

LIX ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Ponente: Guillermo Andrés Marcos

Instituto de Derecho Comercial de Bahía Blanca.

Tema: Sociedades Comerciales.

Ponencia. No es necesaria la deducción de la acción de fondo como requisito previa para la deducción de la suspensión preventiva de la ejecución de las decisiones assemblearias.

El inicio de la acción de impugnación de la decisión assemblearia como condición para la procedencia de la suspensión preventiva de tal resolución, es un requisito impuesto, no por la ley, sino en forma mayoritaria por la doctrina judicial y la de los autores.

En este sentido se ha expedido Veron¹; también Moro, quien explica que, a pesar de que ello exceptúa las reglas generales en materia de medidas cautelares, surge de la lectura finalista y, a su vez literal, del art. 252 L.S.². Participan de la idea Martorell³ y Arecha y García Cuerva⁴.

Lo mismo piensa Nissen cuando apunta que el requisito surge de modo implícito en el art. 252 L.S. cuando se refiere a la *resolución impugnada* y también del art. 253 cuando prescribe la suspensión de la causa, "*salvo el supuesto de la medida cautelar*"⁵.

¹ Veron, Alberto Víctor; Sociedades Comerciales, Tomo 3, pág. 933, Editorial Astrea, Buenos Aires, noviembre de 1993.

² Moro, Emilio; "Estado contable aprobado", en La Ley 2008-C, 544.

³ Martorell, Ernesto Eduardo "Sociedades Anónimas", pág. 297, Editorial Depalma, Buenos Aires, junio de 1988.

⁴ Arecha, Martín y García Cuerva, Héctor M., Sociedades Comerciales, pág. 372, Editorial Depalma, Buenos Aires, octubre de 1976.

⁵ Nissen, Ricardo; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 4, pág. 175, Editorial Abaco, Buenos Aires, febrero de 1998.

Y es, también, la línea de pensamiento que surge de los siguientes precedentes:

Cám. Nacional Comercial, Sala C, "Adamow, Gustavo Miguel c/ Ipivisión S.A. y otro s/ medida precautoria"; Cám. Nacional Comercial, Sala A, 13/03/2013, "Schusterman, Martin y otro c/ Kop 2506 S.R.L. s/ Medida precautoria", La Ley 2/7/2013, cita online: AR/JUR/14537/2013.

No compartimos el enfoque:

En primer lugar no nos parece válida la imposición de un recaudo ausente en la ley que, además, contraría normas expresas de los códigos adjetivos. El art. 195 del Cód. Pr. Civil y Comercial de la Nación dispone que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente. Igual norma contiene el código procesal de la provincia de Buenos Aires.

Tampoco parece razonable extraer ello de la "*finalidad*" de la norma porque la tésis cautelar de la previsión legal se puede cumplir con más eficacia admitiéndose la interposición de una cautelar urgente con anterioridad a la promoción de la acción fondal.

Mucho menos de la frase *resolución impugnada*. Ello por cuanto no es posible deducir de un participio pasado utilizado con función adjetiva consecuencia jurídica alguna puesto que su único efecto es gramatical, y consiste exclusivamente en nominar apropiadamente a la decisión asamblearia en crisis. Además de ello, es un modificador directo al que se le omitió el nexos y el auxiliar: el verbo "ser", pero en cualquiera de sus tiempos. Vale decir que podría ser "*que fue impugnada*" o "*que es impugnada*" o "*que será impugnada*". En síntesis: no nos cabe duda de que cuando el art. 252 L.S. se refiere a la "*resolución impugnada*" lo hace simplemente como sinónimo de "*resolución cuestionada*" o, como dice

Molina Sandoval, se trata de una clara finalidad identificatoria de la resolución⁶.

