

FLEXIBILIZACIÓN DEL RÉGIMEN CAUTELAR SOCIETARIO

POR SEBASTIÁN I. SÁNCHEZ CANNAVÓ

Ponencia

Se propone la flexibilización del régimen de las medidas cautelares societarias, que no deberían quedar sujetas a los parámetros que viabilizan las medidas precautorias clásicas, sino responder a criterios de mayor amplitud, que permitan su utilización por la minoría como herramienta para hacer cesar irregularidades en el funcionamiento de la sociedad, quedando asimiladas a las medidas “autosatisfactivas”.

I. Mecanismos cautelares y autosatisfactivos

Tanto en el ordenamiento sustancial como en el procesal existen distintas vías de aseguramiento cautelar de los derechos que pueden hacerse valer en los conflictos societarios.

Por un lado están previstas las clásicas medidas cautelares, con la finalidad de asegurar de antemano y preventivamente –antes o después de deducida la demanda– el cumplimiento de la futura sentencia. Son materia propia y tipificada por los códigos de forma, aunque las leyes de fondo –entre ellas la Ley de Sociedades Comerciales– suelen contener regulaciones específicas en ese sentido.

Por otro lado, se puede recurrir a la denominada tutela “autosatisfactiva”. Se trata de medidas urgentes aunque no cautelares, porque no acceden a ningún proceso sino que son autónomas. No son provisionales ni accesorias y se agotan con su dictado. Constituyen una herramienta eficiente para hacer cesar conductas ilegales. No están reguladas en forma general en el Código Procesal Nacional; sin embargo, el ordenamiento jurídico tiene disposiciones específicas y aisladas que, aunque

no reciban ese nombre, constituyen en esencia medidas auto-satisfactivas. Tanto el Código Procesal Nacional como la Ley de Sociedades contienen casos de medidas autosatisfactivas societarias.

II. El aseguramiento preventivo en los conflictos tradicionales

Los conflictos patrimoniales tradicionales se originan, ora en el incumplimiento de un contrato de cambio, ora en un hecho ilícito. En cualquier caso, lo que se produce es un enfrentamiento bilateral: existen intereses claramente contrapuestos y el demandado es el sujeto pasivo de las eventuales medidas cautelares que pudieran dictarse.

El juez, al dictar la sentencia, actúa como una suerte de “historiador”; los hechos generadores del conflicto han quedado en el pasado y la vinculación entre las partes definitivamente perjudicada.

En el contexto descrito, se insertan las medidas cautelares que persiguen asegurar o garantizar el resultado de la futura sentencia.

III. El aseguramiento preventivo en los conflictos societarios

El origen del conflicto societario está motivado, de forma genérica, en la irregularidad en el funcionamiento de un contrato plurilateral y de organización (artículo 1 LSC), donde los objetivos de los socios no son contrapuestos.

Se enfrentan, así, las partes de un proyecto común. Y la particularidad que se suscita es que el conflicto afecta a un sujeto ajeno a los contendientes: la sociedad, que se transforma en el “campo de batalla”.

Las consecuencias negativas de la contienda no recaen directamente en el vencido –como sucede en los conflictos tradicionales–, sino en la sociedad. El negocio común soporta, en definitiva, los resultados del enfrentamiento.

Las causas de los conflictos son muy variadas y en la práctica no se presentan en forma aislada, aunque pueden mencionarse entre ellas: la errada elección del tipo societario en función de las características del vínculo y de la magnitud del

negocio (caso de las sociedades personalistas con estructura de anónima); la insatisfacción del negocio (prolongación indefinida, no cumplimiento de las expectativas originales, no previsión de mecanismos idóneos de salida); el abuso del poder por parte de las mayorías; o la alteración del equilibrio original de los socios con motivo de la salida o el ingreso compulsivo de terceros al negocio (fallecimiento, divorcio, etc.).

Estas disputas muchas veces se ven potenciadas por el hecho de tratarse de sociedades “cerradas” o “de familia”, dada la inexistencia de mercado para negociar y vender las participaciones, lo que dificulta la “salida” al socio minoritario disconforme con el manejo de los negocios sociales. Ello no sucede en las sociedades “abiertas” o con cotización de sus acciones en bolsa, pues existe un mercado donde vender fácilmente las participaciones, con lo cual el conflicto se diluye por esa vía.

Otra particularidad que tienen los conflictos societarios es que los hechos generadores no quedan en el pasado. El pleito transcurre en “tiempo presente”, pues la sociedad sigue funcionando y las partes se ven obligadas a convivir día a día con el enfrentamiento, que como consecuencia se multiplica (vgr. impugnación de sucesivas asambleas). De ello se deriva otra característica peculiar de este tipo de conflictos: no se agotan en un solo juicio.

