

La pretensión de remoción del administrador social como presupuesto de la intervención cautelar. Frente a la mediación obligatoria. Aspectos constitucionales

por **Atilio C. González**

1. Descripción de la problemática

La ley de mediación y conciliación 24.573 instituye, en su art. 1º, como principio general y régimen obligatorio dentro del territorio de la Capital Federal, con relación a las demandas iniciadas con posterioridad a la fecha determinada por las “Cláusulas obligatorias” (art. 28), a la mediación como instancia administrativa previa a todo juicio. Únicamente ante el fracaso de tal gestión, el reclamante queda habilitado para incoar las acciones judiciales correspondientes (art. 14 *in fine*, ley citada), consagrando de este modo un requisito de admisibilidad de la demanda¹, salvo las excepciones que contempla la norma, entre las que enumera a “las medidas cautelares hasta que se decidan las mismas” (art. 2º, inc. 6).

La aplicación mecánica de dicha preceptiva al terreno cautelar específicamente regulatorio de la materia societaria, podría eventualmente engendrar, en la praxis cotidiana del proceso –ámbito en que el derecho sustancial vive y actúa²–, efectos notoriamente desvaliosos, según será explicado seguidamente.

La intervención judicial que normatiza la ley de sociedades comerciales 19.550 (LS –ordenamiento integrante del Código de Comercio–) en sus arts. 113 a 117 (de instrumentalidad específica), grava al requirente de la cautela con la carga de satisfacer, cual un *prius* inexcusable, el presupuesto de procedibilidad que consiste en la incoación de la acción de remoción del administrador social³.

¹ Colerio, Juan P., *La nueva reglamentación de la ley de mediación*, LL, 1998-C-1104.

De allí que, para iniciar la demanda, se deberá acompañar el certificado del mediador respectivo, si se tratara de juicios sometidos a dichos trámites (Ponce, Carlos R., *Estudios de los procesos civiles*, t. 1, “Procesos de conocimiento”, Bs. As., Ábaco, 1997, p. 75, g).

En un sentido concordante, la jurisprudencia considera que, por aplicación del art. 1º, de la ley 24.573, la mediación se convierte en un “requisito de la acción” (CNCiv, Sala H, 20/2/98, “Gómez, Irene”, LL, 1998-13, nº 48.673). A propósito de lo cual, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires dictaminó en el sentido que “esta obligatoriedad no solamente es gravosa sino también irrazonable el establecérsela como etapa o requisito previo de admisibilidad de las demandas, sin cuyo cumplimiento queda obstruido el acceso a la justicia. Y merece fundados reparos en su constitucionalidad si además, la mediación debe cumplirse en un ámbito ajeno a los tribunales judiciales” (LL, 13/6/95, “Suplemento Actualidad”, p.12).

Por ende, frente a la eventualidad de ser incoado y ordenado, por inadvertencia, la sustanciación de un proceso de conocimiento sin haber sido cumplimentada la mediación obligatoria prejudicial (art. 1º, ley 24.573), devendría oponible por el sujeto pasivo, como excepción, una “defensa temporaria” (art. 347, inc. 8º, CPN), con efecto momentáneamente obstativo de la “acción”, de manera tal que ésta podría ser reiniciada una vez satisfecho el requisito faltante anterior.

² “El derecho no se presenta ante los ojos sino cuando lo vemos actuar en el proceso” (Carnelutti, Francisco, *La prueba civil*, Bs. As., Depalma, 1982, del Prefacio a la 1ª edición).

³ González, Atilio C., *La intervención judicial cautelar*, en “Estudios de derecho procesal”, Bs. As., Ad-Hoc, 1992, vol. 3, p. 104 y 112. En un sentido concordante, el Código Civil establece que el

De allí que si el pretensor de la intervención regulada por la ley de sociedades, obstado por el precepto obligatorio del art. 1º de la ley 24.573, no promovió –con anterioridad o simultáneamente a aquélla–, acción de remoción del administrador de la sociedad, se ve impedido de obtener dicha cautela en sede judicial, en razón de no concurrir, en esa hipótesis, el presupuesto de admisibilidad consagrado por el art. 114 de la LS⁴. Tal situación, de particular gravedad para la sociedad, es generadora de fundada preocupación actual en los medios allegados a dicho ámbito, habida cuenta de hacer caso omiso del bien jurídicamente protegido por la ley 19.550 (arts. 113 a 117), regulación ordenada a tutelar la vida de la sociedad en aquellos supuestos en que dicho valor se encuentre conculcado por haber incurrido el órgano de administración en actos u omisiones que la exponen a un peligro (riesgo), grave (considerable, importante) e inminente (con prontitud o que acaece rápido). Según doctrina legal obligatoria (art. 303, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación –CPN–), emanada del fuero comercial, el presupuesto de la intervención judicial es, precisamente, el peligro que amenaza la integridad del patrimonio social⁵. La dogmática mercantil reputa, en tal sentido, que la sociedad se encuentra en peligro grave (art. 113, LS), cuando la conducta del administrador se encamina a tipificar una causal de disolución; o, dentro de una interpretación más amplia, no circunscripta a la existencia misma de la sociedad, cuando el ente corre el riesgo de perder ganancias significativas, v.gr., por causa del comportamiento desleal del administrador⁶.

