



COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN

INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL

“EL DEBER GENÉRICO DE PREVENCIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO O SU MEJORA (TERCERA VÍA)”

Por Fernando Javier Marcos¹

Publicado originalmente en: *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* (RDCO) N° 298, p. 1329 y ss, Ed. Thomson Reuters - AbeledoPerrot.
Cita *on line*: AR/DOC/2658/2019

Sumario: I. Presentación del problema a considerar. II. Algunas ideas introductorias sobre el deber de prevención en el Código Civil y Comercial. III. La función preventiva del daño y su relación con la propuesta de acuerdo o su mejora. La buena fe y el ejercicio regular de los derechos concursales como límite de la licitud. IV. Algunas consideraciones finales.

I. Presentación del problema a considerar

1. Dos temas de absoluta actualidad intentaré considerar aquí, con el objeto de evaluar si existe entre ellos algún punto de contacto que merezca especial atención, no

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón. Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (Fac. Derecho UBA). Doctorando en la Facultad de Derecho UCA. Miembro titular del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Morón y del Colegio Público de Abogados de Capital Federal.

Docente de grado: Departamento de Derecho, Universidad Nacional de La Matanza, en las asignaturas Derecho Civil II (Obligaciones y Resp. Civil) y Derecho Comercial II (Concursos y quiebras, Títulos valores).
Docente de postgrado: Diplomatura de Derecho Concursal (UMSA-Colegio Público de Abogados Capital Federal).

Autor de artículos publicados en diversas revistas jurídicas, entre otras actividades.

solo desde el plano puramente especulativo, sino también, para la práctica concreta del derecho concursal.

Me refiero por un lado, al *deber de prevención del daño* que, como un deber jurídico genérico se instaló definitivamente en nuestro ordenamiento legal de la mano del Código Civil y Comercial y, por el otro, el potencial alcance o influencia de aquél —entre otros supuestos posibles que no serán abordados aquí— en relación a la propuesta de acuerdo preventivo o a su posible mejora, en este último caso, ante la apertura de la denominada *tercera vía*, cuando esa propuesta es declarada abusiva en los términos del artículo 52, inciso 4º de la ley 24.522.

Naturalmente que la asociación de estos institutos no tienen nada que ver con la utilización del término “preventivo” en ambos casos, sino por las implicancias que la prevención del daño en sí mismo pueda tener a la hora de formular la propuesta de acuerdo preventivo —o su eventual mejora—, particularmente cuando esta función del derecho de daños incorporada por el artículo 1710 de Código Civil y Comercial, involucra también otras conductas, además de evitar la producción de un daño injustificado *stricto sensu*, que sí pueden tener algo que ver con esta parcela del proceso concursal que he mencionado antes.

Son estas: *disminuir la magnitud del daño y a no agravar el que ya se ha producido*.

2. No se puede discutir que los acreedores del deudor incumplidor, sufren, a causa de la mora imputable a este último, las perjudiciales consecuencias patrimoniales que de tal estado se derivan, que por ser el resultado de una conducta ilícita — incumplimiento imputable— transforman a ese daño en injusto y, por lo tanto, en resarcible, a partir de los presupuestos fijados por el régimen legal sobre responsabilidad civil que gobiernan en general esta materia (artículos 1716 y 1717, Código Civil y Comercial).

Ahora bien, ante la presentación del concurso preventivo y cuando este es finalmente es abierto, las reglas concursales a las que todos los acreedores quedan sujetos —principio universalidad y de colectividad— van a ser las protagonistas principales para definir la suerte de las obligaciones asumidas por el concursado, por las que su patrimonio como garantía común de los acreedores va a tener que responder (artículo 242 del Código Civil y Comercial).

En post de superar la cesación de pagos y de conservar la empresa en marcha — si es que el concurso involucra a una—, el estatuto concursal aludido da al deudor una serie de ventajas temporales y provisorias dirigidas a concederle un plazo prudencial, para que pueda acomodar sus piezas y tratar de alcanzar un acuerdo razonable con sus acreedores, fundamentalmente, con los quirografarios, que le posibilite dejar atrás la insolvencia, distribuyendo de esta forma las consecuencias de la última, también entre los acreedores concursales.

Ello, dado que el proceso concursal preventivo, como se sabe, “se desarrolla sobre la base de la idea de que no se liquidará su patrimonio y que este seguirá siendo administrado por el deudor, aunque bajo la vigilancia del síndico”².

Para lograr ese objetivo, la ley vigente se vale de diversos efectos inmediatos que produce la apertura, como la suspensión de pagos de los créditos que reconozcan causa o título anterior a la presentación y de sus intereses, la suspensión del trámite de los procesos de contenido patrimonial contra el deudor, la pérdida del privilegio del primer embargante (artículo 745, segundo párrafo, Código Civil y Comercial), entre otros, que en sí mismos, representan “perjuicios adicionales” que deben soportar los acreedores, porque se suman a los que naturalmente nacen del estado de mora que afecta al deudor.

