

## **LA SUSPENSIÓN PROVISORIA DE LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES ASAMBLEARIAS A LA LUZ DE UNA CONCEPCIÓN MODERNA DEL DERECHO PROCESAL**

POR RICARDO AUGUSTO NISSEN Y  
RICARDO LUIS TEDESCO

### ***Sumario***

Las medidas cautelares no se limitan a la protección del derecho subjetivo sino que constituyen un instituto que hace a la potestad jurisdiccional, íntimamente relacionado con la eficacia, entendida ésta como un valor propio y característico del proceso judicial. A la luz de ello debe entenderse la suspensión provisoria de la ejecución de la decisión asamblearia prevista por el artículo 252 de la Ley 19.550. Independientemente del carácter excepcional y el rigor que merece, entendemos imprescindible como garantía de la jurisdicción y de la seguridad jurídica, entre muchos otros valores, la necesidad de suspender la ejecución de una decisión del órgano de gobierno que contraría al derecho positivo vigente, afecta derechos de los socios y/o terceros o provoca un daño cierto e inminente.

En esa línea de pensamiento merece crítica la doctrina judicial que sostiene que no puede suspenderse previamente la celebración de un acto asambleario, aun cuando el vicio en la convocatoria o en la preparación del acto surja de manera manifiesta. Como también aquélla que sostiene que la decisión que aprueba los estados contables no es susceptible de la suspensión provisoria que dispone el artículo 252 citado.

Ambas doctrinas contradicen abiertamente la interpretación moderna del instituto cautelar. Si el camino a la sentencia debe estar marcado por la eficacia, la misma nos obliga a desterrar dogmas e interpretar la medida cautelar que dispone el artículo 252 de la Ley 19.550 garantizando la seguridad y certeza que

deben gozar los actos sociales para evitar daños innecesarios e irreparables.

### **Desarrollo**

No es una originalidad señalar que nuestra legislación no ha acompañado los vertiginosos cambios que ha sufrido el derecho societario. Mercados globalizados, avances tecnológicos, constantes cambios en los medios de información y recursos financieros, entre otros muchos factores, han modificado la realidad mercantil que tuvieron en miras los autores de la Ley 19.550 y de su principal reforma, la Ley 22.903. A ello debe sumarse los periódicos y pendulares ciclos económicos que padeció nuestro país, desde los más optimistas períodos de crecimiento, en los que creíamos ser uno de los líderes de lo que equivocadamente se llama primer mundo, hasta las más oscuras y pesimistas crisis, en las que sin solución de continuidad pasamos a temer por la disgregación nacional. En ese contexto evolucionó nuestro derecho societario desde la sanción de la Ley 19.550, de la dictadura más autoritaria al Estado democrático, de la expansión a la recesión, del liberalismo económico al proteccionismo estatal y de la euforia a la crisis. Está claro que la desactualización de nuestra norma obliga a un esfuerzo de interpretación mediante las fuentes informales. Hoy es impensable concebir el derecho societario argentino sin considerar, por lo menos, la doctrina y la jurisprudencia. Es así que, si bien el nuestro es un sistema continental cuya única fuente formal es la ley escrita, la realidad que brevemente describimos produce algunas consecuencias propias al *common law*, en este esfuerzo por adecuar nuestra desactualizada Ley de Sociedades Comerciales, la ley es lo que los jueces dicen que es. Estas consecuencias hacen que las decisiones de los jueces adquieran suma importancia en la construcción del derecho societario vigente.

La dinámica realidad societaria y la falta de adecuación de las normas a esos cambios producen consecuencias desfavorables y un alto grado de litigiosidad. Estas consecuencias no son menores, generalmente la decisión judicial llega cuando los daños son irreparables, los daños no se limitan a la esfera de la sociedad sino que se irradian a toda la comunidad comercial donde ésta actuaba y finalmente, también, afectan la confianza pública, reforzando nuestro creciente descreimiento en las

instituciones, revalorizando los conceptos más individualistas y poniendo como máxima el más crudo "sálvese quien pueda", cueste lo que cueste.