De esa forma, se procura proteger a la sociedad, removiendo –es decir, deponiendo, apartando, desplazando– al mal administrador y sustituyéndolo por otro en orden a la siguiente secuencia cronológica: inicialmente, a título cautelar (objeto del proceso cautelar de intervención judicial), para conjurar el riesgo eventual de una sentencia inocua⁷; al concluir el proceso, mediante el pronunciamiento de sentencia, definitivamente dirimente del conflicto contenido en la pretensión procesal declarativa de remoción del administrador.

Allí reside, precisamente, la finalidad tuitiva de la sociedad, que se cumple por conducto de su intervención judicial⁸, y es recalable, en tal sentido, que el interés jurídico de la intervención judicial reside, sustancialmente, en la protección social del ente afectado.

juez podrá decretar la remoción y nombrar un administrador provisorio “luego de comenzado el pleito” (art. 1684).

⁴ CNCom, Sala A, 23/10/97, “Vignola, Laura”, *ED*, 177-278. Posteriormente, dicha sala mutó ese criterio en CNCom, Sala A, 24/6/98, “Grisolía, Jorge M. y otro”, *ED*, 179-279, tras un nuevo análisis de la cuestión frente a las consecuencias que de tal temperamento podrían derivarse, lo cual la llevó a adherir al propugnado por la CNCom, Sala D, 20/12/96, “Viola, Oscar L.”, *LL*, 1997-C-246), según el cual, “a fin de satisfacer el recaudo establecido por el art. 114 de la LS, resulta suficiente la acreditación de haber sido requerida la iniciación de tal trámite y no su agotamiento y subsiguiente promoción de la acción judicial”.

⁵ CNCom, en pleno, 26/11/48, “Umán, Simón”.

⁶ Otaegui, Julio C., *Administración societaria*, Bs. As., Ábaco, 1979, p. 460.

⁷ CNCiv, Sala I, 4/12/97, “Ponce, Jorge c/Sauco, René O. H.”, *LL*, 1998-D-34. Aunque la designación de un interventor, aun con las más amplias facultades de administración, no implica la pérdida de legitimación de las autoridades naturales del ente, para seguir actuando en el proceso en que la cautelar fuera decretada, pues la indefensión y el menoscabo al derecho de defensa que ello aparejaría tornaría constitucionalmente insostenible tal decisorio (CNCom, Sala A, 28/8/97, “Romero, Roberto”, *ED*, 178-535).

⁸ González, *La intervención judicial cautelar*, en “Estudios de derecho procesal”, vol. 3, p. 105, párr. 2º.

Pues bien, la circunstancia señalada, provocadora de inquietud actual en el ámbito mercantil, ha generado sendas líneas interpretativas, que la doctrina ha compeñado de la siguiente manera: “una, ceñida a la literalidad de las reglas legales de la mediación, que otorga preeminencia a la obligatoriedad del régimen prejudicial y consecuentemente, se pronuncia por el estricto e insoslayable cumplimiento de este procedimiento; la otra, antepone a la obligatoriedad de este régimen, la garantía constitucional del derecho a la jurisdicción, desestimando toda solución que vaya en detrimento del acceso oportuno al órgano jurisdiccional y desplazando la sumisión a procedimientos extrajudiciales en cada oportunidad en que su cumplimiento comprometa el inmediato y eficaz ejercicio de los derechos”⁹. Aun cuando la primera de las posturas hermenéuticas es concordante con jurisprudencia de la cámara comercial de la Capital Federal¹⁰ –a la que incluso, como magistrados, hemos adherido–, en la presente oportunidad, como hipótesis teórica y sin ánimo crítico, intentamos emprender un análisis de la tesis opuesta, con el propósito de alcanzar algunos corolarios útiles, aunque más no sea como una simple contribución doctrinal orientada a esclarecer, en la medida posible, cierta problemática que la mediación obligatoria plantea en la actualidad con relación a lo expresado.

2. Regulación actual de la intervención judicial en la normativa sustancial y procesal

En la actualidad, el instituto de la intervención judicial como medida cautelar, exhibe una regulación sustancial y procesal enunciable jerárquicamente de la siguiente manera¹¹:

a) El Código Civil (art. 1684), cuando la intervención afecta a una asociación civil.

b) La ley de sociedades comerciales (arts. 113 a 117), cuando se trata de una sociedad mercantil.

c) El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 22.434), que excluye toda referencia a los supuestos abarcados por las leyes sustanciales, en orden a evitar una regulación dúplice sobre una misma materia, y únicamente tipifica las figuras del interventor informante y del recaudador.

3. Orden preeminente

De lo dicho por el art. 222 del CPN –“además de las medidas cautelares... autorizadas por las leyes sustanciales”–, y de la Exposición de Motivos de la ley 19.550 surgen, nítidamente delineadas, las siguientes connotaciones legislativas informadoras de la intervención judicial cautelar¹²:

⁹ Anaya, Jaime L., *Acerca de la prejudicialidad de la mediación y sus excepciones*, ED, 177-278.

¹⁰ CNCom, Sala A, 23/10/97, “Vignola, Laura”, ED, 177-278.

¹¹ González, *La intervención judicial cautelar*, en “Estudios de derecho procesal”, vol. 3, p. 104, párr. 4º.

