

LA ACCION PREVENTIVA FRENTE A LA ACTIVIDAD DEL DIRECTOR SOCIETARIO**Dario TROPEANO**

INTRODUCCION CONCLUSIVA: La incorporación de la acción preventiva del daño en el CCyC, para la materia societaria, concretamente en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores, no solo eleva el *estándar* conductual del administrador, sino que habilita una serie de intervenciones de socios y terceros para con la actividad de aquellos a los fines de evitar el daño actual o previsible. Este mecanismo procesal “alivia” los requisitos impuestos por la ley y la jurisprudencia en torno a la producción de daños, dado cabida plena a la “tutela anticipada” para evitar la producción de los mismos.

DESARROLLO:

La novedad introducida por el CCyC en torno a la caracterización preventiva del daño¹²¹ vino a reconocer una realidad que se fue imponiendo a través de la construcción de figuras que la doctrina logro construir y proyectar jurisprudencialmente a través de una realidad social que lo requería¹²².

Si bien la ley general de sociedades 19.550 establece una serie de medidas cautelares, las mismas son de carácter genérico¹²³, siendo la jurisprudencia la encargada de reconocer las nuevas figuras anticipatorias de jurisdicción a los fines de tutelar con rapidez y eficiencia los efectos perjudiciales de las conductas humanas que provocan el daño¹²⁴, a los socios y a la sociedad .

Pero el interés social que rodea a la legislación societaria, se fundamenta hoy en una confluencia entre el interés de los socios y también de la sociedad, o más precisamente de la empresa, la adquiere una entidad tal que su protección viene acogida por ingente legislación en tal sentido ¹²⁵

Pero esa rigurosidad causal y legitimante que impone la LGS en torno a las cautelares reconocidas por la ley y la jurisprudencia Nacional, esas injustas restricciones, muchas veces apoyados en el prefijo “no agotamiento de la vía societaria” o “la restricción que se impone a las mismas”, como dogma impone la jurisdicción, se vena ahora conmovidas con las reformas de tutela previa del daño que incorpora el CCyC.

Y es que la tutela anticipada del daño prevista en los arts 1710/13 en el Código ha venido a morigerar y ampliar las herramientas para que los socios pongan límites a las conductas ilícitas y disvaliosas de los administradores. La morigeración de esos principios y dogmas que habitualmente

121 La función preventiva del daño reglada en el art 1710 y la acción preventiva para evitar o suspender la producción del mismo prevista en el art 1711 vinieron a reconocer normativamente lo que jurisprudencia y doctrina iban imponiendo a través de diversas construcciones y sentencias dando forma a la figura

122 Medidas autosatisfactivas, tutela anticipada, tutela preventiva, sentencia anticipatoria, cautelar innovativa, etc

123 Suspensión provisoria de los derechos del socio (art 91), intervención judicial (art 113/117), suspensión preventiva de las decisiones asamblearias (art 252).

124 Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III Laburu, Pedro Martin c. OSBA s/ medida cautelar 21/03/2013 LA LEY 2013-D , 580 AR/JUR/29628/2013 ,Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba- Iriso, Ariel Gustavo c. Neumáticos Martín S.A. 13/08/2013 LLC 2013 (diciembre) AR/JUR/56484/2013,Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D -Agesta, Carlos Enrique c. Transportes Aleli S.A. 27/06/2008 DJ 19/11/2008 , 2097 DJ 2008-II ,AR/JUR/6614/2008, entre muchos otros.

125 La ley de concursos y quiebras y una infinidad de normativa particular apuntan a la empresa como instrumento sustancial para el desarrollo económico y social.

impiden avanzar en la limitación de los daños a la sociedad –y a terceros – son viabilizados mediante un dispositivo legal menos riguroso y de alcances muchos mas amplios.