Digo adicionales, porque estos se pueden incrementar aún más si en el acuerdo que finalmente es homologado, se posterga, fracciona o reduce el pago de los créditos concursales, a través de quitas, esperas, bajas tasas de interés pactadas.

Sin embargo, estos daños o menoscabos de orden patrimonial que causan a los acreedores los efectos concursales reseñados antes a modo de ejemplo, desde la perspectiva de nuestro sistema legal actual, son *justificados* y, a raíz de ello, *lícitos*, porque encuentran su sustento en el ordenamiento concursal, en cuyo marco, los intereses individuales deben ceder a los de la masa pasiva para permitir la superación de la crisis.

Tal *licitud*, que es el resultado de la justificación legal de ese perjuicio que los acreedores deben soportar, hace que ese “daño adicional” que ciertamente causa el trámite concursal —y sus consecuencias—, se cargue inevitablemente sobre las espaldas de estos acreedores, como una suerte de aporte no deseado por estos para permitir la salida concursal, es decir, para evitar la quiebra, conservando la vigencia y actividad el patrimonio afectado por la crisis económica y financiera que dio origen al proceso, evitando así su liquidación forzosa.

² GERBAUDO, Germán E., *Introducción al derecho concursal*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, p. 38.

Pero como el concurso va a afectar directamente a los acreedores, quienes van a tener que soportar, en gran medida, las pérdidas del deudor, el adecuado y regular ejercicio de los derechos que emanan de la Ley de Concurso por parte del cesante, exige que este último —principal beneficiado si el concurso resulta exitoso— proceda con buena fe y que obre con el debido cuidado, previsión, y previniendo otros o mayores daños que su insolvencia puede causar a los principales damnificados del concurso, es decir, sus acreedores, para que esa indirecta traslación de las pérdidas en cabeza de quienes no son los responsables directos de la crisis, no exceda el límite de lo razonable, porque de lo contrario, ese menoscabo patrimonial excesivo podría dar lugar a un daño injustificado a ser reparado por quien resulte ser jurídicamente responsable del mismo .

3. Esta breve introducción tiene por objeto exponer algunos primeros conceptos útiles para encaminar el análisis que aquí me propongo, el cual, si bien va a estar dirigido a evaluar el impacto de la función preventiva del daño en el accionar del deudor posterior a la presentación que en concurso, no significa que este no pueda estar presente también en la etapa previa al inicio del proceso concursal, como por ejemplo, al considerar si la decisión de presentar el concurso fue tardía, dando lugar a la generación de mayores perjuicios para la masa pasiva.

Pero más allá de ello y de otros caminos que se podrían tomar para evaluar los alcances y efectos del deber genérico de prevención del daño injustificado en materia concursal, me limitaré aquí a remitirme al supuesto planteado en el título de este ensayo, es decir, a su potencial relación con la propuesta de acuerdo, lo que incluye su eventual mejora, cuando tal propuesta es considerada abusiva por el juez a la hora de expedirse sobre su homologación.

II. Algunas ideas introductorias sobre el deber de prevención en el Código Civil y Comercial

1. Cuando se enfrenta el estudio de la responsabilidad civil y sus funciones, la reparación o resarcimiento del daño injusto o injustificado aparece en primera línea, no solo porque históricamente ese era —y continúa siendo— su principal objetivo, sino también, porque representaba la materia fundamental de análisis y a la que siempre estuvieron orientadas las normas que regularon este especial campo jurídico.

A tal punto es así, que el Código Civil y Comercial titula el Capítulo 1, del Título V del Libro III bajo el acápite “Responsabilidad Civil”, lo que importa una clara y directa alusión a la función resarcitoria de la responsabilidad, pero también, al arraigo de tal denominación en la enciclopedia jurídica y en los operadores del sistema.

Hablar de *responsabilidad*, como históricamente se hizo, deja a la vista que todo análisis del daño estuvo siempre puesto en lo que sucedía luego que éste había ocurrido, o sea, a sus consecuencias —*ex post*— y cómo enfrentarlas, identificando al responsable material, pero principalmente, al jurídico del daño causado y sobre cómo éste debía indemnizar —resarcir— al damnificado, para restituir las cosas al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie (artículo 1740, Código Civil y Comercial).

No obstante, la evolución que esta materia viene enfrentando desde hace tiempo, fue dando paso a importantes cambios y avances propios de las necesidades de los tiempos y de la evolución propia del pensamiento jurídico, especialmente en un área tan dinámica como es esta.

Uno significativo, por ejemplo, fue la forma o manera de abordar la responsabilidad civil por hechos ilícitos, es decir, a causa de la violación del deber jurídico de no dañar a otro —*alterum non laedere*—, que en el Código Civil se hacía desde la perspectiva de aquel que causaba el daño —algo coherente con las ideas imperantes en tiempos de Vélez, asentadas en gran medida en el Código Civil francés de 1804—, para pasar a un sistema que ahora hace foco en la víctima y, principalmente, en el daño injustificado como eje del sistema, a tal extremo que ha pasado a definir el contenido mismo de la antijuridicidad (artículo 1717, Código Civil y Comercial).