¹² González, *La intervención judicial cautelar*, en “Estudios de derecho procesal”, vol. 3, p. 103, párr. V y doctrina allí citada.

a) La preeminencia normativa de los arts. 1684 del Cód. Civil y 113 a 117 de la LS.

b) El carácter subsidiario que, dentro del ámbito de la intervención, debe reconocérsele a las normas reguladoras de este instituto, contenidas en los códigos procesales.

Precisamente, la Exposición de Motivos mencionada explicita que las disposiciones de los arts. 224 y ss. del CPN, y la de los códigos locales se aplicarán subsidiariamente y sólo en cuanto a las normas procesales allí contenidas.

A propósito de ello, cuadra tener presente el principio jerárquico piramidal de la normativa vigente (art. 31, Const. nacional), que exhibe su correlato procesal en el art. 34, inc. 4º, CPN y cuya inobservancia apareja nulidad por así disponerla la preceptiva mencionada en último término.

4. Presupuestos específicos de la intervención societaria

El pretensor de la medida cautelar de intervención societaria, según la norma sustantiva de la ley 19.550, está gravado con la carga de acreditar, cual un *prius* ineludible, la concurrencia de los siguientes presupuestos de procedibilidad:

- a) La condición de socio como legitimado activo.
- b) El peligro invocado y su gravedad.
- c) El agotamiento de los recursos estatutarios¹³.
- d) La incoación de la acción de remoción del administrador social.

Este último requisito de procedibilidad de la cautela analizada, previsto por el art. 114 de la LS –cuyo antecedente legislativo inmediato es el art. 1684, del Cód. Civil–, debe ser entendido, estrictamente, en el sentido que con antelación o simultáneamente a aquélla, es carga del requirente promover la acción (*rectius*: pretensión) de remoción del administrador social; habida cuenta de ser la intervención judicial una medida cautelar sui generis, exhibe rasgos peculiares dominantes, siendo una cautela excepcional y restrictiva, de alcance limitado e instrumentalidad específica, connotación esta última según la cual deviene accesoria de la pretensión procesal declarativa de la remoción del administrador social (art. 114 *in fine*, LS), contenida en la demanda que se corresponde con el juicio principal al cual accede¹⁴. El precepto apostillado debe ser concordado, a su vez, con el art. 195, párr. 1º, del CPN, en cuanto dispone que “las providencias cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda, a menos que de la ley resultare que ésta debe entablarse previamente”; se configura en este caso, precisamente, la excepción prevista por la norma procesal (art. 114, LS).

¹³ Requisito que corrobora el carácter restrictivo de la “intervención judicial”, puesto que previamente el socio debe procurar la remoción del administrador por las vías societarias (Otaegui, *Administración societaria*, p. 461).

¹⁴ González, *La intervención judicial cautelar*, en “Estudios de derecho procesal”, vol. 3, p. 104 y ss., párr. VI y doctrina allí citada. *A contrario sensu*, veda el dictado de medidas como la que nos ocupa, la omisión de demandar por remoción de administrador (CNCCom, Sala C, 30/11/94, “Daniel Medrano SRL”).

A propósito del tema analizado, procede poner de resalto las consideraciones siguientes:

a) Que la ley de la materia no regula *expressis verbis* el contenido de la pretensión declarativa de remoción del administrador social, que, como es obvio, en cada supuesto particular adquiere ribetes específicos.

b) Que si bien el art. 15 de la LS determina que “cuando en la ley [19.550] se dispone o autoriza la promoción de acción judicial ésta se sustanciará por procedimiento sumario”; ello no implica necesariamente una alusión al tipo procesal sumario contemplado por los arts. 320 y 486 del CPN, si no a la sumariedad de trámite¹⁵, que el juez adecuará a cada caso particular de acuerdo con las peculiaridades de éste. De allí que el art. 15 de la LS no impide que el juez determine el tipo de proceso aplicable, decisión respecto de la cual es soberano e insusceptible de recurribilidad (art. 319 *in fine*, CPN).

Aún en la hipótesis de no ser ello entendido así, la buena doctrina estima que, como la sumariedad de trámite está dada en beneficio del actor –para obtener un rápido beneficio de sus derechos–, es renunciable *ad nutum* por éste¹⁶.

c) El art. 15 mencionado impone, inexcusablemente y en orden a delimitar su preciso significado, depurar conceptual y terminológicamente el vocablo acción que aquél contiene.

La dogmática procesal moderna diferencia con absoluta nitidez cuatro institutos que exhiben una estrecha relación de afinidad entre sí y respecto del marco conceptual que informa al derecho procesal como disciplina científica autónoma, a saber: la demanda, la acción, la pretensión y el proceso¹⁷. La demanda es el acto procesal de incoación del proceso –informada por los recaudos de forma y contenido que determinan el CPN (art. 330), los restantes ordenamientos de la misma naturaleza que rigen en el país y los reglamentos para la justicia nacional y particulares de cada fuero–, que contiene a la pretensión procesal (incs. 3º, 4º y 6º, art. 330). La acción –“poder jurídico” para un sector de la doctrina o “derecho subjetivo público constitucional” para otro– es la facultad de acudir al órgano judicial del Estado, con la finalidad de ser dirimido el conflicto intersubjetivo de intereses que divide a las partes afectadas por la crisis implicada en éste.

