

Tutelar Anticipada

JURISPRUDENCIA

Tutelar anticipada

Se confirma el rechazo de la medida de

tutela anticipada solicitada por la actora al no haberse acreditado la certeza provisoria en el derecho reclamado ni que la espera de la resolución que ponga fin al proceso le ocasione un daño irreparable.

Mar del Plata, 17 de Julio de 2015.

Con motivo del recurso de apelación subsidiariamente interpuesto a fs. 198 por la parte actora, contra la resolución de fs. 149/152, del 1 de junio de 2015; y VISTO: El presente expediente traído a conocimiento de la Sala Tercera de este Tribunal de Alzada,

CONSIDERAMOS que: I.- En la providencia recurrida -en lo que interesa al recurso en examen- el Sr. Juez de Primera Instancia desestimó la pretensión subsidiaria formulada por la accionante a fs. 129 vta/130, mediante la cual requería que, a título cautelar, se declare que Establecimientos Santa Bárbara S.A. es titular del 99,93 % del paquete accionario de "El Amanecer S.A." y "...propietario de los bienes que oportunamente se dieran en leasing a la parte incumplidora..." (textual) y que, además, mientras tramita el presente se expida por el Actuario testimonio -en forma cautelar- a los fines de acreditar la legitimación de la peticionaria en el marco de la quiebra de "El Amanecer S.A." (conf. fs. 129 vta). Para así decidir, el a quo calificó la pretensión como una tutela anticipada o anticipatoria, que -según observó- no reunía los recaudos necesarios que la doctrina define para su otorgamiento, a saber: 1) Prestación de contracautela; 2) Fácil reversibilidad de los efectos de la resolución anticipatoria; 3) Prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo del requirente (fuerte verosimilitud del derecho); y 4) La concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre el peligro en la demora corriente en las medidas cautelares. Concretamente, destacó que la accionante no ha ofrecido contracautela, que la resolución anticipatoria solicitada no resulta fácilmente reversible -ya que sus efectos implican la transferencia de titularidad del paquete accionario de la firma "El Amanecer S.A."-, y que la atendibilidad del planteo lejos de resultar inequívoca suscita muchos interrogantes. A fin de ejemplificar lo expuesto en último término, precisó que: a) el libro de registro de accionistas de la sociedad no pudo ser hallado en la sede legal de "El Amanecer" y el síndico no pudo determinar qué personas componen su directorio; b) resulta confuso que la accionante haya suscripto simultáneamente un contrato de venta del paquete accionario de "El Amanecer S.A." en favor de Matías Barriola y otro de leasing de los inmuebles, instalaciones y marcas de esa firma en favor de "Milita S.A.", asumiendo tanto Barriola como "Milita S.A." la obligación contractual de cancelar el pasivo, c) debería indagarse si en la compraventa de acciones el pacto comisorio expreso no viola la prohibición establecida en el art. 1374 del Código de fondo. d) no logra comprender cómo el Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata dictó una medida precautoria contra una sociedad fallida (Milita) y contra una persona física (Barriola) ligada a Establecimiento Santa Barbara por un contrato que no contemplaba su intervención. e) la resolución del contrato se comunicó por carta documento al Dr. Hugo Anchaval y no al contratante Matías Barriola, y que si bien el primero pudo haber ejercido representación activa del segundo en el contrato, pudo no estar legitimado para representarlo pasivamente. Finalmente, tuvo en cuenta que pese a que el proceso urgente no se encuentra legislado con carácter general en la Provincia de Buenos Aires, entiende que la tutela anticipada requiere sustanciación y, además, no puede ser acordada para todos los derechos, sino solo para algunos de ellos. II.- En la presentación obrante a fs. 191/198 la accionante, amplía la demanda, ofrece prueba, readecua su pretensión, reitera la solicitud de medida cautelar y, subsidiariamente, apela la resolución de fs. 149/152. En lo que atañe a la contracautela, señala que su parte ha demostrado en autos suficiente solvencia como para que baste con tener por prestada la contracautela con el pedido de la medida, como es de rutina.

