares se resuelve “*inaudita altera pars*”⁷, y se compensa la falta de contradicción con la contracautela⁸.

Advierte Horacio Roitman que, al describir el instituto, hay quien lo considera autónomo, derivado de su carácter innovativo y que algunos pueden llegar a entender como *autosatisfactivo*. Y aclara que no comparte esta postura, ya que para el autor, la intervención judicial de la L.S. nunca deja de ser cautelar⁹.

Algunos procesalistas utilizan la denominación *autosatisfactiva* para referirse a este tipo de medidas. Entre ellos, Kielmanovich, sostiene “...*que han comenzado a asumir roles autónomos y a desprenderse de su carácter otrora instrumental y provisional, por lo que se admite actualmente que esta tutela pueda agotarse ya con la satisfacción definitiva e inmediata de estos derechos e intereses*”¹⁰.

³ Cfr. ARAZI, Roland, “Medidas cautelares”, Ed. ASTREA, Bs.As. 1977, p.159.

⁴ Al decir de Francesco Mainetti, trasciende los intereses internos de la compañía para tutelar a los acreedores sociales, los ahorristas, los consumidores y los terceros que estuvieren en contacto con títulos de la sociedad y en última instancia a la economía en general. “*Il nuovo diritto societario*”, Ed. Zanichelli, Bologna, 2004, t. II, p. 926.

⁵ ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades...”, ps. 634 y 635, cfr. ARAZI, Rolando; KIELMANOVICH, J.L.; PALOMINO, Luis A.; GAIBISSO y MARISCOTTI; FARGOSI, H.; PEDROTAS; ORDRIOZOLA, C.S.; OTAEGUI, J.; COUSSO Juan C., entre otros.

⁶ ARAZI, Roland sostiene que el procedimiento señalado en el art. 113 LGS es contencioso, ya que el proceso cautelar es de naturaleza esencialmente contenciosa. Mientras que Cámara, sostiene que *el procedimiento es de jurisdicción voluntaria*.

⁷ C.Apel.Civ y Com.Rosario- Sala II, 24.05.1972, “Marinelli Adolfo c/ Fina Federico y otro”, JA, 972-16-635.

⁸ Cfr. PALOMINO, Luis A; OTAEGUI, Julio; FENOCHIETTO y ARAZI, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

⁹ ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades...”, op cit., p. 636.

¹⁰ KIELMANOVICH, Jorge, “Medidas cautelares”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2000, p. 36.

Las “*medidas autosatisfactivas*” se caracterizan por ser medidas autónomas, que se agotan en sí mismas y que no son accesorias a una acción principal. La pretensión esgrimida es sustancial y busca la satisfacción de un derecho consagrado en la ley de fondo ¹¹.

2. Lo urgente y lo cautelar. La medida autosatisfactiva

Nos enseña Jorge W Peyrano que “*todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar*”¹². Porque hay circunstancias que hacen que el proceso cautelar no sirva o sirva mal. La verdadera eficacia del proceso no depende de su estructura (ordinario, sumario, oral), porque para que el proceso sea eficaz, es mucho más importante implementar técnicas anticipatorias, soluciones de urgencia.

Pareciera que en nuestro derecho, lo único urgente son las medidas cautelares. Sin embargo, lo que hoy se conoce como “proceso urgente” admite tres vertientes distintas: a) la medida cautelar; 2) las medidas autosatisfactivas y 3) la tutela anticipatoria. Estos tres sistemas tratan de paliar la ineficacia evidente del proceso cautelar ordinario y común que tenemos, que es lento y se presta a recursos y argucias.

La “*medida autosatisfactiva*” no pretende desplazar a la teoría cautelar clásica. Sí aspira a que al lado de lo precautorio, se permita la coexistencia de soluciones urgentes que no son cautelares, porque el campo de acción de lo urgente es mucho más vasto que lo cautelar ¹³.

Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva, al margen de la tutela cautelar.

Porque el proceso cautelar no basta para solucionar los problemas de urgencia, se ha tenido que acudir a la vía oblicua ¹⁴ de tener que promover una

¹¹ PEYRANO, J. “Medidas autosatisfactivas”, Ed. Astrea, Bs.AS, 2002; PEYRANO, J., “Las medidas autosatisfactivas en materia comercial”, JA, 1996-I-823; SILBERSTEIN, R.I., “Algunas aplicaciones de las medidas autosatisfactivas en el derecho societario argentino”, JA, 1998-III-713; BORETTO, M., “A propósito de la tutela urgente en el ámbito del derecho societario”, ED, 197-367.

¹² PEYRANO, Jorge w, “Lecciones de Procedimiento Civil”, Zeus, febrero/2003, p. 507 y ss.