Las medidas cautelares con sus requisitos típicos¹²⁶ que imponen las precautorias societarias han resultado un incordio instrumental para resolver cuestiones que en muchas casos resultan evidentes en materia de graves incumplimientos en la conducta del administrador societario. Veamos como ejemplos reiterados la ausencia en la confección de balances o la omisión de ingresos a planes de pago de naturaleza fiscal que ponen en riesgo la continuidad de la empresa, los negocios particulares de los administradores utilizando bienes de la sociedad o la propia condición de aquel para ejecutarlos con terceros en beneficio propio, la negativa al otorgamiento de información al socio minoritario, las operaciones comerciales ruinosas que se suceden sin límites temporales y afectan el patrimonio social , etc .

Para este tipo de situaciones de manejo irresponsable de los negocios sociales y del patrimonio de los socios e incluso de los terceros, la ley preventiva del daño ha venido a irrumpir e incorporarse de manera indirecta en la ley general de sociedades. La acción preventiva establecida en el art 1710 establece no solo la existencia de un daño actual, si la posibilidad de que aquel se produzca. Se trata de aventar el daño en ciernes como podría ser la suscripción de un contrato claramente ruinoso para la sociedad, lo cual siempre quedo asignado a las facultades y evaluación de los administradores, salvo casos muy particulares que correspondía ser analizados por la Asamblea.

No se trata de interferir en la actividad reglada y propia del administrador, se trata de poner límites a conductas y omisiones antijurídicas y disvaliosas que resulten claramente dañosas para con la sociedad, los socios, y aun terceros. Notemos que la razonabilidad es un límite que impone la figura legal aludida (art 1712) en tanto la misma indica que los legitimados (no se excluye a terceros) deben acreditar un “interés razonable para la prevención del daño”.

Se trata de un valladar procesal “*ab initio*” dado que debe ser detentado por quien aduce intentar, impedir o suspender el daño. La razonabilidad resulta hoy un estándar legal de alcance constitucional, y está tasado en orden a una serie de instrumentos intelectuales que regulan el ejercicio de los derechos mediante lógica, medios, fines, que eviten la decisión arbitraria.

Respecto a los factores de atribución del daño, pilar sustancial para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, el art 1711 establece textualmente que “*No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”.

Esta condición viene a dar por tierra los debates en torno al factor de atribución en la conducta del administrador en torno a su responsabilidad: el dolo y la culpa y sus sub-variantes -culpa agravada o leve -, contractual o extracontractual, la obligación de medios o de resultado ¹²⁷. Tampoco importa la concurrencia de un factor de atribución de naturaleza subjetiva u objetiva.

Los factores de atribución establecidos en el art 274 de la LGS en torno a los directores (dolo, culpa grave y abuso de facultades) que deja a la culpa fuera del alcance de la responsabilidad, trastocaba con la previsión del art 59 del mismo ordenamiento, en tanto este ultimo reflejaba un *estándar* de actuación que -en nuestra opinión- alcanzaba a las omisiones culposas. Ello dado que “*la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios*” que pregona la norma no exime de culpa a quien no resulta diligente, o no leal para con la sociedad o los socios (por ej no informar hurtos en

126 Verosimilitud en derecho, peligro en la demora y contracautela.

127 “Responsabilidad de los Directores de las sociedades anónimas” Mariano Gagliardo T II pags 889 sgtes Ed Lexis-Nexis

la empresa, fallas en los procesos o suministros, la intervención de terceros competidores en el mercado de actuación de la empresa, etc).

Esta complicada interrelación entre el art 59 y el art 274 de la LSG encuentra en la acción preventiva del daño la superación de los factores de atribución, aunque –reiteramos- se exigen múltiples requisitos para ejecutarla ¹²⁸

Si bien la doctrina incorpora como requisito la adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable¹²⁹, el perjuicio esperable no es mensurable: no importa la gravedad de este sino su producción posible.

De esta forma, consideramos que se amplían aún mas los deberes de diligencia y lealtad del administrador societario para con los socios, la sociedad y los terceros, pero fundamentalmente se habilitan una nueva herramienta procesal para estos últimos, a los fines de evitar la acusación del daño, con menos requisitos, y más previsibilidad.

128 Acción u omisión antijurídica en tanto estamos frente a un ilícito, un daño cierto o inminente, un interés razonable.

129 Ricardo Luis Lorenzetti, CCyComercial Comentado T VIII pag 310 Ed Rubinzal Culzoni.