Por otro lado, también es manifiesto que nuestro derecho punitivo no es un instrumento eficaz en lo que hace a la actuación irregular de sociedades comerciales. Hoy en el Derecho Español o en el Derecho Alemán se discute principalmente la responsabilidad de los administradores infieles desde la óptica del derecho penal. No cabe duda de que nosotros estamos lejos de ello por muchos factores, aún se esfuerza nuestro derecho penal por atender los graves problemas de seguridad pública que padecemos, difícilmente, entonces, podamos esperar soluciones rápidas en materia comercial.

A la luz de esta realidad, la cuestión es si estamos condenados a este resultado. Es acaso que las deficiencias del derecho punitivo y la desactualización de las normas que regulan nuestro derecho societario pueden permitir que en algunos casos esta ficción que ha creado el legislador, como un instrumento eficaz para la concentración de capitales para alcanzar un objetivo comercial, se constituya como un instrumento no menos eficaz para alcanzar resultados disvaliosos.

Está claro que no, primero porque es cierto que la letra de la ley ha quedado desactualizada frente a la realidad mercantil, pero no es menos cierto que el espíritu que inspiró a la los legisladores de la Ley 19.550 y su reforma en cuanto a los principios elementales de responsabilidad, protección de los derechos de terceros, minorías y socios, etc., continúan hoy vigentes.

Por otro lado, tampoco puede hoy sostenerse con razón que por su carácter especial el derecho societario debe interpretarse como un compartimiento estanco, no admite discusión que el derecho debe interpretarse como un todo armónico y ello es doctrina unánime para nuestros Tribunales.

Al decir del Profesor Alberto J. López Meza, "*sería una verdad de Perogrullo que el derecho debe seguir de cerca de la realidad, pues de lo contrario carecerá de vigencia*". (*Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos y Procesales*, pág. 329, Editorial Depalma).

Y en este esfuerzo por seguir la realidad, al que nos obligan nuestras normas societarias, adquiere singular importancia una nueva concepción del derecho procesal y a partir de la misma la interpretación de las medidas cautelares, no ya como un instrumento para asegurar el resultado del pleito o la protección de bienes o personas sino como una manifestación de la potestad judicial.

Claramente lo explica el Profesor Mauro Cappelletti: *“El derecho procesal no es en verdad un fin en sí mismo, sino un instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial público y privado; está en suma, por decirlo así, al servicio del derecho sustancial del cual tiende a garantizar la efectividad, o sea, la observancia y para el caso de inobservancia, la reintegración”* (Proceso, Ideologías y Sociedad, traducción de Sentis Melendo y Banzhaf, Buenos Aires, 1974, p.5).

Ya hemos afirmado la necesidad de seguir de cerca la realidad, pues bien esa necesidad nos lleva indefectiblemente a concebir la eficacia como un valor.

Siguiendo las palabras del distinguido procesalista Dr. Jorge W. Peyrano la eficacia es un valor propio y característico del proceso. La meta del proceso es el valor justicia, pero la justicia no puede ser el camino, precisamente el camino hacia la justicia es la eficacia del proceso. (Revista de Doctrina y Práctica Procesal, Año I, Número 1, 1998, Editorial Ad-Hoc, “La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos”, pág. 20 a 37).

Dice también el Profesor Osvaldo Gozaini: *“es necesario apuntalar esta idea de eficacia, porque allí se instalan las medidas cautelares. Ellas no son salvaguarda del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional”*. (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo I, La Ley, primera edición, pág. 474).