El proceso es el conjunto de actos procesales que se suceden por preclusión en un orden inexcusable, específicamente ordenados a resolver definitivamente, mediante el dictado de una sentencia judicial –modo normal de conclusión de aquél– el conflicto intersubjetivo de intereses que motivó la pretensión procesal contenida en la demanda.

Aplicados tales conceptos, enunciados de un modo elemental como cuadra a la índole de este trabajo, a la temática específica que constituye objeto de análisis, procede poner de resalto que la locución “acción de remoción del administrador” que

¹⁵ Halperin, Isaac, *Curso de derecho comercial*, Bs. As., Depalma, 1972, t. I, p. 69.

¹⁶ Odriozola, Carlos S., *Cuaderno de derecho societario*, p. 405

¹⁷ Ver, por todos: Carli, Carlo, *La demanda civil*, La Plata, Lex 1973, p. 71 y 72; Palacio, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 95; Di Iori, Alfredo J., *Lineamientos de la teoría general de derecho procesal*, Bs. As., Depalma, 1994, p. 69.

contiene el art. 114, de la LS, debe ser rectamente entendida como una “pretensión” procesal declarativa de remoción del administrador social, “con todas las de la ley”.

Expresado de otra manera, tal pretensión de remoción (insoslayable, además, por precepto legal expreso como presupuesto de procedibilidad de la intervención judicial cautelar –art. 113, LS–), debe estar necesariamente contenida en una demanda judicial, revestida de los requisitos de forma y contenido impuestos legalmente, e informada del “principio de sustanciación” connatural a todos los procesos de conocimiento, según el cual es carga del demandante explicitar pormenorizadamente los hechos fundantes de la *causa petendi* contenida en aquélla (art. 330, inc. 4°, CPN)¹⁸. Sentado lo expuesto, surge el interrogante relativo a cuál es, en rigor de verdad, el fundamento en virtud del cual la norma sustantiva impone en este particular supuesto la articulación anterior o simultánea a la intervención judicial cautelar, de la pretensión de remoción del administrador social.

A nuestro entender, campea en la especie un fundamento de razón lógica: habida cuenta de ser la intervención judicial una cautela de naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva (art. 113, LS) y susceptible de afectar tanto la existencia misma de la sociedad, cuanto su normal desenvolvimiento, se justifica que el legislador la haya revestido de formalidades específicas. Tanto más cuanto que su objeto es procurar conjurar con prontitud la lesión patrimonial societaria eventualmente derivable de la existencia de un peligro grave e inminente. Importa, además, una intromisión del poder estatal en los negocios de los particulares, lo que conlleva una decidida interpretación restrictiva del instituto a fin de no provocar un daño mayor del que se quiere evitar¹⁹. Por natural implicancia, y si se tiene en cuenta que la designación de “administrador judicial” –que supone el desplazamiento del órgano natural encargado del gobierno y dirección de la entidad– es “la medida más drástica prevista en materia de intervención”, forzoso es concluir que, para otorgarla como anticipo de aquello que es objeto a determinar recién al final del proceso, debe procederse con suma prudencia²⁰.

De allí que la ley haya adoptado, con indiscutible razonabilidad, el criterio de que el juez, inexcusablemente, deba tener en la esfera de su conocimiento, al tiempo de analizar el mérito de la intervención cautelar requerida, el contenido de ambas pretensiones, que exhiben comunidad de presupuestos fácticos: la procesal, contenida en la demanda, y la cautelar, volcada en el proceso de la índole expresada.

Estimamos, en efecto, que existe una genuina “comunidad fáctica” entre los hechos constitutivos de la *causa petendi* que se corresponde con la “pretensión procesal” y los que instruyen a la “pretensión cautelar”, por lo que el magistrado, a la hora de pronunciarse, –estimativa o desestimativamente– sobre el mérito de ésta tendrá la posibilidad de ponderar con amplitud aquellos elementos de juicio que, en su caso, informen a la génesis, el desarrollo y la entidad de la crisis que afecta a la

¹⁸ Carli, *La demanda civil*, p. 83, b. Graficando la idea consignada en el texto al que esta nota accede, podríamos decir que la ley 19.550, con relación al tema que nos ocupa, “no quiere” una acción sin demanda, ni una demanda sin pretensión, sino que exige la incoación de una demanda que contenga, simultáneamente, la pretensión de remoción del administrador.

¹⁹ Cura, José M., *Intervención judicial de sociedades: ¿Instituto de derecho de fondo o del derecho procesal?*, “Doctrina societaria”, jun. 1996, n° 103, t. VIII, p. 5.

²⁰ Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. VIII, p. 216; CNCiv, sala 1, 4/12/97, “Ponce, Jorge H.”, LL, 1998-D-34.

sociedad y, sin prejuizar, dispondrá o no la intervención de ésta, cual una cautela de excepción y de interpretación restrictiva, que, contingentemente, suele afectar intereses de terceros de buena fe ajenos al conflicto²¹.

Tal es, en nuestra opinión, la razón fundante de la exigencia impuesta por la ley de sociedades comerciales en el aspecto señalado. La jurisprudencia ha decidido, en el sentido expresado, que no basta para la adopción del temperamento cautelar la enunciación o explicación de irregularidades, sino que es preciso mostrar de un modo concreto y discursivo la existencia de una verdadera situación de riesgo –gravedad extrema– que imponga la intervención del Estado en los negocios de los particulares²².