Respecto a la celebración de los contratos, refiere que la numeración de los folios notariales determinan que primero se firmó el leasing y luego la compra venta de acciones, pero que aunque no hubiera sido así, eso no empece a su legalidad, ya que el único bien propiedad de El Amanecer S.A. (el inmueble de la calle Ituzaingó) integra este último contrato, y de los restantes bienes es propietario Establecimientos Santa Bárbara. Por otra parte, sostiene que la prohibición del pacto comisorio prevista en el art. 1374 del Código Civil no es aplicable a las cosas muebles registrables. En cuanto a la observación realizada en la sentencia sobre la actuación del Tribunal Arbitral, explica que los contratos de leasing y compraventa de acciones se encontraban ligados, por lo que la medida de no innovar sobre los bienes objeto de leasing, obviamente debía extenderse al adquirente de las acciones, a fin de evitar que mediante un fraudulento uso del boleto de compraventa impidiera el juicio de fondo. Con relación a ello, agrega que la situación falencial de Milita S.A., constituye una causal de resolución del contrato, y que nunca se intentó incorporar esos bienes a la quiebra de la citada firma, pues el leasing no transmite la propiedad de los bienes hasta su efectivo cumplimiento. El cuanto al posible perjuicio que pudiera causar la medida, destaca que ella ha sido peticionada para poder requerir en plazo la transformación de la quiebra en concurso preventivo, situación que tendrá múltiples beneficiarios, y que, además, su parte está dispuesta a asumir el riesgo que el emprendimiento implica. Vinculado con lo anterior, argumenta que es nula la posibilidad de que Milita S.A. pudiera

probar que el inmueble en el que funciona la empresa fallida es suyo, pues en tal supuesto ello no hubiera escapado al juez de la quiebra, y que la resolución del contrato de compraventa de acciones tampoco podrá ser discutida, aun para el caso que el Sr. Barriola resolviera presentarse a estar a derecho, puesto que de las constancias de la quiebra de El Amanecer S.A. surge que, por lo menos, incumplió con la obligación de pagar la deuda de ATILRA. Precisa que la jurisprudencia del Superior Tribunal Provincial respecto a estas medidas, solo requiere verosimilitud del derecho invocado y que en caso de que la decisión de fondo sea adversa, sus consecuencias sean reversibles. En orden a esta circunstancia, plantea como interrogante ¿cuál será el perjuicio que de resolverse en su momento que el actor no es el titular de las Acciones de El Amanecer S.A., se produciría con la apertura del concurso preventivo?; pues entiende que, en el peor de los supuestos, se volvería a la quiebra y al resultado ya descripto. III.- En la providencia que luce a fs. 199/200, el sentenciante califica el pedido de "reiteración de medida cautelar" como una solicitud de reposición de la providencia dictada a fs. 149/152 y, seguidamente, la desestima, concediendo la apelación subsidiariamente articulada. Para así decidir, sostuvo que las sentencias anticipatorias una vez dictadas no podrán ser dejadas sin efecto, hasta el fallo definitivo, así como, si fueran rechazadas, no podrá insistirse en obtenerlas. Agregó que los argumentos ensayados no pueden ser recibidos, pues, como fue explicado, constituyen recaudos necesarios de la tutela anticipatoria: a) la prestación de contracautela suficiente, exigencia que no se satisface en el caso con la caución juratoria; b) que se encuentre trabada la litis o al menos vencido el plazo fijado para contestar la demanda; c) que los efectos de la resolución resulten fácilmente reversibles y d) que exista prueba inequívoca de la atendibilidad del planteo, lo que no cabe identificar con la simple verosimilitud del derecho como lo hace el peticionario. IV.- Sentado ello pasaremos a analizar el recurso deducido en autos, anticipando que no merece prosperar. I.- Se encuentra fuera de discusión, al no haber sido materia de agravio (argto. arts. 260, 261 y 266 del C.P.C.), que la pretensión cautelar deducida en autos constituye una tutela anticipada o anticipatoria, como así también, que la procedencia de esta especie de medidas se halla supeditada al cumplimiento de los recaudos que el juez a quo enumeró en la resolución en crisis. Afirmamos ello, por cuanto la crítica que porta el pedido formulado a fs. 193 vta/198 (que ha sido calificado, en criterio que compartimos, como la articulación de una revocatoria contra la providencia de fs. 149/152), está orientado a cuestionar la valoración de las circunstancias tenidas en cuenta por el sentenciante al concluir que no se encontraban cumplidos los presupuestos de procedencia que detalló en su pronunciamiento, pero en ninguno de sus agravios pone en duda o controvierte que deban satisfacerse, necesariamente, todos esos recaudos -y no solo alguno de ellos- para la concesión de la tutela anticipatoria. Desde esa perspectiva, para abastecer la carga impuesta por el artículo 260 del ordenamiento procesal, la fundamentación recursiva debía mínimamente explicitar, en forma concreta y razonada, de qué modo se encontraban satisfechos en autos la totalidad de los presupuestos que el juez consideró ineludibles; cosa que no ha ocurrido. A título de ejemplo, observamos que una de las razones que el magistrado expuso como obstativas del otorgamiento de la pretensión cautelar, fue la ausencia de "sustanciación", entendiendo que debía encontrarse trabada la litis o vencido el plazo para contestar la demanda (v. fs. 151 vta y 199 vta), y el recurrente nada ha dicho en su desarrollo argumental a fin de enervar el mencionado razonamiento, dejando, indemne ese pilar argumental del fallo (argto. arts. 260 y 261 del C.P.C.). Resulta oportuno destacar que este Tribunal ha tomado posición respecto a la conveniencia de dictar las sentencias anticipatorias sólo después de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para hacerlo, argumentando que ello posibilita vislumbrar la seriedad y gravedad de las defensas del demandado y, en su caso, los efectos del silencio, favoreciendo la apreciación de la conveniencia y factibilidad de un adelantamiento de la sentencia de mérito. De este modo, la posibilidad de postergar la sustanciación solo se admite cuando resulta indispensable (argto. art. 34 inc. 5, apart. c, 354 y cccts. del C.P.C.; argto. jurisprud. esta Sala, causas: 152925, RSI-1104, del 04/12/2012; 156.816, RSI 308, del 28/05/2014). Retomando lo dicho, encontramos que tampoco el apelante ha dado razones atendibles para refutar la consideración que el juzgador realizó acerca de que la resolución anticipatoria solicitada no resulta fácilmente reversible ya que sus efectos implican la transferencia de titularidad del paquete accionario de la firma "El Amanecer S.A." (cfr. fs. 150 in fine). El recurrente desatiende ese argumento del fallo, haciendo manifestaciones sobre la posibilidad que existe de revertir el concurso preventivo y, así, volver a la quiebra de "El Amanecer S.A." (v. fs. 195, último párrafo), cuando su desarrollo argumental debió enderezarse a explicar por qué podía considerarse que los efectos de la sentencia anticipatoria eran fácilmente reversibles pese a involucrar nada menos que la transferencia del paquete accionario. Si bien las deficiencias apuntadas, autorizan a desestimar el recurso en tratamiento, expondremos seguidamente otras razones que determinan la suerte adversa del medio de impugnación. 2.- Como es sabido, las medidas de 'tutela anticipada' o 'sentencias anticipatorias' revisten la calidad de procesos accesorios (necesitan de un proceso principal) mediante los cuales se permite obtener el adelantamiento -total o parcial- del objeto de la sentencia de mérito, a condición de que -en el caso de dictarse una sentencia desfavorable para el cautelado- exista la posibilidad de revertir lo otorgado, y siempre que se demuestre una fuerte verosimilitud en el derecho y un perjuicio irreparable (esta Cámara, Sala II, Expte. N° 127607 RSD-894-3 del 25/11/2003). Se trata de un pronunciamiento jurisdiccional, de carácter provisional, a través del cual se adelanta