En segundo lugar debe advertirse que, cuando la ley ha querido excepcionar la regla general en materia cautelar lo ha hecho expresamente. V.gr.: el artículo 114 de la L.S. cuando de modo manifiesto impone como recaudo '*sine qua non*', el haber promovido la acción de remoción sin eufemismos de ninguna clase. Añado, por otra parte, que aún a pesar del texto expreso de la ley, alguna calificada doctrina propone dejar de lado el recaudo impuesto por el art. 114 L.S., privilegiando el ordenamiento de forma⁷.

Por último no puedo dejar de hacer una objeción constitucional al argumento: El Congreso de la Nación sólo tiene atribución para el dictado de las leyes de fondo (art. 75 inc. 12 C.N.), sin perjuicio de la posibilidad de incursionar –como en el caso de la L.S.–, en el terreno adjetivo ya que el inc. 32 del mismo artículo le confiere las facultades implícitas para dictar las normas adjetivas, necesarias para evitar que las leyes procesales locales, desvirtúen o alteren las instituciones del derecho de fondo⁸. Pero cuando la norma sustancial omite la disposición formal específica, rige la norma local por imperio de la previsión del art. 121 de la C.N. cuando señala que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal.

De tal forma, estimamos que la acción cautelar objeto de este trabajo puede interponerse antes de deducirse la acción de fondo e impetrarse ésta dentro del plazo que admita cada jurisdicción local. En el caso del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el art. 207 admite la promoción de la cautelar antes de la acción principal con la carga de

⁶ Molina Sandoval, Carlos; Medidas Cautelares en la Impugnación Asamblearia, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, pág. 1344, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, noviembre de 2004.

⁷ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 720.

⁸ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Tomo II, pág. 640.

interponer la demanda dentro de los diez días de la traba de la cautelar, bajo aperecibimiento de caducidad. Igual previsión exhibe el Código Procesal bonaerense.

Coincide Reggiardo cuando dice: *“Creo que debería permitirse su deducción previa, aunque en tal caso, el juez debería valorar con mayor grado de estrictez el cumplimiento de los requisitos, especialmente el del ‘peligro en la demora’...”* (Reggiardo, Roberto Sergio; “La suspensión cautelar de de la decisión de asamblea y los intereses involucrados”, LL Litoral 2007 (noviembre) 01/01/2007, 1035).

Añadimos un argumento de López Tilli cuando señala la inconveniencia de compeler al impugnante a iniciar la cautelar junto con la acción principal: *“...Forzarlo a hacerlo tan solo una vez que se haya interpuesto la acción principal implicaría correr el riesgo de que la sociedad cuya asamblea se impugna tome conocimiento de tal circunstancia y pueda realizar actos tendientes a entorpecer o frustrar el derecho del accionista cuya cautela se persigue...”*⁹.

De todas formas, interpretamos que debe entenderse acreditado el recaudo con el inicio de la mediación previa como lo han entendido –aunque en relación a la intervención judicial-, diversos precedentes¹⁰, con criterio adverso de la Sala E¹¹.

Guillermo Andrés Marcos

⁹ López Tilli, Alejandro M., “Las asambleas de accionistas”, pág. 419, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, mayo de 2001.

¹⁰ J.N. de Primera Inst. en lo Comercial n° 17, 23/6/99, “Maldonado, Ana María c/ estación de Servicios Urquiza S.R.L. s/ Medida Precautoria”; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 25/6/98, “Grisolía, Jorge Mariano c/ Tracfer S.A. s/ Medida Precautoria”, Diario La Ley del 20/7/99. De este modo la Sala modificó su criterio anterior puesto de manifiesto en “Vignola, Laura c/ Casa Sierra”; Cám. Nac. Com., Sala D, 20/12/96, “Viola, Oscar L. s/ Medida precautoria”, L.L. del 23/5/97.

¹¹ Cám. Nac. Com., Sala E, 11/5/2001, “Escudero, Eleonora c/ Mesayco S.R.L. y otros s/ Medidas Precautorias”, Revista Electrónica de Derecho Societario n° 7, Noviembre de 2001.