Contrariamente a lo que acontece en los juicios patrimoniales tradicionales, la pretensión real del actor, que por lo general es un socio con participación minoritaria, no suele tener explícito o acabado reflejo en su demanda. Muchas veces los juicios de remoción de los administradores o de impugnación por nulidad de un acuerdo asambleario no persiguen, en sustancia, lo que se pide formalmente. Pues lo que en realidad busca el socio minoritario a través de sus diversos reclamos es el cese de la forma en que se conducen los negocios sociales por parte de la mayoría o, en el peor de los casos, la salida o venta de la participación en las condiciones más favorables posibles.

Como no podía ser de otro modo, todas esas particularidades repercuten en la órbita de las medidas cautelares. Desde que la finalidad del juicio exorbita la formal del reclamo, lo propio sucede con las medidas precautorias. La obtención de la medida cautelar, si bien también persigue asegurar el resultado del juicio, es esencialmente un fin en sí mismo. Por su intermedio se intenta, o bien hacer cesar una conducta irregular, o perturbar el funcionamiento de la sociedad –y por

ende al grupo de control- para lograr una posición de fuerza que permita negociar en mejores condiciones.

Y ese modo de proceder no es censurable en la medida en que, en muchos casos, se trata de socios minoritarios que están siendo abusados por la mayoría -vgr. negativa de dividendos por medio de diversas argucias-, estando obligados a permanecer en la sociedad mientras la mayoría administra en su propio beneficio, pretendiendo pagar por las acciones de los minoritarios un precio irrisorio. De forma que la presión para lograr la adquisición de su parte a un precio razonable parece ser la única opción de los que no forman parte del grupo controlante.

La práctica demuestra que, muchas veces, la admisión de las medidas cautelares permite abrir canales de diálogo antes inexistentes.

IV. Insatisfactoria regulación legal y necesidad de su flexibilización

Ni el ordenamiento legal ni los jueces contemplan estas particularidades a la hora de regular o enfrentar estas situaciones.

El conflicto societario recibe por parte de la legislación y de la jurisprudencia un tratamiento asimilado a los juicios contradictorios tradicionales, donde las medidas cautelares sirven a fines meramente instrumentales y de aseguramiento de la pretensión sustancial.

Es por ello que la respuesta jurisdiccional es insatisfactoria para el accionista minoritario que recurre a las medidas cautelares en protección de sus derechos. En general son denegadas por la falta de cumplimiento de alguno de sus recaudos de procedencia, examinados de acuerdo al prisma clásico de procedencia de las medidas cautelares.

Son muchos los casos en que se evidencian irregularidades tales que hacen viable la adopción de medidas precautorias, pero sin que coexistan alguno o varios de los requisitos esenciales para su procedencia. Dado que los accionistas minoritarios no tienen acceso a la administración de la sociedad, se les hace muy dificultosa la acreditación de la verosimilitud en el derecho, mediante el aporte de elementos instrumentales que den cuenta de las irregularidades que se imputan. Se presentan supuestos en que se hace necesario designar un veedor u otro ejecutor de alguna medida, sin el acompañamiento de la acción de remoción

o de la probar que la sociedad está en peligro grave. Suele suceder además que el agotamiento de los recursos previstos en el estatuto se transforma en una exigencia estéril, en tanto en situaciones de conflicto está claro que ello implica dilatar el final y la posibilidad de promover la demanda.

Tampoco cabe soslayar que inciden negativamente la rigidez y estrictez en las interpretaciones judiciales y cierto temor del órgano jurisdiccional a intervenir en los conflictos, quizás derivado por una excesiva confianza en el principio mayoritario, que la práctica demuestra que no siempre se identifica con el interés de la sociedad.

No puede dejar de señalarse que esta realidad fue advertida por el Anteproyecto de Ley de reforma del actual régimen societario elaborado por la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y Delitos Societarios –creada por la Resolución MJDH 112/02 e integrada por Anaya, Bergel y Etcheverry–, donde se propuso la introducción de algunas reformas en ese sentido.

Se destaca especialmente la ampliación de los supuestos de procedencia de la intervención judicial que en la actualidad está limitada a los casos de irregular administración. Se previó también la misma solución frente a la negativa de derechos a los socios –intervención en interés individual del socio– y a la existencia de conflictos. Fue también un avance la previsión de las denominadas “medidas asegurativas” –designación de veedores o ejecutores de medidas concretas– como medidas autosatisfactivas sin relación con la acción de remoción de los administradores. Sin perjuicio de ello, la regulación proyectada también mereció algunas críticas, específicamente en cuanto impuso cierto trámite incidental previo al dictado de las medidas cautelares.

V. Conclusiones

Es necesaria la flexibilización del régimen de las medidas cautelares societarias, que no deberían quedar sujetas a los parámetros que viabilizan las medidas precautorias clásicas, sino responder a criterios de mayor amplitud, permitiendo su funcionamiento ante sospechas o acreditación de irregularidades en el funcionamiento de la sociedad, sin sujeción estricta a las acciones de fondo planteadas.

La regulación de las medidas cautelares societarias debe asimilarse, por ende, a las denominadas medidas “autosatisfactivas”,

con autonomía en cuanto a su finalidad, que puede quedar agotada con su dictado, admitiéndose entonces su utilización como herramienta para que la minoría haga valer sus derechos.