-en todo o en parte- a fin de evitar el agravamiento o la consumación de un daño actual o inminente, aquello que tendría que ser objeto de decisión en la sentencia de mérito (Jorge A. Rojas, "Sistemas Cautelares Atípicos", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 138 y sgtes; esta Sala, causa cit. 152.925; 156.299 RSI 108/14 del 10/03/2014; entre otras). Por tal razón, hemos señalado -siguiendo las enseñanzas de Mabel de los Santos- que el conocimiento judicial para decretar las "sentencias anticipatorias" no es en grado de apariencia -como las cautelares típicas- ni en grado de certeza -como sucede en la "sentencia definitiva"- sino en un estado intermedio de conocimiento que se conoce como "certeza provisional", y que del mismo modo el peligro en la demora propio de las medidas cautelares se sustituye por la llamada "irreparabilidad del perjuicio" (esta Sala, causa, 156.816, RSI-308 del 28/05/2014; conf. Mabel de los Santos, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", Lexis Nexis Nro. 0003/000839; el destacado nos pertenece; argto. art. 232 y ccts. del C.P.C.). Cabe destacar que esta mayor exigencia o rigurosidad en la apreciación de los presupuestos tradicionales de toda medida cautelar, también fue mencionada por el sentenciante en el fallo recurrido (v. fs. 150). Y este criterio, a nuestro entender, no contradice la doctrina legal sentada en los precedentes mencionados por el apelante (v. fs. 196 y sgtes), donde la Suprema Corte si bien aclara que la tutela preventiva solo exige un examen de verosimilitud, lo hace con la finalidad de descartar la exigencia de un juicio de verdad, es decir, de una certeza absoluta, lo cual no enerva el requerimiento de ese mayor grado de verosimilitud que denominamos certeza provisoria. En apoyo de esta interpretación, traemos a colación lo resuelto por nuestro Supremo Tribunal Provincial en la causa 98.260, donde señaló que: "La viabilidad de las medidas autosatisfactivas, o de tutela anticipatoria, queda supeditada al cumplimiento de una serie de recaudos que doctrina y jurisprudencia han ido diseñando, y que pueden resumirse en la recomendación de una mayor severidad en los criterios de apreciación. Así, por ejemplo, no se aceptará ya la sola verosimilitud del derecho del requirente para el otorgamiento de la medida reclamada, sino que quien la solicite deberá poner de manifiesto la fuerte probabilidad de que su pretensión sea jurídicamente aceptable, colocándonos en los aledaños de la certeza. Aquel "fumus bonus iuris", tradicionalmente reclamado para las medidas cautelares, se ve repotenciado en este nuevo instituto, resultando ahora insuficiente exhibir para su obtención la mera apariencia que supera la conjetura posible, debiendo presentarse, en cambio, una perspectiva o probabilidad cierta" (voto de la mayoría, sent. del 12-VII-2006; el destacado no es de origen).

