

LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS COMO VIAS PROCESALES HABLES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

**HÉCTOR GUILLERMO VÉLEZ
HUGO REMO GATANI**

I. PONENCIA :

Ante la trascendencia que adquiere cada vez más una transparente y completa información societaria, las medidas autosatisfactivas aparecen como una vía procesal rápida, eficaz y segura para su obtención coactiva en sede jurisdiccional. Resultan necesarias para su materialización severas sanciones frente al incumplimiento de los obligados.

II. FUNDAMENTACIÓN

II.A. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE INFORMACIÓN SOCIETARIA

En épocas en las que cobran cada día mayor vigencia los pos-

tulados del *corporate governance*, invocándose con llamativa insistencia en el mundo en general las recomendaciones tanto del *Informe Cadbury* como del *Código de Olivencia*, por citar solo emblemáticos esfuerzos dirigidos a un mejor gobierno corporativo de las sociedades comerciales, apoyados en las reglas de mayor eficiencia y profesionalidad, independencia en la administración y transparencia en la información, se impone acompañar esta tendencia universal con instrumentos procesales idóneos para la consecución de todos o por lo menos, algunos de sus fines.

Hemos puesto foco en esta ponencia a la mejor manera de garantizar el derecho de información del socio o accionista, cuando el mismo es menoscabado por quienes al comando de una sociedad comercial, retacean, restringen o parcializan la entrega de datos y documentación necesaria para el ejercicio en conjunto de los derechos políticos y económicos que otorga status o posición de los miembros de una sociedad comercial.

Creemos que entre los derechos acordados por el ordenamiento societario a los socios, constituye una facultad indiscutible el acceso a la información de aspectos internos y propios del gobierno de la sociedad, ya sea a través de la inspección o consulta de los libros sociales o bien de revisión de la documentación respaldatoria y demás elementos que ilustran sobre la real situación que atraviesa una sociedad y sus perspectivas.

Esta facultad de carácter instrumental le confiere al socio los conocimientos necesarios para el acabado ejercicio de los demás derechos políticos y económicos que le acuerda su participación social, y que no se reducen solamente a participar en asambleas, ejercer sus derechos de voz y de voto, aprobar o cuestionar las cuentas sociales y la gestión de los administradores, mocionar remociones, proponer acciones de responsabilidad, impugnar decisiones asamblearias o directoriales, procurar y percibir dividendos, como es de práctica señalar, sino, en general, a formar debidamente y con los conocimientos necesarios una sana voluntad de la persona ideal, claramente dirigida a garantizar el interés social.

La ley prevé distintas situaciones específicas en que los socios pueden ejercitar su derecho de información. Se le garantiza al socio o

accionista la posibilidad de obtener con la antelación suficiente copias de los balances y la documentación contable a que refiere el art. 67, ejemplares de las actas de asambleas según lo normado por el art. 249, o el otorgamiento de información cuando esta es requerida en el seno de la propia asamblea o reunión de socios, así como las previsiones de los arts. 208 respecto a la certificación del saldo de cuenta en las acciones escriturales, o el 213 que habilita a la libre consulta de libro de registro de acciones o la garantía contenida en el art. 238 sobre la existencia de las acciones, entre tantos supuestos. Todo ello, apoyado en la previsión genérica contemplada en el art. 55 LSC, que estatuye: "*los socios pueden examinar los libros y papeles sociales, y recabar del administrador los informes que estimen pertinentes*", siempre dejando a salvo las sociedades por acciones que hayan previsto la actuación de un órgano de fiscalización, que a estos fines actuará como canal orgánico natural para la consecución de la información del accionista.

Empero, no obstante la trascendencia de este importante derecho del socio, la experiencia indica que los conflictos societarios que se suscitan en el ámbito de una sociedad comercial exhiben una primera muestra de su existencia a través del impedimento, obstrucción o reticencia en el acceso a los libros o papeles societarios o bien mediante el otorgamiento de una escasa, parcial o distorsionada información, o la negativa total, cuando quien la solicita es un socio minoritario o un accionista externo al grupo de control ya sea que este se encuentre dentro o fuera del órgano de administración.