5. Naturaleza normativa de la ley 24.573 de mediación

Desde la perspectiva de su naturaleza normativa, la ley 24.573 ostenta una tipicidad eminentemente procesal, según autoriza a concluirlo su propia preceptiva y en tanto ésta modifica únicamente a la regulación contenida en el CPN (ley 22.434), temperamento conteste con el título que encabeza su art. 32.

De allí que, con relación a ello, se deriva fatalmente la conclusión elemental de ser regulación procesal local que rige exclusivamente en el ámbito territorial donde exhibe su vigencia el CPN: la Capital Federal de la República.

Por natural implicancia, la constitucionalidad de dicho ordenamiento resulta, en considerable medida, cuestionable frente a la normativa procesal específica contenida en la legislación sustancial, como lo es, en este caso, la de los arts. 113 a 117 de la LS, cuerpo éste integrante del Código de Comercio que ostenta un rango preeminente (art. 31, Const. nacional) respecto de las normas que informan a los códigos procesales, sus leyes modificatorias y las de idéntica naturaleza que son, inequívocamente, subsidiarias de aquél (ver punto 3).

Y ello es así no sólo por causa de lo que podría reputarse un apego meramente formal a la teoría “piramidal” de las normas sino principalmente y por sobre cualquier otro argumento, en razón de que *in genere* la regulación procesal contenida en la legislación sustantiva –de por sí prevaleciente respecto de la procesal contenida en los ordenamientos rituales– apunta, precisamente, a brindar el soporte procesal adecuado al instituto disciplinado por aquélla –en el *cas d’espèce*, la “intervención judicial” de la sociedad–, y su inobservancia podría frustrar el derecho subjetivo basado en la normativa de fondo²³.

A más de lo cual, la aplicación lisa, llana y maquinal del art. 1° de la ley 24.573 al instituto de la intervención judicial provoca una inaceptable vulneración del princi-

²¹ Otaegui alude significativamente a “la intervención judicial y la obvia demanda de remoción de administrador” (*Administración societaria*, p. 459).

²² CNCom, Sala B, 11/9/95, “Arcondo”.

²³ Una de las facetas del valor procesal “eficacia” reside, precisamente, en lograr que los derechos prometidos por las leyes de fondo se hagan realidad a través y con motivo de un debate judicial (Peyrano, Jorge W., *El valor eficacia en el proceso civil contemporáneo*, en “Cuestiones de derecho procesal”, La Ley, 1980, p. 19). En congruencia con lo cual, amerita ser citado el Código Procesal Civil de la provincia de Salta, que en su art. 9° pone especial énfasis en cuanto a que “el objeto de los procedimientos es la efectivización de los derechos reconocidos por la ley sustancial”.

pio de igualdad ante la ley (art. 16, Const. nacional) pues, como fue señalado precedentemente, sólo rige en el ámbito territorial donde tiene vigencia el CPN²⁴, y no así en las provincias.

Surge, pues, de lo expuesto, el reproche constitucional que, a nuestro entender, traduce la ley 24.573 en aquellos supuestos en que su aplicación opere en el marco de inserción señalado de la intervención judicial de la sociedad comercial, que regula la ley 19.550.

6. Aplicación de los conceptos expuestos al ámbito societario

Trasvasados los postulados señalados precedentemente, de nítida sustancia constitucional, al terreno societario y con específica relación al instituto de la intervención judicial, es indudable, desde el punto de vista jurídico, que la denominada “prejudicialidad de la mediación”²⁵ devendría inaplicable en la medida en que ella obste a incoar la acción (*rectius*: pretensión) de remoción del administrador social cual presupuesto inexcusable para reclamar la actuación de la tutela mencionada, que se sustrae así, según nuestra opinión, del carácter obligatorio de aquélla.

En prieta síntesis, campea en la susodicha tesitura un triple orden de fundamentos a saber:

a) Uno de naturaleza normativa, pues el art. 1º de la ley 24.573 proyecta sus efectos jurídicos únicamente respecto de un ordenamiento procesal del mismo rango (ley 22.434).

b) Otro también de índole normativa, en tanto la ley sustancial de sociedades comerciales –ordenamiento integrante del Código de Comercio–, posee un rango legislativo prevaleciente respecto de la ley 24.573, de naturaleza puramente procesal (art. 31, Const. nacional).

c) El tercero, finalmente, halla sostén axiológico en la tésis propia del instituto de la intervención judicial, orientada principalmente a la protección social del ente afectado, cuya existencia se procura tutelar en aquellos supuestos en que dicho valor se encuentre comprometido en razón de haber incurrido el órgano de administración en actos u omisiones que la expongan a un peligro grave e inminente (ver punto 1). Ello no sólo erige a la cautela de la intervención, formalmente, en una cuestión de pronto y preferente despacho (art. 36, RJN), en función de la verosimilitud del derecho, el grave *periculum in mora* y los presupuestos específicos que puedan, en su caso, llegar a informarla, sino que, sustancialmente, repele *per se* su subordinación

²⁴ Anaya, *Acerca de la prejudicialidad de la mediación y sus excepciones*, ED, 177-278. El art. 31 de la ley 24.573 suspende la aplicación del régimen mediatorio a los juzgados federales en todo el ámbito del territorio nacional; aunque, posteriormente, fue dictada la acordada 11/96, que estableció la mediación para el fuero civil y comercial federal, con algunas modificaciones a la ley 24.573; y, mediante res. 164/98, la Secretaría de Asuntos Técnicos y Legislativos fue instruida, a través de la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, para implementar el procedimiento de mediación en los juzgados federales de todo el territorio nacional, en forma gradual (Coleiro, Juan P. - Rojas, Jorge A., *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 18).