3.- Ahora bien, subsumiendo los hechos traídos a conocimiento de esta Alzada a las reglas de concesión que han sido definidas en los precedentes citados, advertimos que la medida fue correctamente desestimada, en tanto no satisface los recaudos señalados, como consecuencia de la estrictez del análisis que merecen las pruebas aportadas. En efecto, tal como lo interpretara el juez a quo, los elementos arrojados a la causa no logran acreditar la verosimilitud del derecho del accionante en el grado que resulta necesario o, dicho de otro modo, no alcanzan a dotar al derecho de estado de "certeza provisoria" al que hemos hecho referencia. Teniendo en cuenta que la situación fáctica que nutre la acción declarativa -a la que accede la cautelar en estudio- se asienta en la supuesta operatividad de un pacto resolutorio expreso del contrato de compra venta de acciones, cobran relevancia en el análisis de la verosimilitud del derecho, aquellas reflexiones que el magistrado de primera instancia efectuó -y que compartimos- en torno a la notificación de la resolución del contrato y a la ausencia de legitimación que pudiera corresponderle al Sr. Anchaval para representar al Sr. Barriola en relación a ese acto; y, como se puede apreciar, ellas tampoco han sido objeto de crítica por parte del recurrente (cfr. fs. 151 y documental de fs. 60/61). Pero amén de esta consideración, y de dejar sentado que, en nuestra apreciación, el recurrente no cumplió la carga de evidenciar en qué se ha equivocado el juez de primera instancia al analizar el presupuesto cautelar bajo análisis, advertimos que existe otra circunstancia que obstaculiza la concesión de la tutela anticipatoria pretendida, que se revela al momento de analizar su adecuación con la pretensión principal y con la irreparabilidad del perjuicio que ha sido alegada (v. fs. 129/vta). Veamos. La presente acción fue promovida por "Establecimientos Santa Bárbara S.A" contra el Sr. Matias Barriola con el objetivo de "...hacer cesar el estado de incertidumbre que pesa ...en relación a la resolución YA OPERADA del contrato de compraventa de acciones celebrado con la parte demandada el 5/5/2011 y en relación al 99,93 % del paquete accionario del capital social de la razón social El AMANECER S.A..." (textual fs. 126). También, se petitionó el reconocimiento de la propiedad de los bienes que fueron objeto del leasing, pese a que no se demandó a la sociedad tomadora del leasing (Milita S.A.) en este proceso. Puede apreciarse de lo transcripto, que la finalidad de la acción sustancial es conseguir una sentencia declarativa que (a partir de la acreditación de la invocada resolución extrajudicial del contrato de compra venta de acciones de fs. 18/22) reconozca que "Establecimientos Santa Bárbara S.A" es socia (accionista en el porcentual indicado) de la sociedad "El Amanecer S.A", y no el Sr. Matias Barriola. Siendo ello así, advertimos que la tutela anticipatoria que ha sido peticionada a fs. 129/vta desborda el objeto de la acción principal, dado que, mediante ella, además del reconocimiento del carácter de socio, se pretende que se legitime a la firma accionante "...para actuar en nombre de El Amanecer S.A..." (textual, tercer párrafo de fs. 129 bis), es decir, que se le adjudique una función representativa de esa sociedad que no emerge de la condición de socio, sino que es de naturaleza legal y se encuentra reservada al presidente del directorio (arts. 58, 255, 256, 268 y ccdts. de la ley 19.551). Obsérvese que si partimos de la premisa de que la representación legal de una sociedad anónima no es una función que derive del reconocimiento del carácter de socio, ni se

