

EL NUEVO SISTEMA CAUTELAR

Francisco Junyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval

Ponencia

El Anteproyecto de Ley General de Sociedades en los arts. 113 a 116 establece un sistema cautelar complejo donde convergen medidas asegurativas conjuntamente con la clásica intervención judicial, todo lo cual requiere de una nueva integración normativa.

El proyectado esquema cautelar se sustenta en dos presupuestos: a saber, por un lado, el clásico peligro grave en que se coloca a la sociedad por las acciones u omisiones de los administradores; y, por el otro, cuando se susciten conflictos entre socios que comprometan la marcha social.

Las medidas se subdividen en asegurativas y en las clásicas de coadministración y/o intervención.

En el primer caso, se trata de verdaderas medidas autosatisfactivas que no requieren de ninguna acción de fondo y que, por ende, se bastan a sí mismas, requiriendo en este caso una menor contracautela y un análisis del aseguramiento del eventual peligro que no afecta a los administradores directamente.

En el segundo caso, la coadministración y/o intervención siguen siendo cautelares que requieren de la acción de remoción y que, por afectar la permanencia de los administradores, exigen una contracautela ponderada y una ajustada y precisa apreciación del peligro denunciado por el peticionante.

1. Las medidas cautelares en el ámbito societario: el nuevo sistema de contralor de la gestión social

La presente ponencia sólo referirá algunos aspectos centrales del instituto referido al instituto del contralor y suspensión de

administradores societarios ⁽¹⁾, más conocido bajo la figura de intervención judicial de sociedades ⁽²⁾.

En primer lugar, cabe afirmar que la reforma “ensancha” el ámbito material del instituto, al incorporar a las clásicas modalidades de intervención, ya sea, bajo la figura del coadministrador o del propio interventor, las denominadas medidas asegurativas que no necesariamente deben limitarse a las regladas en los códigos de rito, pues ahora tienen sustento procesal en la legislación de fondo, que busca así un mejor control de la administración societaria.

Por ello, si como bien lo hemos recordado en otra oportunidad ⁽³⁾, el nombre del instituto jurídico establece un perímetro que lo mensura y fija su objetivo, el anteproyecto ha ampliado notablemente la clásica figura.

No se trata solamente de su prevalencia frente a las medidas cautelares similares, regladas en los códigos de rito, ni tampoco al carácter subsidiario o alternativo de estas últimas, como en los supuestos del interventor informante, art. 224 del CPCCN, o interventor recaudador, art. 223 del CPCCN., sino de la nueva amplitud material de las cautelares que exceden en mucho la vieja figura de la intervención.

El anteproyecto habilita cualquier medida asegurativa congruente con la situación social que se denuncie, como presupuesto de la tutela judicial y, además, modifica los presupuestos de procedencia instituyendo, lisa y llanamente, las denominadas medidas autosatisfactivas que no requieren una acción de fondo, de conformidad al nuevo texto de los arts. 113 y 114, tal como lo desarrollaremos *infra*.

Además, mantiene, tal como se dijo, las clásicas figuras de la coadministración e intervención con eventual desplazamiento de los administradores, todo lo cual le otorga, tal como dijimos notas diferenciales de indudable relevancia.

(1) Fargosi, *Suspensión de administradores de sociedades comerciales*, Abeledo-Perrot, 1960, p. 7.

(2) Falcón, Enrique, “Intervención y administración provisoria judicial”, RDCO, 1971, p. 721.

(3) Molina Sandoval, *Intervención judicial de sociedades comerciales*, La Ley, p. 6.

De tal manera, este instituto de naturaleza cautelar y accesorio, amplía su horizonte al ámbito autosatisfactivo, lo que le otorga un nuevo matiz conceptual y brindaría soluciones fondo a los conflictos societarios, sin necesidad de promover la acción de remoción de los administradores

2. Presupuestos objetivos de procedencia de las medidas cautelares societarias

En esta inteligencia corresponde destacar que el nuevo art. 113 del anteproyecto reformula los presupuestos objetivos de procedencia de las cautelares, recogiendo la profusa jurisprudencia en la materia.

De esta forma, las medidas son procedentes en los siguientes casos:

acuando los administradores realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave.

b) cuando los administradores nieguen a los socios el ejercicio de sus derechos y

c) se susciten conflictos entre socios que comprometan el normal desenvolvimiento de la sociedad.