Y es a la luz de esta concepción, que entendemos deben interpretarse las medidas cautelares que contiene nuestra Ley de Sociedades Comerciales. No son solamente un instrumento para asegurar de los derechos de las partes sino también y principalmente, una herramienta de la potestad jurisdiccional para reencauzar en el estado de derecho el funcionamiento y/o la conducta irregular. De nada sirve transitar el extenso camino procesal hacia una sentencia –donde se materializa el valor justicia– si ese camino no transita por el deber ser, entendido ello por el apego al derecho –donde debe materializarse el valor eficacia–.

Dentro de las medidas que especialmente prevé nuestra ley especial, la suspensión provisoria de los acuerdos adoptados por el órgano de gobierno es una medida extrema, sometida a uno de los plazos más exiguos que prevé nuestro ordenamiento y con estrictos requisitos, como son el peligro grave y la inexistencia de perjuicios para terceros, más allá del peligro en la demora y la verosimilitud del derecho invocado, propios a todo instituto cautelar.

Ahora bien, independientemente del carácter excepcional y el rigor que merece, entendemos imprescindible como garantía

de la jurisdicción y la seguridad jurídica, entre muchos otros valores, la necesidad de suspender la ejecución de una decisión del órgano de gobierno que contraría al derecho positivo vigente, afecta derechos de los socios y/o terceros o provoca un daño cierto e inminente.

En esa línea de pensamiento merece crítica la doctrina judicial que sostiene que no puede suspenderse previamente la celebración de un acto asambleario, aun cuando el vicio en la convocatoria o en la preparación del acto surja de manera manifiesta. Como también aquella que sostiene que la decisión que aprueba los estados contables no es susceptible de la suspensión provisoria que dispone el artículo 252 de nuestra ley.

En el primer caso, a partir del argumento que no existe en la letra de la ley medida alguna que permita suspender la celebración de un acto asambleario, se sostiene que –aun cuando el vicio surja manifiesto de la convocatoria o de la preparación del acto– el mismo debe celebrarse para luego instar la acción que prevé el artículo 251 LSC y la suspensión provisoria de la ejecución.

La consecuencia de ello no se limita al obvio e innecesario aumento de la litigiosidad, sino que además produce otra no menos innecesaria incertidumbre respecto de los actos de la sociedad, obligando a ésta y al justiciable a padecer el acto para luego poder acudir al proceso ordinario. Es impensable que la potestad jurisdiccional no tenga facultad para impedir la ejecución de un acto manifiestamente viciado. Es de toda evidencia que poca relación tiene con el valor “justicia” y con el valor “eficacia” permitir la ejecución de un acto que ya se conoce viciado, poniendo en cabeza del impugnante padecerlo y luego acudir al proceso judicial.

En cuanto a que la aprobación de los estados contables no es susceptible de la suspensión preventiva que dispone el artículo 252 porque de tal decisión no deviene ejecución alguna, extensamente se ha escrito sobre la inexactitud de este argumento.

También largamente se ha sostenido que la norma no prevé expresamente excepción alguna a la medida y que los estados contables no son documentos destinados exclusivamente a los socios, sino también para terceros.

Sin embargo, aún hoy se sostiene dogmáticamente que los estados contables no pueden ser susceptibles de la suspensión provisoria.

Las consecuencias de esta doctrina son gravísimas, ya sea durante la tramitación del pleito respecto de la información

contable para socios y terceros, como las consecuencias de contenido económico que se derivan de la aprobación (honorarios, dividendos, provisiones, etc.), inclusive finalmente al dictarse la sentencia decidiendo la nulidad de la aprobación, afectando necesariamente a los posteriores estados contables que reconocen como antecedente al nulo.

Ambas doctrinas contradicen abiertamente la interpretación del instituto cautelar que describimos al inicio. Si el camino a la sentencia debe estar marcado por la eficacia, esta eficacia nos obliga a desterrar dogmas e interpretar la medida cautelar que dispone el artículo 252 de la Ley 19.550 garantizando la seguridad y certeza que deben gozar los actos sociales para evitar daños innecesarios e irreparables.