²⁵ Anaya, *Acerca de la prejudicialidad de la mediación y sus excepciones*, ED, 177-278.

a la “prejudicialidad mediadora” obligatoria que consagra el art. 1º de la ley 24.573, tornándolo lisa y llanamente inaplicable en la hipótesis descripta.

Ciertamente, en contraposición a la postura defendida, podrá ser argumentado que ésta formula una distinción que la propia ley 24.573 no consagra (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*)²⁶; aunque no es menos cierto también que tiene *iudicat qui tiene distinguit*, brocárdico cuya vigencia no debe ser desatendida en el supuesto que nos ocupa, en función de posibilitar un acercamiento gradual pero inexorable al ideario de la “paz social con justicia”²⁷, valor supremo e impostergable, por cuya vigencia plena el mundo clama.

Todo ello, expresado prudente y respetuosamente y con nuestro propio interrogante a partir de una idea que gira en torno del esquema siguiente: si la adopción de un criterio opuesto al que informa a estas someras reflexiones de un magistrado (es decir, el apego a la literalidad de las reglas legales de la mediación –ver punto 1–) no podría llegar a configurar, en el tópico puntual que hemos analizado, un “exceso ritual manifiesto”²⁸ en desmedro de los valores sustanciales que el instituto de la intervención judicial tiende a proteger.

Como hipótesis teórica, detendremos el proceso dialéctico en este punto del discurso, a la espera de alguna respuesta –jurisprudencial, doctrinal o legislativa– que, en alguna medida, colme nuestros propios interrogantes en el aspecto de referencia.

7. Conclusiones

a) La reciente ley 24.573 de mediación y conciliación puede llegar a generar, en la praxis cotidiana del proceso –ámbito específico por antonomasia en el que el derecho sustancial vive y actúa–, una problemática de acusada magnitud frente a la necesidad imperiosa de ser incoada una pretensión de remoción del administrador social, cual un presupuesto insoslayable de la intervención judicial cautelar de la sociedad regulada por la ley 19.550.

b) Conforme preceptúa el art. 114 de la LS, la intervención judicial del ente –cautela de perfil sui géneris e instrumentalidad específica– exige, ineludiblemente, como requisito de procedibilidad, la previa o simultánea articulación de la pretensión procesal de remoción del administrador social.

c) Ello es de absoluta razón lógica: cuando la conducta –comisiva u omisiva– de los administradores espurios de la sociedad expone a ésta a un peligro grave e inminente (art. 113, LS), que afecte su propia existencia –u otros aspectos societarios de pareja magnitud; v.gr., riesgo de pérdida de ganancias significativas–, nace un deber tutelar del socio –legitimado *ad causam* activo por antonomasia, junto a

²⁶ Capitant, Henri, *Vocabulario jurídico*, Bs. As., Depalma, 1961, p. 600.

²⁷ Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, Bs. As., 1944, tr. S. Melendo y A. Zamora, t. I, p. 88, quien conceptúa que tal podría ser la razón última del derecho procesal.

²⁸ CSJN, 1115/70, *ED*, 36-227, con nota de Cabrio, *La primacía de la verdad jurídica objetiva por sobre el “exceso ritual manifiesto”*; Bertolino, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, Bs. As., Depalma, 1990, alude, precisamente, a la aplicación mecánica de una norma legal en desmedro de la “verdad jurídica objetiva” (p. 84), con sustento en fallos de la CSJN.

otros tantos sujetos—, ordenado a procurar la protección social de la entidad en crisis por conducto de su intervención cautelar judicial.

d) Tal cautela atiende, precisamente, a remover al mal administrador y a sustituirlo por otro, de acuerdo con la secuencia temporal siguiente: inicialmente, a título meramente cautelar, para evitar el riesgo de una sentencia inocua; al concluir el proceso, de un modo definitivo, mediante el pronunciamiento de una sentencia dirimente del conflicto contenido en la pretensión procesal declarativa de remoción del administrador.

La norma entroniza una instancia administrativa prejudicial de mediación, tras cuya frustración recién habilita al justiciable para acudir a sede judicial. En razón de ello se produce, en concretos términos prácticos, frente a una ley de rango normativo preeminente como es la ley 19.550 de sociedades comerciales –ordenamiento integrante del Código de Comercio—, el siguiente desvalor: como la intervención judicial no puede ser iniciada si previa o simultáneamente no es deducida la acción de remoción del administrador social y ésta, a su vez, no puede ser incoada por causa de que una ley de rango normativo inferior (24.573) se lo impide, por el carácter transitivo de tal proposición, tampoco sería dable postular en sede judicial la intervención cautelar de la sociedad.