Cuando ello ocurre, se impone la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional como único medio legítimo para lograr el acabado respeto de esta valiosa y necesaria garantía, suscitándose como primer inconveniente la determinación del camino procesal idóneo para su rápida y efectiva protección.

No hay que olvidarse que al socio más que impugnar *a posteriori* los actos celebrados en ausencia de información, debe interesarle poder estar efectivamente al tanto de la marcha de los negocios sociales, pues constituye una potestad fundamental que la ley le confiere para poder ejercer debidamente su status activo y velar por la protec-

ción del interés social y en su consecuencia de los que le son propios en su cuota de participación.

II.B. LAS VÍAS PROCESALES PARA SU TUTELA

La ley de sociedades no prevé en forma explícita la vía procesal idónea para la tutela del derecho de información que ha sido cercenado, retaceado o parcialmente proporcionado.

La omisión de tan importante regulación en la ley sustancial especial repercute negativamente en su ejercicio, pues obliga al solicitante a emprender una difícil y ardua tarea, con gran insumo de tiempo y actividad, que ocasiona frecuentemente un inevitable desgaste, atentando directamente contra la *affectio societatis* que luego puede servir de ilegítima justificación frente a las conocidas maniobras fraudulentas en los registros y documentación societaria por parte de los que, detentando una posición de dominio mayoritario, ejercen un torpe desempeño dentro de una sociedad.

El accionista minoritario al que se le dificulta el acceso al derecho de información se ve compelido a acudir ante el órgano jurisdiccional sin contar con una herramienta procedimental efectiva, que le asegure la rápida y eficaz protección del derecho que se persigue.

II.B.1. EL PROCEDIMIENTO SUMARIO DEL ART. 15 DE LA LSC

Entre las alternativas de soluciones que el problema del trámite procesal provoca, se encuentra el del juicio sumario a que refiere el art. 15 de la LSC, que prescribe: *“Cuando en la ley se dispone o autoriza la promoción de acción judicial ésta se sustanciará por procedimiento sumario, salvo que se indique otro”*.

Sin embargo, parece contrario a la propia naturaleza del derecho de información, cuya satisfacción debe ser inmediata, la sustanciación de todo un proceso de plena audiencia y prueba, que mantenga en la ignorancia al socio insatisfecho durante el largo período que insumen esta clase de procesos plenos de garantías procesales. Esta solución, precisamente produce la postergación “de hecho” del ejercicio del derecho que se pretende preservar y de los demás derechos que le

asisten al socio, cuyo ejercicio cabe presuponer el pleno conocimiento de los asuntos sociales.

II.B.2. LAS MEDIDAS DEL ART. 781 DEL C.P.N. Y SUS SIMILARES PROVINCIALES

Otro de los caminos procesales en que podría encuadrarse el procedimiento judicial de acceso a la información societaria lo constituye el trámite regulado en el art. 781 del C.P.N., y normas análogas provinciales, que establece: *“El derecho del socio para examinar los libros de la sociedad se hará efectivo, sin sustanciación, con la sola presentación del contrato, decretándose las medidas necesarias si correspondiere. El juez podrá requerir el cumplimiento de los recaudos necesarios para establecer la vigencia de aquél. La resolución será irrecurrible”*.

Un primer problema se presenta en aquellos estados provinciales donde la legislación procedimental local no regula la cuestión. La práctica profesional nos ha mostrado que en tales ocasiones se ha recurrido –en forma irrazonable– al procedimiento sumario establecido por el art. 15 de la LSC, en lugar de disponer la tramitación de acuerdo con las leyes análogas existentes y los principios generales que rigen la materia de procedimiento, como camino generalmente previsto en normas de cierre para los casos de silencio u oscuridad de la ley.

El segundo inconveniente que se plantea es que el art. 781 del C.P.N. solo refiere al acceso a los libros sociales, por lo que una interpretación literal de la norma podría conducir a la conclusión que no quedan abarcados otros elementos necesarios para lograr información, como es la documentación respaldatoria y papeles sociales en general.