De allí que gran parte de la doctrina especializada prefiera denominar a este ámbito del unificado derecho civil y comercial como “derecho de daños”³, por entender que esta designación no solo resulta más actual y acorde con el desarrollo que ha experimentado este capítulo del derecho privado, sino también, porque al hacer hincapié en el “daño”, se aprecia el fenómeno en toda su dimensión, posibilitando una apreciación más amplia y completa de aquel, permitiendo ver más allá de la reparación del perjuicio

³ UBIRÍA, Fernando A., *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2015, pp. 4-15. El autor expone en las páginas citadas la evolución que se produjo desde un derecho de la responsabilidad, que hacía foco en el agente o sujeto a cuyo cargo se encontraba el deber de responder, hacia un derecho de daños que, desde la perspectiva de la víctima, hace hincapié en el “daño injusto” como eje del sistema (conf. artículos 1717 y 1737 del Código Civil y Comercial).

para descubrir otros aspectos o caras de esta moneda, como es la preventiva y la punitiva.

2. Precisamente, entre las reformas que el Código Civil y Comercial produjo en materia de derecho de daños, se destaca la inclusión de la “función preventiva” —más allá de la principal y tradicional que es la “resarcitoria”, ya aludida—, lo que hizo mediante dos preceptos específicos que regulan, por una parte, “el deber genérico de prevención” (artículo 1710) y, por la otra, la “acción preventiva” propiamente dicha (artículo 1711).

Las normas antes citadas integran las reglas conforman la teoría general de la responsabilidad civil, cuyos presupuestos y conceptos generales siempre estuvieron regulados, antes en el Código de Vélez y, ahora, en el actual Código unificado.

Es por ello que van a tener, *prima facie*, guste o no, aplicación en el ámbito de la responsabilidad tratada por la Ley General de Sociedades y por la Ley de Concursos y Quiebras, pues estos microsistemas inexorablemente reportan a dicho régimen normativo sobre derecho de daños, salvo en aquellas cuestiones puntualmente regladas por la ley especial, donde estas van a tener prioridad, en virtud de la vigencia de la regla hermenéutica “*lex specialis* sobre la *lex generalis*” —la ley especial prevalece o se aplica sobre la ley general—⁴.

Tal conclusión se desprende de la interpretación armónica de los artículos 1º, 2º, 12, 1.708 y 1.709⁵ del Código Civil y Comercial, disposiciones estas que, si bien reconocen la prelación de las normas que contienen leyes especiales como las *ut supra* mencionadas, también imponen su integración en forma coherente y razonable con las que contiene el ordenamiento jurídico, lo que incluye al Código Civil y Comercial.

Esto determina que son aplicables, tanto a la materia concursal como a la societaria —cuando ello corresponda—, preceptos como “el deber genérico de prevención del daño”, aunque insisto, con las limitaciones indicadas en los párrafos precedentes en relación a las prelación normativa la ley especial⁶.

⁴ BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 119.

⁵ OSSOLA, Federico A., *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016, pp. 20-21. LORENZETTI, Ricardo L. (dir) y GALDÓS, Jorge M. (autor), *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentario*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, pp. 292-3.

⁶ MARCOS, Fernando J., “La responsabilidad societaria y concursal, frente al derecho de daños y los cambios generados por la unificación”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, Año II, n° 10, noviembre 2016, pp. 189-212, en particular, pp. 191-199, donde analizo con

3. Dicho esto, comenzaré por recordar que la Comisión Redactora⁷ del Anteproyecto del actual Código Civil y Comercial de la Nación, al incorporar en el texto que propuso las funciones “preventiva” y “punitiva” de la responsabilidad civil, redimensionó esta área del Derecho, siguiendo los lineamientos del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 que había elaborado la comisión designada por decreto 685/95⁸ en sus artículos 1584-1588.

No obstante, en el texto finalmente sancionado por la ley 26.994 —entre otros “retoques” que sufrió la versión original del mentado Anteproyecto— se eliminó sorpresivamente el contenido original del artículo 1713 referido a la “sanción pecuniaria disuasiva” (punición), por lo que esta figura solo quedó relegada al Derecho del Consumidor que expresamente contiene el instituto del “daño punitivo” en el artículo 52 bis de la ley 24.240⁹.

Respecto al tema que da origen a este trabajo y, según se adelantó, el mencionado artículo 1710¹⁰ consagra el deber genérico de “adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes”¹¹ para evitar *causar* un daño injustificado o para evitar que dicho daño se *produzca*, para *disminuir* su magnitud o para no agravar sus

más detalle el tema de las normas sobre prelación normativa entre el Código Civil y Comercial y las leyes 19.550 y 24.522.