Expresado de otra manera, si, en el común de los casos, es factible incoar cualquier medida cautelar de las reguladas por los códigos procesales, con antelación al trámite de la mediación (art. 2º, inc. 6 *in fine*, ley 24.573 “continuando luego el trámite de la mediación”), en el particular supuesto de la intervención judicial cautelar que regula el art. 113 y ss. de la LS, tal eventualidad resulta jurídicamente inviable, pues el ordenamiento societario consagra un presupuesto de procedibilidad específico y de observancia inexcusable: la articulación anterior o simultánea de la pretensión de remoción del administrador social.

La apuntada circunstancia configura, pues, una excepción a la excepción que contempla el art. 2º, inc. 6, de la ley 24.573, que, por vía de consecuencia, empece a obtener la intervención cautelar de la sociedad, ya que es previo a la deducción de la pertinente pretensión de remoción el agotamiento de la instancia mediatoria prejudicial (art. 1º, ley 24.573), en sede administrativa.

f) La aplicación mecánica del art. 1º de la ley 24.573 al contexto señalado –tesis que, como hipótesis teórica, desechamos—, es merecedora a nuestro entender de un doble reproche de sustancia constitucional; a saber: conforma regulación procesal que únicamente modifica los ordenamientos legales de idéntica estructura formal, por lo que resultaría contrario a la Constitución nacional proyectar sus efectos sobre la normatividad procesal contenida en la regulación sustancial, que exhibe rango preeminente consagrado por el art. 16 de la Const. nacional, pues únicamente deviene aplicable en el ámbito territorial donde rige el CPN y no así, en cambio, en el de las provincias.

g) Trasvasadas estas reflexiones al ámbito societario, pareciera no haber duda, pues, en cuanto a que la pretensión de remoción del administrador social, en mérito de la preeminencia normativa que exhibe su ley regulatoria 19.550 y los propios fines de la institución a los que dicho ordenamiento tiende a proteger, se encuentra marginada del régimen prejudicial obligatorio, que disciplina el art. 1º de la ley 24.573, en virtud de los fundamentos expuestos en el punto 4.

8. Reflexiones finales

En el precedente jurisprudencial “Vignola” la alzada en lo comercial puso especial énfasis en destacar que “resulta insuficiente”, al efecto de obtener una intervención judicial, la realización de una *mediación prejudicial*, pues ésta no implica la promoción de la mencionada *acción de remoción* de los socios administradores del ente²⁹. Empero, dentro de otra tesitura, contraria a la mencionada, ha sido sostenido el criterio, apoyado en la literalidad del art. 4º de la ley 24.573, de que el presupuesto de procedibilidad al que estamos haciendo referencia vale decir, la incoación de la acción de remoción de administrador, se configura a partir de la presentación de la pretensión formalizada por el reclamante ante la mesa general de recepción de expedientes que corresponda.

Estimamos opinable el temperamento expuesto en segundo término pues, a nuestro entender, la voz “pretensión” que contiene el art. 4º citado –cuya lacónica y limitada expresión en el formulario de presentación previsto por esa norma³⁰, dificulta definir cabalmente los elementos y los requisitos que jurídicamente informan a aquélla–, puede ser interpretada como un sinónimo de petición³¹, mas no de demanda³² continente de una pretensión procesal *stricto sensu* (art. 330, incs. 3º, 4º y 6º, CPN); la que, a más de exhibir caracteres, elementos y requisitos específicos, es susceptible de experimentar, en el marco procesal en que opera, vicisitudes tales como su transmisión, su transformación, su integración y su extinción³². El mediador, destinatario del “objeto del reclamo”, ¿reviste, acaso, la condición de un órgano auxiliar judicial; y como tal, se encuentra legitimado cual receptor de la pretensión del justiciable, máxime en una instancia eminentemente prejudicial, y administrativa³³ a diferencia de lo que sí acontece con el síndico concursal? Este funcionario, a quien la ley 24.522 de concursos y quiebras legitima como receptor de las demandas verificatorias de los créditos insinuados tempestivamente (art. 32, ley 24.522) es, al igual

²⁹ CNCom, Sala A, 23/10/97, “Vignola, Laura”, ED, 177-278.

³⁰ Falcón, Enrique M., *Mediación obligatoria en la ley 24.573*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, señala que el formulario de iniciación es altamente limitado y que, conforme con el art. 6º, tercera parte, del decr. 1021/95, “en ningún caso el reclamante acompañará el escrito de demanda”; no obstante lo cual opina que, de hecho, el reclamo equivale a la pretensión positiva de certeza exclusivamente sustancial o “cosa demandada” designada con toda exactitud en el art. 330, inc. 3º, CPN. A todo evento, cabe dejar sentado que el art. 4º del decr. 91/98 del Poder Ejecutivo, derogó expresamente los decrs. 1021/95 y 477/96, reglamentarios de la ley de mediación y conciliación 24.573 (Coleiro, Juan P., *La nueva reglamentación de la ley de mediación*, LL, 1998-C-1104). Este autor señala, precisamente, al explicar que la mediación se inicia con un formulario, que “esto significa que el juez carece de todo elemento valuatorio, más allá de los escuetos datos que surgen del formulario” (Coleiro - Rojas, *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*, p. 31).