¹³ Ibidem, p. 511

¹⁴ DE BONO, Edward, “El uso del pensamiento lateral”. El **pensamiento lateral** es un concepto que creó en 1967 el psicólogo Edward de Bono en su libro *El uso del pensamiento lateral*. Este tipo de pensamiento busca soluciones a los problemas que no siguen

pretensión principal para mantener viva la solución de urgencia, inventando un proceso principal y evitar –en algunos casos–, la caducidad de la diligencia precautoria.

En el Congreso de Corrientes de 1997, se la definió como “*una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada, a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal*”¹⁵.

También se dijo en ese foro, en las conclusiones que “*Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándoles así cabida legal a los procesos urgentes y a las llamadas medidas autosatisfactivas. 8) ...9) Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: Concurrencia de una situación urgente; fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigencia de una contra cautela sujeta al prudente arbitrio judicial. 10) Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas*”.

3. Las medidas autosatisfactivas en los conflictos societarios. En especial, en la intervención judicial

El Juzgado civil, Comercial y Minas, 1° Circunscripción de Mendoza, Sala 12, en autos “Magna Inversora S.A. c/ Banco de Mendoza p/ medidas precautorias”, 10.01.2002, ED, 197-367, hizo lugar a la “*medida autosatisfactiva*” solicitada. Así resolvió que: “Más allá de que la medida propuesta –consistente en la realización de una asamblea por defecto en su convocatoria– pueda calificarse de “autosatisfactiva”, no obsta a su procedencia el hecho de que no esté específicamente regulada, pues, frente a determinadas circunstancias y corroborada la existencia de los requisitos necesarios, el tribunal no se encuentra impedido de disponer una medida adecuada y conducente a resguardar el eventual derecho que se invoque, siendo que en el marco de las normas procesales se ha previsto la posibilidad de requerir las denominadas medidas cautelares de carácter gené-

las pautas lógicas utilizadas normalmente, se apoya en ideas que se salen de lo habitual, busca caminos alternativos de resolución. Se trata de un tipo de pensamiento creativo, que escapa de las ideas preconcebidas.

¹⁵ Congreso de Corrientes”, 1997, Corrientes, Argentina.

rico fuera de los supuestos expresamente regulados, y habiéndose cumplido los requisitos básicos de admisión”.

La CNCom. - Sala F, en autos “Pereyra Sebastián Gonzalo y otro c/ Sefinar SA s/ medida precautoria”, (Expte nro. 15912/2018), 04.12.2018, frente a una petición de intervención judicial debido a que se produjo el vencimiento del mandato de los directores y se acreditó la frustración de la selección de sus reemplazantes devenida a partir de la paridad accionaria de los socios, y la posibilidad de que el conflicto se prolongara en el tiempo, el Tribunal resolvió que: “Esta (medida autosatisfactiva) tutela atípica, dado su carácter residual, resulta admisible ante la carencia de un proceso o medida cautelar regulada en el código de rito con idoneidad para solucionar el conflicto (v. Boretto, Mauricio, “La tutela autosatisfactiva operando en la práctica”, EDUCA, 2005, p.25).

Al respecto, se ha precisado que su favorable despacho requiere: (i) una verosimilitud “calificada” del derecho material alegado, signada por una fuerte atendibilidad (cfr. Peyrano, Jorge W., “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva”, ED 169-1347 y “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, JA 1997-II-929) y (ii) la urgencia impostergable: no sólo se ha de consumir el tiempo propio del debate sino también el derecho que se procura obtener con la pretensión del proceso (cfr. esta Sala F, 14/4/2011, “L.P., H.M. c/Inmobiliaria SAICFIA SA y ots. s/medida precautoria”, Exp. COM69641/2009).

Tales extremos se verifican en el caso, por lo cual, a modo de asegurar el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional (conf. 14 y 43 CN.), habrá de admitirse la intervención pretendida en “Sefinar SA”. En efecto, tanto el sub examine como el precedente “Burgwardt y Cía. SAIC y AG” dictado por la colega Sala “E” el 8/2/2013 (Expte. 7036/2011) presentan marcada analogía en sus presupuestos de hecho”.

Respecto de los hechos, y la misión que tiene el tribunal de procurar una rápida y efectiva solución al conflicto, el fallo expresa que: “En ambos casos ocurrió el vencimiento del mandato de los directores y se acreditó la frustración de la selección de sus reemplazantes devenida a partir de la paridad accionaria de los socios. Ante la aproximación de las especies parece aconsejable, entonces, procurar una respuesta en la misma orientación. Ello, en pos de brindar una alternativa útil a una problemática que se presenta como de difícil superación sin la asistencia del órgano judicial.

Así las cosas, en ausencia de otra vía procesal idónea y en el especial contexto situacional referenciado, la permanencia en el cargo por parte del Sr. Martín Gonzalo Campici más allá de la estipulación legal (257 LGS) podría llegar

a prolongarse indefinidamente si es que persistiera la falta de acuerdo entre los dos únicos accionistas.