Como se advierte la amplitud de los supuestos que hacen procedentes las cautelares debe corresponderse con un peligro grave para la sociedad, con el impedimento de derechos societarios esenciales para los socios, verbigracia, el derecho de información, como así también, cuando el enfrentamiento entre los socios afecte el funcionamiento orgánico de la sociedad, de manera tal, que se comprometa el normal funcionamiento del ente social.

De este modo, el ámbito de las medidas que puedan requerirse no sólo podría dirigirse al quehacer del órgano de administración, sino, también, al órgano de gobierno solucionando los conflictos intrasocietarios en su raíz mas profunda, en punto al adecuado funcionamiento del principio de mayoría pero con respeto de los derechos de las minorías.

Dicho de otro modo, la regulación proyectada debe tener una lectura complexiva de todo el conflicto societario.

Va de suyo que la normativa mantiene el criterio de que el juez debe apreciar la procedencia de la medida asegurativa y de la intervención con criterio restrictivo, art. 115 *in fine*.

Por ello, volviendo al tema del *omen juris* la nueva regulación le otorga la razón a Falcón ⁽⁴⁾ cuando dice que el instituto constituye una alternativa de “interferencia en la administración y gobierno de entes colectivos”.

3. Las diversas clases de cautelares

3.1. las denominadas medidas autosatisfactivas

El proyectado art. 114 establece que las medidas asegurativas podrán consistir en la designación de uno o varios veedores o de ejecutores de medidas concretas que no podrán tener ninguna injerencia en la administración.

De este modo, se advierte que esta primera clase de medida no es una cautelar propiamente dicha pues, tal como se infiere del art. 115, no se requiere promoción de acción de remoción alguna.

La medida se agota en sí misma al asegurar su finalidad, como es el caso mas común del derecho de información, ya sea mediante el informe de los veedores o de quien ejecute una medida concreta, como puede ser una auditoria contable, o el análisis de determinada operación societaria.

La normativa proyectada establece la necesidad de que la medida se ciña a las tareas que expresamente se determinen por parte del juez y por el plazo estipulado, sin perjuicio de la eventual prórroga que podría resolverse habida cuenta de las especiales circunstancias de la situación societaria, art. 114 *in fine*.

Estas medidas si bien requieren contracautela, ésta debe adecuarse a la naturaleza y características de la medida ordenada, pues el aseguramiento del deber de información, sin afectar la administración y o marcha de la sociedad, debe ponderarse con criterio diferente a la designación de un coadministrador o interventor, cuestión que surge de la letra del art. 116.

De esta forma, la regulación proyectada recepta las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en el sentido de

(4) Falcón, op. cit., p 743

articular “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 y que posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal” (5).

La denominación de autosatisfactiva resulta gráfica pues la parte requirente “autosatisface” su pretensión material sin necesidad de proceso principal, o sea, que la medida soluciona la dificultad dando respuesta a una pretensión (6).

3.2. La clásica intervención judicial de sociedades

Por otro lado, se mantienen las clásicas figuras del coadministrador o interventor judicial que tiene claro matiz cautelar al requerir la promoción de la acción de remoción y una contracautela que contemple los perjuicios que la medida puede causar a la sociedad.

En este segundo supuesto el texto proyectado aclara que la designación del administrador podrá ser con desplazamiento provisorio de quienes desempeñen dicha función social o de coadministradores que participen en la susodicha gestión empresaria.

En ambos casos, el juez fijará las atribuciones y alcance de la medida, como así también, el plazo de duración.

Así, la nueva regulación aparece como más abarcativa que el actual legislación y dota al sistema de mayor flexibilidad, sin perjuicio de la clásica exigencia de haber agotado las medidas contractuales, aspecto característico del quehacer societario tendiente a evitar conductas obstruccionistas de los socios.

De todas formas, en este tema seguirá vigente la viabilidad o no del agotamiento de la vía interna pues, en muchos casos este camino

(5) Conclusiones de la Comisión de Derecho Procesal Civil y Concursal, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes, agosto de 1997.