ve alterada por la transmisibilidad de ese carácter, debemos concluir que la declaración de certeza que pueda -o no- obtener la accionante acerca de su condición de "socia", no proyectará ningún efecto jurídico con respecto a la representación societaria de la firma "El Amanecer S.A.". De allí que consideremos que no hay adecuación suficiente entre la petición cautelar anticipatoria y la pretensión sustancial, en tanto la primera procura la adjudicación de una función de representación que no ha sido peticionada ni surge como consecuencia natural del reconocimiento del carácter de socio que encierra la pretensión sustancial. Para más, esta situación -que nos lleva a diferenciar la figura del socio de la del representante legal- deja al descubierto otra cuestión que aventa la configuración de una situación de peligro en la demora (o, más precisamente, de la irreparabilidad del daño) que el actor denuncia para justificar el anticipo de tutela. Nos referimos a que la pretensión cautelar de "Establecimientos Santa Barbara S.A." para que se le reconozca, anticipadamente, su condición de socio de "El Amanecer S.A." se fundó en la necesidad de tener que peticionar en la quiebra de dicha sociedad la conversión del trámite en concurso preventivo. Y si bien es cierto que este asunto debe ser definitivamente resuelto en el marco del proceso falencial, advertimos que, prima facie, y de acuerdo a lo establecido en la ley 24.522, aún cuando se reconozca en forma cautelar a la empresa accionante la pretendida condición de socia, no estaría legitimada para solicitar la conversión de la quiebra de "El Amanecer S.A." (agto. arts. 5, 6, 90 y 160 de la ley 24.522). Efectivamente, de acuerdo a la ley concursal, cuando se trata de personas de existencia ideal es el representante legal -no el socio- quien tiene que peticionar la conversión del trámite de quiebra en concurso preventivo. Al socio únicamente se le reconoce ese derecho, cuando es ilimitadamente responsable y se ha declarado su quiebra por extensión de la quiebra societaria (art. 160 ley 24.522), situación que no se verifica en la especie, conforme surge de los autos "El Amanecer S.A. s/ Quiebra", expte. 32.336, que tramitan como agregados a la presente causa. Estas consideraciones revelan, en síntesis, que la urgencia y la irreparabilidad del daño que fundamentan el pedido cautelar se motivan, a su vez, en la necesidad de realizar un acto que la ley no habilitaría a ejercer al socio de la sociedad fallida, y con ello se desdibuja la configuración de la situación de peligro alegada. En definitiva, en función de las circunstancias expuestas precedentemente, consideramos que, al margen de las observaciones que efectuamos respecto de la insuficiencia argumentativa del memorial, no resulta procedente la cautela solicitada ya que el peticionario no logró demostrar la certeza provisoria en el derecho reclamado ni que si se espera a la resolución que ponga fin en forma definitiva al proceso el actor sufrirá un daño irreparable III.- Por ello, citas legales y doctrinarias efectuadas y lo normado por los arts. 34 inc. 3º ap. b), y 5to, 36, 68, 69, 161, 232, 238, 241, 242, 246, 260 y ccds. del C.P.C.; arts. 5, 6, 90, 160 y ccetes. de la ley 24.522 y 58, 255, 256 y 268 de la ley 19.551 RESOLVEMOS: I) Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 198 y, en consecuencia, confirmar el proveído de fs. 149/152, en lo que ha sido materia de agravio; II) Imponer las costas al apelante vencido (arts. 68, 69 y ccds. del C.P.C.). REGÍSTRESE. Transcurrido el plazo del art. 267 del C.P.C., devuélvase. NÉLIDA I. ZAMPINI RUBEN D. GEREZ Marcelo M. Larralde Auxiliar Letrado Correlaciones: Jaime, Daniela A. -Tutela anticipada, el remedio procesal para una adecuada tutela jurisdiccional - Erreius on line - Junio 2013 - .

002862E