La exteriorización de dicho conflicto resulta suficientemente demostrativo de la urgencia en la provisión de una solución jurisdiccional que permita superar tal escollo priorizando el resguardo del interés social. Ya antes de ahora se ha afirmado que es misión del tribunal buscar el justo equilibrio entre los intereses en juego, atendiendo siempre el porvenir de la persona colectiva, sin tomar una injerencia infundada en los negocios del ente, pero sin esperar que éste se desmorone para nombrarle judicialmente un administrador (cfr. esta Sala F, 12/7/2012, “Fundación Seranouch y Boghos Arzoumanian c/B. Arzoumanian y Cía. SA s/ medida precautoria”; íd. 7/10/2014, “Agote Sergio Fernando c/PH Sistemas SRL y otros s/medida precautoria s/incidente de actuaciones por separado” Exp. COM37175/2013).

En concreto, se dispondrá la intervención social con desplazamiento del actual director hasta tanto los socios elijan nuevas autoridades, conforme las precisiones que seguidamente se efectuarán”.

Por su lado, Ricardo Silberteín, considera que ante el estado actual de morosidad judicial, a lo que agrega la evasión fiscal y las interpretaciones jurisprudenciales que protegen conductas comerciales reprochables, las *medidas autosatisfactivas* se presentan como una “*saludable novedad*” que permite, “*ante una situación de grave probabilidad sobre el derecho que se pretende, existiendo usualmente urgencia y no deseándose promover ningún litigio, poder efectuar una petición al tribunal para que éste urgentemente resuelva sobre la misma...*”. Y recalca que, “*...sería, en caso de admitírselas, de mucha utilidad y que redundarían en un beneficio para la economía y el tráfico comercial en general, sin perjuicio de los intereses particulares de los directamente afectados*”¹⁶.

Quienes opinan -de manera mayoritaria- que resulta improcedente la intervención cautelar como medida autosatisfactiva, expresan que: “La intervención judicial no constituye una acción por sí misma, sino una medida accesoria de la acción de fondo pertinente, esto es, la acción de remoción, cuyos requisitos de prueba y procedencia se indican en el art. 114 de la L.S.”. Que, “La intervención judicial encuentra previsión en el ámbito societario como accesoria de la acción de fondo de remoción y en cualquiera de sus formas previstas, siendo un instituto rodeado de características singulares, erigiéndose como medida cautelar societaria de excepción” Y que: “La intervención cautelar, que como medida autosatisfactiva se intenta obtener, sin ajustarse a los recaudos previstos en la ley

¹⁶ SILBERSTEIN, Ricardo, “Algunas aplicaciones de las medidas autosatisfactivas en el Derecho Societario Argentino”, JA-1998 -III-713.

especial 19550 de aplicación al caso, resulta improcedente, sin que obste a esa solución el resultado negativo de las convocatorias a asambleas fallidas realizadas por el recurrente, en cuyo orden del día figuraba la renuncia presentada al cargo de directores titulares y suplentes” (CNCom, Sala F, 20.09.2018, “Nissen Ricardo Augusto y otro c/ Condelmar SA s/ medida precautoria)

4. El proyecto de Ley General de Sociedades

El Proyecto de Ley General de Sociedades, Expte. S -1726/2019, parece dar “luz verde” a las medidas autosatisfactivas. En el nuevo texto del artículo 113 dice que “... *procederá la intervención judicial u otras medidas asegurativas...*”.

Y en el punto 49 del Mensaje de Elevación Final, se explicó que: “*Fue objeto de especial atención en la comisión el análisis de las medidas de intervención judicial legisladas en la Sección XIV. A tal efecto se tuvo especialmente en cuenta la estructura de la propuesta del Proyecto de 2005, que importa un significativo avance respecto del régimen vigente. Se agregó al título de la Sección la expresión “y otras medidas asegurativas” y se siguió en su mayor parte al citado Proyecto. Es particularmente importante la distinción entre las medidas de intervención y medidas asegurativas de otra clase, así como que se hayan regulado en más detalle los requisitos para la obtención de cualquiera de ellas. Se ha buscado dotar al tribunal de la herramienta cautelar que considere adecuada al caso, pero también se ha tratado de morigerar el uso del instituto como herramienta de abuso de las minorías, para lo cual se hizo explícito, de conformidad con la jurisprudencia mayoritaria, el criterio estricto con el que deben concederse*”.

5. Conclusiones

Los extremos característicos de las medidas autosatisfactivas se verifican como modo de asegurar el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita por parte del órgano jurisdiccional. Ante una situación de grave probabilidad sobre el derecho que se pretende, existiendo usualmente urgencia y no deseándose promover ningún litigio, procede admitirlas, a fin de efectuar una petición al tribunal, para que éste urgentemente resuelva sobre la misma. Admitirlas, sería de mucha utilidad, ya que redundarían en un beneficio para la economía y el tráfico comercial en general, sin perjuicio de los intereses particulares de los directamente afectados.