⁷ Creada por decreto presidencial 191/2011 e integrada por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, cuyo secretario fue el Dr. Miguel Federico De Lorenzo. Reconociendo la existencia tanto en el derecho comparado como en nuestro país sobre si la prevención y la punición integran la noción de responsabilidad, el Anteproyecto había optado por integrar a la materia las funciones resarcitorias, preventiva y punitiva. (véanse los Fundamentos del Anteproyecto elaborados por la Comisión).

⁸ Esta Comisión estuvo integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

⁹ Este daño, bajo la denominación “sanción punitiva”, se mantiene en el *Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, elevado el 06/12/2018 ante el Ministerio de Producción y Trabajo y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su artículo 118, aunque con modificaciones importantes. Por ejemplo, se exige una suerte de dolo indirecto como mínimo, imitando una redacción similar a la que utiliza el artículo 1724 del Código Civil y Comercial al definir el dolo en su versión “dolo indirecto o eventual”, pues debe configurarse un “grave menosprecio hacia los derechos del consumidor” para que pueda ser invocado y aplicado.

¹⁰ Artículo 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

¹¹ GALDÓS, Jorge M., LORENZETTI, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VIII, p. 294.

consecuencias cuando el daño se produjo. En definitiva, se reconoce de esta forma el deber de prevención y, con ello, la función preventiva del derecho de daños¹².

De manera significativa, este deber es impuesto a las personas en general —la norma dice “toda persona tiene el deber ...”—, e involucra no solo al sujeto responsable —por ejemplo, al dueño de las cosas riesgosas o que pueden poseer vicios, o al titular de las actividades riesgosas o peligrosas, o al empresario titular de una compañía, sino a todas las personas, incluyendo también al potencial damnificado —acreedor—, a quien se impone el deber de llevar a cabo las acciones necesarias que de él dependan, para disminuir la magnitud del daño y para no agravarlo.

La referencia a “toda persona”, deja un amplio margen de discrecionalidad al juez para determinar en un caso concreto, a quién se le puede exigir alguno de los comportamientos que prevé la regla del artículo 1710 del Código e, incluso, quién puede ser sujeto pasivo de una acción preventiva.

Evidentemente, una interpretación razonable y coherente del precepto, hace que tal deber, si bien genérico y que, en principio, pesa sobre todas las personas, solo se pueda hacer efectivo de manera concreta, efectiva y exigible, en la medida que la conducta preventiva se encuentre en la “esfera de control”¹³ del agente en cuestión. Es que solo se puede exigir tal accionar a quien jurídicamente puede y debe —o debió— prever las potenciales consecuencias dañosas de no obrar preventivamente.

Se trata de “la exigencia de actuar mediante la adopción de medidas razonables, conforme a la buena fe y a las circunstancias del caso, mediando la posibilidad de hacerlo”¹⁴.

Algunos ejemplos posibles vinculados con la materia concursal —y societaria— pueden resultar de ayuda para avanzar en el camino que fue propuesto al comienzo.

Concretamente, podría quedar alcanzado por el deber de prevención, el caso de los accionistas que, ante la insolvencia de la sociedad o la pérdida de capital social no toman medidas adecuadas y oportunas a fin de intentar reparar esa deficitaria situación o

¹² La función preventiva reconoce también algún antecedente, aunque más acotado, en el supuesto del daño temido del artículo 2.499 del Código Civil (derogado), en la ley 17.418 de Contrato de Seguro, en la ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en la ley 24.457 de Riesgos del Trabajo, en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en la ley General de Medio Ambiente que lleva el número 25.675 y en normas relacionadas con la manipulación, tratamiento y disposición final de residuos industriales, peligrosos o no, tanto en el orden nacional como provincial.

¹³ ALTERINI, Juan M., *Funciones de la Responsabilidad Civil – Prevenir y Resarcir*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters – La Ley, 2017, p. 111.

¹⁴ OSSOLA, F., *op cit.*, p. 175.

para recomponer el capital perdido¹⁵, o si el concurso no es abierto mientras la empresa aún es viable y es posible el cumplimiento de su objeto social¹⁶, agravando la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, y generando a causa de ello, un mayor perjuicio para los acreedores que no habría ocurrido en caso de una reacción —presentación— concursal oportuna.

Visto desde la potencial víctima, también la violación del deber de prevención del daño, podría tener lugar, si un banco otorga un crédito sin efectuar un análisis acabado y profesional del futuro deudor para determinar la solvencia y capacidad de pago del mismo, entre tantos otros casos posibles.

Lo cierto es que, como todo deber, impone a su destinatario —por ejemplo, el dueño o guardián de la cosa riesgosa o de la actividad peligrosa o riesgosa, o al socio o administrador de una organización empresarial— el despliegue de un accionar que puede consistir en un hacer o en un no hacer —acción u omisión—, dirigido a prevenir que se cause un daño injustificado¹⁷, pues solo éste califica jurídicamente para ser evitado, disminuido o mitigado en cuenta a sus consecuencias.