(6) Peyrano, Jorge, “Las medidas autosatisfactivas en materia comercial”, J.A., 1995-I, p. 822; del mismo autor: “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, L.L. del 16/2/98; Morello, Augusto, “La cautela satisfactiva”, J.A., 1995,IV, p. 414.

estará vedado por las circunstancias de tiempo, lugar y modo de la situación societaria, tal como lo tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia.

En una palabra, en este aspecto el instituto cautelar de la coadministración y/o intervención mantiene las siguientes características:

- a) tiene naturaleza cautelar y accesorio de la acción de remoción,
- b) es de carácter excepcional y debe ser interpretado restrictivamente.

Tanto las medidas asegurativas de naturaleza autosatisfactiva como las cautelares requieren la acreditación de la calidad de socio del requirente, tiene carácter excepcional, deben haberse agotado las instancias societarias y debe prestarse caución suficiente.

4. La audiencia de la sociedad y las eventuales garantías

Un aspecto, sin dudas, de mayor complejidad lo constituye el denominado incidente de medida asegurativa o intervención que *prima facie* debe resolverse con audiencia de la sociedad.

Esta alternativa de escuchar a la sociedad depende de la "inminencia del peligro" a tenor del texto del art. 115 que puntualmente dispone que "en caso de peligro inminente el juez resolverá con anterioridad a la citación".

Como se advierte la cuestión no es fácil. No siempre podrá determinarse cuando el peligro es "inminente."

Dicho de otro modo, tanto la medida autosatisfactiva como la cautelar son medidas urgentes que requieren celeridad, por lo que, la audiencia de la sociedad parece requerir un énfasis añadido en la cuestión de la inminencia del peligro de dificultosa ponderación judicial.

En muchos casos, la citación sólo conducirá a una mero desgaste procesal que trasparentará el eventual conflicto societario.

De todos modos, en principio la ley proyectada establece esta alternativa de audiencia con la sociedad y, agrega que ésta última podrá ofrecer garantías u otras medidas adecuadas para evitar la medida peticionada.

La cuestión es sumamente dificultosa pues, el bien jurídico tutelado con este instituto es el interés social y no el interés de la mayoría o de la minoría.

Hoy la existencia del interés social es innegable, a tenor del nuevo texto del art. 59 que lo reconoce expresamente y más allá del debate doctrinario sobre su conceptualización, concordamos con la siempre lúcida opinión de Cámara ⁽⁷⁾ en el sentido de que este tipo de instituto se dispone en interés de la sociedad, aún cuando no puede negarse que también convergen intereses de socios minoritarios, en orden a la tutela de sus derechos, pero enderezados siempre a la buena marcha del ente social.

La normativa proyectada habilita a que la sociedad otorga garantías a satisfacción del socio requirente u otro tipo de medidas adecuadas para solucionar el conflicto societario.

5. Algunas reflexiones

De las consideraciones vertidas cabe concluir que la nueva regulación de los arts. 113 a 116, contenida en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades, establece un sistema complejo donde convergen diversas alternativas de medidas cautelares que requieren de una lectura integradora para evitar contradicciones, pero que constituye un evidente avance en la materia.

El instituto proyectado amplía su ámbito material y procesal.

Por un lado, desde la perspectiva del conflicto societario, la procedencia de las medidas se sustenta en dos presupuestos: a saber, por un lado, el clásico peligro grave en que se coloca a la sociedad por las acciones u omisiones de los administradores; y, por el otro, cuando se susciten conflictos entre socios que comprometan la marcha social.

A su vez, desde el ámbito material procesal, las medidas se subdividen en asegurativas y en las clásicas de coadministración y/o intervención.

En el primer caso, se trata de verdaderas medidas autosatisfactivas que no requieren de ninguna acción de fondo y que, por ende, se autoabastecen, requiriendo en este caso un análisis del aseguramiento del eventual peligro que no afecte a los administradores directamente, pero que satisfaga la pretensión material.

(7) Cámara, Héctor, *Derecho societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903*, Depalma, Bs. As., p. 612.

En el segundo caso, la coadministración y/o intervención siguen siendo cautelares que requieren de la acción de remoción y que, por poner en juego la eventual permanencia o desplazamiento de los administradores, exigen una contracautela ponderada y una ajustada y precisa apreciación del peligro.

En síntesis, el instituto de la intervención societaria se abre a nuevas proyecciones jurídicas de notables consecuencias y se endereza a una mejor tutela de los derechos en juego.