II.B.3 PREVISIONES DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Por su parte el Código de Comercio prevé en el art. 58 y sgtes. la posibilidad de que en juicios de sociedad, el juez ordene la exhibición de los libros de comercio que deben llevarse con arreglo a las disposiciones de ese mismo ordenamiento de fondo y de los especifi-

cos contenidos en las leyes especiales.

En problema en estos casos, es que se presupone la existencia de un “juicio” anterior como pretensión de fondo, donde la exhibición de los libros tanto la prevista en el código de comercio como en los ordenamientos procesales, vienen a operar como una herramienta de “prueba”, como elemento procesal necesario para la fortificación de una posición procesal determinada.

Esta finalidad intrínseca de las regulaciones mencionadas, se desnaturaliza cuando lo que se pretende es solamente el acceso a la información social, sin otra finalidad procesal que el conocimiento real y completo de la marcha de los negocios sociales. Por ello, un intento de exhibición de libros sin juicio ya promovido o a promoverse, obliga a batallas judiciales muchas veces innecesarias y somete a las partes a un desgaste jurisdiccional inoficioso e inconveniente para una recta solución del conflicto.

II.B.4.- LAS “MEDIDAS PREPARATORIAS” O “DILIGENCIAS PRELIMINARES” – “LA PRUEBA ANTICIPADA”

Idéntico problema al señalado en el subpunto precedente lo presentan las llamadas medidas preparatorias o diligencias preliminares (art. 323 CPN) o las que permiten una prueba anticipada. Estas herramientas procesales, también ofrecen el inconveniente de encontrarse indisolublemente atadas a un proceso de fondo donde la pretensión debe trascender al acceso a la información y reducirse ésta solo a un elemento del proceso a obtener por vía de actuación de la jurisdicción. En general esta clase de medidas no confieren la posibilidad de que se ordene la exhibición completa de libros y papeles sociales, sino algunos de ellos, cuando se ha justificado debidamente la implicancia de esa información en la acción de fondo a sustanciar.

No obstante, creemos que las medidas de prueba anticipada son útiles aún sin proceso de fondo definido cuando se advierte un peligro inminente de la desaparición o destrucción de ciertos elementos de la información social, que podrían luego llegar a ser utilizados en los distintos juicios comerciales que se pudieran derivar. Empero, como se dijo, éstas están restringidas al peligro de su desaparición y a la

urgencia de su obtención inmediata, lo que no siempre ocurre cuando solo se trata de obtener la información adecuada.

II.C. LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA COMO LA VÍA MÁS EFICAZ

Modernamente se han abierto camino en la doctrina procesal, y han sido receptadas por diversos tribunales de todo el país, las denominadas medidas autosatisfactivas.

Su denominación obedece a su carácter estrictamente autónomo, en el sentido que no acceden o tributan a un proceso principal, como las medidas cautelares, sino que se agotan en sí mismas, con el solo dictado de la medida. No necesitan ni se pretende la tramitación de todo un proceso de fondo paralelo o posterior al cual las medidas autosatisfactivas deban servir.

Los presupuestos bajo los cuales las mismas se tornan procedentes se pueden sintetizar en:

- 1) fuerte verosimilitud del derecho.
- 2) peligro en la demora, o peligro de daño por la demora.
- 3) fianza suficiente.

No basta así la configuración de duda o de apariencia del derecho, como es exigido para las medidas precautorias, sino que debe tratarse de una verosimilitud rayana en la certeza, donde la vulneración del derecho se presente como clara y manifiesta.

Se trata a su vez de un proceso urgente, donde la situación de hecho o los obstáculos que obstruyan el ejercicio del derecho merezcan ser removidos en forma inmediata, sin que admita dilaciones que agraven o hagan irreparable la lesión.

Por último, la fianza suficiente será una exigencia contingente, que deberá exigirse según sea la previsión que se efectúe de los daños que puedan provocarse con el dictado y ejecución de la medida, teniéndose siempre presente que deberá evaluarse según una relación inversamente proporcional con la verosimilitud del derecho, es decir, a mayor verosimilitud del derecho, menor deberá ser la calificación de la fianza.