³¹ Bianchi, Roberto A., *Mediación judicial y conciliación*, Bs. As., Zavalía, 1996, p. 138, párr. 3, quien literalmente sostiene que “aquí se usa el término en su sentido vulgar, de expresar lo que se quiere obtener”.

³² La solicitud de mediación no constituye, técnicamente, una demanda (CNCiv, Sala A, 9/9/97, LL, 1997-F-983, sum. 12.216). De Los Santos, Mabel A., *Aspectos procesales de la ley de mediación y conciliación 24.573*, en “Revista Peruana de Derecho Procesal”, Lima, Perú, 1998, vol. II, p. 85, col. 2; Medina, Graciela - Koniq, Paulo, *Cuestiones procesales de la mediación*, LL, 1996-E-1127.

³³ Sobre tales conceptos, ver Palacio, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, p. 92, párr. II, nº 47; p. 96, nº 49; p. 97, nº 50. “Aun cuando los demandados hayan intervenido en la etapa de mediación ello no importa en modo alguno que la litis quede trabada en esa oportunidad, ni que se dejen de lado los principios que informan al proceso de conocimiento” (CNCiv, Sala H, 23/9/97, “Milisenda y Crespín, L.”, JA, 1999-I-422).

que el juez, órgano necesario e insustituible del proceso verificadorio investido de atribuciones y deberes connaturales a su función³⁴, aunque de jerarquía inferior a la de aquél³⁵.

Sólo así, a partir de la naturaleza orgánica del síndico concursal –connotación de la que el mediador, nueva categoría de “agente público”³⁶, no se encuentra investido legalmente–, resulta explicable que la demanda de verificación tempestiva sea proponible directamente, fuera de la sede del juzgado, ante dicho funcionario, quien recibe el reclamo insinuatorio como colaborador *lato sensu* del juez³⁷, según acto instructorio integrante de la secuela regular del proceso verificadorio judicial concursal (preventivo o liquidatorio)³⁸.

Empero, este trascendental aspecto de la cuestión, cuyo perfil elemental dejamos bosquejado, amerita constituir objeto de otro trabajo monográfico autónomo, habida cuenta de su íntima vinculación con la temática desarrollada en éste, cometiendo que, tentativamente, asumimos.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.

³⁴ La naturaleza de la mediación es administrativa, y no jurisdiccional, ni siquiera judicial (Coleiro - Rojas, *Mediación obligatoria y audiencia preliminar*, p. 26). De allí que, con sostén en la expresada circunstancia, la jurisprudencia haya sentado criterio en cuanto a que “la mediación, en cuanto obligatoria y ubicada en la órbita del Poder Ejecutivo, es inconstitucional”, en mérito de lo cual fue declarada la inconstitucionalidad de la ley 24.573. Este pronunciamiento está actualmente recurrido en instancia extraordinaria por el fiscal ante la Cámara Comercial de la Capital Federal, doctor Raúl A. Calle Guevara (CNCom, Sala B, 29/10/98, “Baterías Sil-Dar SRL”, LL, 1998-F-467, con nota Bidart Campos, Germán J., *La mediación prejudicial obligatoria en la órbita del Poder Ejecutivo*; Zannoni, Eduardo A., *La mediación obligatoria prejudicial y el servicio de justicia en la Capital Federal (a propósito de la ley 24.573)*, LL, 1996-C-1314. En contra: Palacio, Lino E., *Algunas reflexiones sobre la declarada invalidez constitucional de la ley 24.573*, ED, 180-312, donde el autor, con su alta autoridad, tras disentir con los fundamentos del fallo mencionado, concluye en que la ley 24.573 “no adolece del vicio de inconstitucionalidad”. En un sentido concordante, ver: Dupuis, Juan C. G., *La mediación prejudicial obligatoria no es inconstitucional*, LL, 1999-A-844.

³⁵ CNCom, Sala B, 28/8/68, LL, 33-200.

³⁶ Galíndez, Oscar A., *Verificación de créditos*, Bs. As., Astrea, 1997, p. 123. Es remarcable, asimismo, que a diferencia del juez y de otros funcionarios, el síndico no es un “funcionario permanente” del Poder Judicial (Alegria, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Bs. As., Ábaco, 1975, p. 121); aunque sí es “funcionario del concurso” (art. 251, ley 24.522) en el trámite del “concurso preventivo”, hasta su finalización y en todo el proceso de quiebra, incluso su liquidación (art. 254); amén de revestir la condición de “parte” en el proceso principal, en todos sus incidentes y en los demás juicios de carácter patrimonial en los que sea parte el concursado, salvo los que deriven de las relaciones de familia en la medida dispuesta por la ley de la materia concursal (art. 275, inc. 8 *in fine*).

³⁷ Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, LL, 13/6/95, “Suplemento Actualidad”, p. 12.

³⁸ Galíndez, *Verificación de créditos*, p. 123. Tanto la ley 19.551 (art. 33), como la ley 24.522 (art. 32) que derogó aquella y que regula actualmente la materia concursal, disponen por igual que el pedido de verificación produce los “efectos” de una demanda judicial, interrumpe la prescripción e impide la caducidad del derecho y de la instancia no obstante haber sido mutada, en el epígrafe del artículo vigente, la voz “demanda” por la de “petición”.