Del texto legal bajo estudio, se deduce que el modo de actuar de un sujeto —legitimado pasivo— puede consistir en realizar actos *de comisión* —realización de un acto positivo—, actos *de omisión puros* —mera abstención— y *de comisión por omisión*, o sea, cuando “el agente realiza positivamente el hecho prohibido y la omisión sólo concierne a los medios empleados (o, lo que es lo mismo, a las diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación incumplida...)”¹⁸. En materia preventiva, este último caso se verificaría si el sujeto no toma las medidas necesarias —se abstiene— para evitar que el daño finalmente se produzca.

En resumidas cuentas, el resultado dañoso se alcanza como consecuencia de un “no hacer” lo debido, de acuerdo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Como se puede advertir, el Código insta el deber de prevención persiguiendo como fin principal que el daño injusto no se produzca, “si nos resulta posible evitarlo”¹⁹.

¹⁵ RICHARD, Efraín H., *Metodología sobre abusividad de las propuestas en concurso de sociedades*, p. 11, (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, web: www.acader.unc.edu.ar, Fecha de captura: 15/04/2018).

¹⁶ RICHARD, Efraín H., *Insolvencia Societaria*, Buenos Aires, Ed. LexisNexis, 2007, p. 96.

¹⁷ El Código Civil y Comercial incluye en el artículo 1718 como supuestos de daño justificado a la legítima defensa, al estado de necesidad y al ejercicio regular de un derecho.

¹⁸ ORGAZ, Alfredo, *La culpa*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1970, p. 99.

¹⁹ ALTERINI, Juan M., *op. cit.*, p. 53.

Para ello, exige en primer lugar, que precisamente se lo evite, tomando las medidas que se encuentren razonablemente a cargo del sujeto sobre el que pesa dicho deber.

Pero no se agota allí, pues también se desprende de la norma el deber de adoptar de buena tales medidas, pero a fin de *disminuir la magnitud* del daño o para *no agravar* el daño ya producido —mitigar—, supuesto que no solo está dirigido al autor material o al responsable del daño, sino que también puede involucrar a la víctima o a terceros²⁰, que por su situación en relación al evento dañoso, se encuentren en condiciones de desplegar acciones útiles y razonablemente exigibles para evitar el agravamiento o nuevos daños²¹.

4. Otro dato a tener presente, es que esta función preventiva, encuentra su fundamento principal en el principio de buena fe (artículo 9º, Código Civil y Comercial), que obliga a las personas a obrar con “lealtad y rectitud”²², como así también, en el deber jurídico —también genérico— de no dañar a otro —*alterum non laedere*— que impone el artículo 19 de la Constitución de la Nación y el artículo 1716 del Código Civil y Comercial.

Todo apuntalado por el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado” consagrado en el artículo 1º del Código antes citado, que se complementa con el contenido de los artículos 2º y 3º, que dan un marco sustancial para la interpretación del derecho aplicable al caso²³.

Precisamente, la buena fe representa el fundamento del *deber de prevención*, constituyendo la *previsibilidad* del daño —entendida esta última como la posibilidad de advertir anticipadamente lo que razonablemente puede ocurrir si tal o cual evento se produce o no, y sus consecuencias— “el parámetro objetivo de análisis [es decir] la vara

²⁰ FIORENZA, Alejandro A., “El deber de prevenir el daño. Análisis del art. 1710 del Código Civil y Comercial”, *Diario El Derecho* del 24/05/2018, p. 5. El autor también ha admitido la posibilidad que en esta situación puedan encontrarse no solo al autor del daño, sino también a la víctima —acreedor— y terceros, “aunque en tal caso el agravamiento lo sería para la víctima, porque en realidad para el alcanzado por el deber no se trataría de impedir el agravamiento, sino, directamente, de evitar causar un daño, por cuanto resulta ajeno al daño ya sufrido”.

²¹ Por ejemplo, si en un centro comercial, un tercero dueño o locador de un local lindero a otro donde se produce un incendio, cuenta en su negocio con un matafuego, cuya oportuna utilización podría haber disminuido los efectos del daño causado por dicho siniestro.

²² RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis D., *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 2016, p.190.

²³ ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado exegético*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters – La Ley, 2016, T. VIII, p. 5. Esta decisión legislativa también fue propugnada por las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en el año 2011, donde la mayoría de la Comisión n° 3 sostuvo que “la función preventiva es prioritaria en el Derecho de daños”.

con la que se mide la conducta del sujeto para determinar si debía desplegar medida de naturaleza anticipatoria”²⁴.

No obstante, este deber solo es nuevo en cuanto norma genérica expresa incorporada al derecho positivo, pues antes se derivaba implícitamente del artículo 19 de la Constitución que fuera citado antes, que ordena hacer lo que manda la ley, y lo que esta manda es “no dañar a otro” —*alterum non laedere*—, resultado que se obtiene, principalmente, a través de una conducta preventiva de ese daño, dado que es obvio que aquel deber consagrado expresamente en el ya citado artículo 1716 del Código como uno de los presupuestos sustanciales —conjuntamente con el incumplimiento obligacional— de la obligación de resarcir, se alcanza en su mayor expresión previniendo la producción del daño antijurídico (injustificado).