Estimamos que estas medidas autosatisfactivas encuentran un

importante campo de aplicación en el derecho societario, y específicamente en lo que respecta al suministro de la información.

En efecto, el primer requisito de la verosimilitud del derecho aparecerá configurado por la acreditación del carácter de socio, que estará documentado a través de la exhibición de los títulos representativos de la participación social o de su certificación, del contrato o estatuto social, de una comunicación cursada por la sociedad donde sea reconocido ese carácter, de un acta notarial donde se haya constatado un registro que documente la calidad de tal del solicitante, o cualquier otro medio que acredite de manera suficiente el carácter invocado. A su vez, deberá acreditarse en forma documentada y fehaciente la negativa a la información social solicitada. Cumplimentados dichos extremos, y dejando a salvo los supuestos de hecho especiales, puede válidamente conceptuarse configurado el primer requisito.

No ofrece inconvenientes ni necesita mayores esfuerzos la presentación del “peligro en la demora”, pues como se dijo más arriba, se trata de un derecho cuya negación u obstrucción impide el ejercicio cabal e igualitario de otros importantes derechos políticos y económicos que le otorga al socio o accionista su participación en la sociedad.

Finalmente, no se advierte de que manera el ejercicio del derecho de información que confiere la ley puede provocar daño a la sociedad. De cualquier modo, si alguna duda ofreciera alguna situación puntual, la exigencia de fianza sería el camino para neutralizarla y de tal manera acceder a la tutela judicial pretendida.

Acordada la medida autosatisfactiva, la misma debe hacerse efectiva mediante el auxilio de un oficial de justicia, que disponga de facultades para allanar domicilio y asegurar el acceso a la documentación social, pudiendo el requirente solicitar a su vez la compañía del asesor técnico que estime necesario. Otra alternativa sería fijar una audiencia a fin de que los libros y documentos objetos de la medida sean exhibidos en sede del Tribunal a fin de evitar conductas abusivas de los solicitantes, dejándose siempre peticionada a modo subsidiario que los obligados informen por escrito en los casos de ausencia, pérdida o inexistencia de libros. En todos los casos el Tribunal deberá disponer medidas conminatorias suficientes como las astreintes, con entidad suficientemente persuasiva, con miras a aventar todo riesgo de

reticencia u ocultación maliciosa de los efectos sociales.

Finalmente, cabe señalar que si mediante la medida autosatisfactiva no fuese debidamente cumplimentada por los administradores sociales, ya sea por incumplimiento de la orden del tribunal o por la maquinación fraudulenta de maniobras dirigidas a obstaculizar la misma, se habrá configurado una clara causal de remoción de las autoridades societarias, que habilitará al menos en esta etapa la designación de un veedor del tribunal que provea la información que se pretende conocer.

III. CONCLUSIONES

Las prácticas societarias del buen gobierno corporativo de vigencia en el mundo desarrollado, no deben ser ajenas a nuestra realidad nacional.

Las estadísticas y la experiencia indica que las vías procesales tradicionales emergentes tanto del Código de Comercio, como de la Ley de Sociedades o de los ordenamientos procesales resultan insuficientes y acotadas para el fin propuesto.

Las medidas autosatisfactivas de actual evolución científica aparecen como el medio procesal apto para el acabado ejercicio del derecho de información social.

Estas medidas deben dictarse inaudita parte e ir acompañadas de severas sanciones frente a su incumplimiento, para que puedan producir el efecto deseado.

El juez decretará si se instrumentan mediante allanamiento de domicilio, audiencia de exhibición en el Tribunal, informe escrito de los administradores o designación de un Veedor, de conformidad a las particularidades de cada especie.

Si esta mecánica procesal fuese adoptada se reducirían sensiblemente los juicios societarios, muchas veces ingresados por los efectos de su procedimiento antes que por la eficacia de sus diferidas sentencias de escasa utilidad al momento de su dictado.