De esta manera, buena fe, prevención y el deber de no dañar a otro, representan principios-valores jurídicos universales y, como tales, fundamentales, que conforman un todo inescindible que opera en tándem dentro del marco que brinda el ordenamiento jurídico en general.

Claro está, que la exigencia de prevención se debe considerar teniendo en cuenta la previsibilidad que se puede esperar de un sujeto, pues carece de todo sentido pretender de alguien aquello que no se encuentra bajo su dominio —control— y posibilidades lógicas de prever y de actuar, como ya fue expresado en este ensayo.

Precisamente, este es el sentido que se debe dar al texto legal cuando dice que la persona tiene el deber de prevención “en cuanto de ella dependa”.

En síntesis, se deben considerar las posibilidades ciertas de la persona para actuar, que resulten, insisto, razonables y que no sean fruto de una pura especulación que carezca de un fundado motivo que permita poner en marcha los mecanismos legales para hacer efectiva la función preventiva.

Adquiere importancia para determinar cuándo tal deber preventivo puede ser impuesto a un agente determinado, la regla del artículo 1725 del Código citado, aunque en este caso utilizada en sentido inverso, es decir, que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible en la prevención de eventuales daños.

5. Para terminar con este punto, coincido con Ossola²⁵ cuando señala que, si bien no es necesario causar un daño efectivo para activar la función preventiva, sí lo es, que

²⁴ UBIRÍA, Fernando A., *op. cit.*, p. 54.

se presente una acción u omisión antijurídica que visibilice a partir de un análisis razonable la posible ocurrencia de un daño, su continuación o agravamiento.

La norma del artículo 1711 del Código al referirse a la *acción preventiva*, fija como presupuesto de admisibilidad de esta particular tutela sustancial inhibitoria que persigue evitar el daño o hacerlo cesar o mitigarlo, que se de una “acción u omisión antijurídica” que haga previsible la ocurrencia de un daño, su continuación o agravamiento.

Esta antijuridicidad va a adquirir una fisonomía distinta según el supuesto de que se trate. Así, en el caso del inciso a) —y b), cuando habla de “evitar”— del artículo 1.710, la antijuridicidad va a estar dada por la potencialidad dañosa no justificada de la conducta; mientras que en el caso de los incisos b) y c) donde lo que se busca es disminuir la magnitud, o no agravar el daño ya producido, la antijuridicidad se ha materializado a partir de la generación previa de un daño injusto o de su agravamiento (artículo 1717 del Código Civil y Comercial)²⁶.

III. La función preventiva del daño y su relación con la propuesta de acuerdo o su mejora. La buena fe y el ejercicio regular de los derechos concursales como límite de la licitud

1. Luego de esta breve introducción sobre la función preventiva, toca ahora establecer si existe alguna conexión entre ésta y el comportamiento exigible o esperado del deudor concursal a la hora de elaborar la propuesta de acuerdo preventivo o su mejora, en caso que esta fuera requerida ante un cuestionamiento de la primera.

Inicio este punto destacando algo sustancial que se debe tener presente todo el tiempo para analizar este tema.

Si bien el pedido de concurso preventivo o, incluso, de la propia quiebra, representan una potestad otorgada al deudor por la ley que importa el ejercicio regular de un derecho propio, cierto es que su trámite, en ambos casos, provoca daños ciertos, actuales y también futuros —en muchos casos— a los acreedores —damnificados directos— y, eventualmente, también a terceros —damnificados indirectos—.

²⁵ OSSOLA, Federico A., *op. cit.*, p. 60.

²⁶ MARCOS, Fernando J., “Derecho de daños, prevención y responsabilidad societaria. Su razonable integración normativa”, publicado en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ricardo A. Nissen (dir.), Buenos Aires, Ed. FIDAS, Año 18-2017-3, pp. 21-52). Para ampliar sobre este tema, me remito a este trabajo donde se tratan además, otros aspectos vinculados a la prevención del daño relacionados con el derecho societario que impactan en el derecho concursal.

Esto es así, porque según fue adelantado en el capítulo I-2, el concurso suspende el pago de los créditos alcanzados por el proceso concursal, suspende el curso y exigibilidad de sus intereses, se deben soportar otras condiciones de pago — quitas, esperas, reducción de tasas de interés— si el acuerdo preventivo se homologa, entre otras “aflicciones” que la masa pasiva debe tolerar para que el causante del “daño” —el deudor concursado— pueda superar su crisis patrimonial que, en general, es en gran medida provocada por su propia negligencia a la hora de administrar sus negocios y patrimonio, tal como lo demuestran la gran mayoría de los casos.

No olvidemos que, tal como lo señaló en su momento Tonon, “se presume que los acreedores deben soportar alguna pérdida” [dado que] el juicio concursal es en última instancia un medio para distribuir las pérdidas entre los acreedores”²⁷. Por esta razón, es de suma importancia tratar que ese perjuicio patrimonial que inexorablemente deben soportar, impacte solo en lo que resulte necesario para permitir al deudor sortear el estado de cesación de pagos.

Este objetivo dirigido a mitigar el daños que los acreedores deben tolerar a causa del ejercicio regular del derecho del concursado —especialmente los que no votaron la propuesta—, es absolutamente razonable y exige al concursado que justifique económicamente los términos y alcances de la propuesta —o de su mejora (tercera vía)—, para poder evaluar si esta es consecuencia del ejercicio regular de los derechos que la legislación concursal le acuerda, o si abusiva, y evitar así, “el enriquecimiento injustificado de la concursada en detrimento de sus acreedores”²⁸.

Para ello, no encuentro un obstáculo en la ausencia de una norma específica que obligue al concursado a tener que brindar explicaciones sobre los extremos antes apuntados ante un pedido expreso —del juez, de la sindicatura o de los acreedores—, requerimiento que podría ser efectuado desde que se conoce la propuesta, e incluso, en el marco de la audiencia informativa si esta se lleva a cabo, o en oportunidad de proponerse su mejora, cuando esto suceda, pues ello hace al *derecho de informarse* que, en particular, tiene todo acreedor concursal, como paso previo para poder ejercer plena y oportunamente sus derechos en el proceso.

Lo expuesto persigue buscar el éxito del concurso, pero con el menor sacrificio posible para los acreedores —todos—, quienes desde la perspectiva del Derecho de daños son los principales damnificados por la insolvencia que afecta al deudor.

²⁷ TONON, Antonio, *Derecho Concursal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1992, T. I., pp. 28-29.

²⁸ RICHARD, E. H., *Metodología sobre abusividad ...*, p. 7.

2. También en la quiebra, mientras el concursado, persona humana o jurídica, o sus administradores, representantes, mandatarios o terceros, no hubieren causado o agravado la insolvencia en forma dolosa (artículo 173, ley 24.522 y artículo 1724, Código Civil y Comercial), parte del daño derivado de esa insolvencia va a ser afrontado por los acreedores, en la medida que no se transgreda el límite que representa el ejercicio regular de un derecho, particularmente luego de su declaración, etapa donde la limitación del *factor dolo* no aplica.

Esto no es un tema para nada menor, porque el ejercicio regular de los derechos concursales, transforma a ese menoscabo patrimonial y extrapatrimonial —cuando este se presente— en un *daño justificado*, calidad jurídica que lo hace no resarcible (artículos 10 y 1718 inc. a, ambos del Código Civil y Comercial).

Nótese que hice mención a “parte del daño”, porque conforme lo dispone el artículo 142 de la ley 24.522, “la quiebra no da derecho a terceros a al resarcimiento de daños por aplicación de esta ley”, léase, derivados de la sentencia misma²⁹, criterio que se hace extensivo al concurso preventivo, en la medida que el deudor se comporte y ajuste su conducta a la ley —insisto— y no cometa fraude o abuso en su presentación, o durante el trámite del proceso, como por ejemplo, al proponer un acuerdo a sus acreedores, o su eventual mejora (tercera vía).

3. Estos conceptos previos que he presentado para analizar los alcances de esta función preventiva del Derecho de daños en materia concursal —que también involucra a la societaria cuando la deudora es una sociedad—, hacen que me pregunte, si este *tándem* integrado por la buena fe, el ejercicio regular de los derechos, el deber jurídico de no dañar y el deber genérico de prevención la función, influyen o no en la formulación de la propuesta de acuerdo a los acreedores o en su mejora y, en su caso, cómo debe ser considerado e interpretado.

Principalmente despertó mi interés en el tema, lo que viene sucediendo en algunos procesos concursales donde se abrió la denominada “tercera vía” frente al

²⁹ DASSO, Ariel A., *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2000, T. II, pp. 758-9. El autor aclara que, “la indemnidad comprende a eventuales daños que fueren consecuencia de la sentencia de quiebra, y no a los generados en ocasión y en el curso del procedimiento de quiebra, cuyas consecuencias afectan la responsabilidad del concurso proyectada por hechos de órganos o funcionarios del mismo (art. 240, L.C.Q.)”.

rechazo de la homologación del acuerdo por considerar abusivas las propuestas en los términos del artículo 52 inc. 4º de la ley 24.522.

En varios de estos casos se pasó de ofrecimientos paupérrimos o groseramente abusivos, a otros sustancialmente más favorables, en un breve lapso de tiempo y sin que hubiese mediado explicación —ni pedidos de explicación por ninguno de los sujetos procesales—, o cambio de situación económico-financiera del deudor afectado que justifique tan repentino cambio de rumbo en la propuesta, estado de cosas que dejó entrever, un verdadero afán especulativo por parte de los deudores interesados en homologar el acuerdo, además de un evidente y manifestó desinterés por los derechos e intereses de los acreedores concursales.

Me explico. Si bien el deudor concursado, como cualquier persona, tiene el derecho de negociar las mejores condiciones con sus acreedores para superar la cesación de pagos y conservar la actividad de la empresa, no es inmune a las consecuencias derivadas de su mala fe, ni de su obrar doloso —considerado éste bajo la actual dimensión que brinda el artículo 1724 del Código Civil y Comercial que incluye tanto al dolo directo como al indirecto— e, incluso, de la transgresión inexcusable a su deber de diligencia profesional en la administración de los negocios.

Tampoco lo es, si su proceder como concursado no representa un ejercicio regular de los derechos que le otorga la ley 24.522, pues si se configura una conducta abusiva, ese obrar se transforma en ilícito (artículo 10º, Código Civil y Comercial) y, por lo tanto, en injustificado y resarcible.

Ciertamente quedan también comprendidos en esta situación los administradores y representantes de las sociedades, cuando sean estas las cesantes, dado que son estos sujetos quienes integran el órgano de administración y actúan por la corporación, por lo que la voluntad de estos últimos representa jurídicamente “la voluntad del ente”³⁰.

4. Ahora bien, ¿de qué manera puede influir el deber de prevención del daño al formular la propuesta?

Como lo señalé antes, si bien los acreedores deben soportar un cierto margen de daño —que en la quiebra puede llegar a ser total si la pérdida es de la totalidad de su crédito—, en el concurso preventivo, especialmente ante la consagración legislativa de la función preventiva que motiva este trabajo, me atrevo a afirmar que ese “daño” tiene un

³⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, Vol. I, p. 629.

límite que, en mi opinión, está dado por el mejor esfuerzo que, posible y razonablemente puede y, por lo tanto, debe hacer el concursado al ofrecer las condiciones concordatarias, lo que deberá justificar debidamente.

Solo así se puede predicar de ese daño es jurídicamente “justificado”, porque éste sería consecuencia de un obrar de buena fe y del ejercicio regular de sus derechos concursales por parte del deudor (artículo 1718, inc. a, Código Civil y Comercial).

Es que, la superación de la cesación de pagos y la conservación de la empresa — que no es un dogma, aunque a veces así se lo presente—, no puede ser lograda cargando abusivamente las pérdidas sobre los acreedores, pues si esta es la única salida para el concursado, su propuesta —en realidad— va a ser un indicador que dejara expuesto que se trata de una organización empresarial que no se encuentra, ni siquiera, en condiciones mínimas para poder continuar su actividad —sería inviable— y que deber quebrar sin más, para no alargar innecesariamente la agonía e incrementar los perjuicios para la masa.

Es que si bien es verdad —en parte— que la quiebra puede causar mayores perjuicios a los acreedores, también lo es, que aprobar cualquier propuesta de acuerdo que, en definitiva, termine licuando los pasivos con el correr del tiempo, hace que lo recibido en pago por los créditos concursales termine representando *la nada misma*, particularmente cuando se trata de economías como la de Argentina, periódicamente afectada por procesos inflacionarios y devaluatorios de la moneda de curso legal.

Esta es la idea base que, entiendo, guía el concepto de “propuesta abusiva” del artículo 52, inciso 4º, de la ley 24.522 en este punto.

5. Ahora bien, volviendo sobre la prevención del daño, este deber legal, indudablemente obliga al concursado a *disminuir la magnitud* y *a no agravar* el daño (justificado) ya causado por el concurso preventivo en el patrimonio de los acreedores, perjuicios que estos deben soportar estoicamente, sin otro derecho que aquel que deriva del acuerdo que a la postre se llegue a homologar novando las deudas (artículo 55, ley 24.522).

No hablo de evitar causar todo daño o de tomar medidas para evitar que se produzca, porque como se ha visto antes, la sola presentación en concurso preventivo y la declaración de quiebra, en su caso, causan inevitablemente daño a los acreedores, voluntarios o involuntarios.

De ello se sigue que, cobran fundamental relevancia en el marco de la función preventiva, aquellos deberes que imponen —en el *sub examine*— al concursado, en cuanto de él dependa, un comportamiento dirigido a disminuir la magnitud o a no agravar el daño ya producido (artículo 1710 del Código Civil y Comercial) a la masa de acreedores a causa del estado de cesación de pagos —insolvencia— que se presenta como transitoria —al menos eso se espera— en el concurso preventivo.

Sucede que el deudor que no obra de buena fe y trata de disminuir las consecuencias del daño ya producido o que se está ocasionando, mitigando de esta forma sus perjudiciales consecuencias, viola nuevamente el deber de no dañar a otro —*alterum non laedere*³¹—, pero esta vez sin justificación, porque su negligencia posterior a la presentación del concurso no está cubierta por los beneficios que el ordenamiento legal le brinda para ayudarlo a superar la crisis.

Por el contrario, tales ventajas legales, deben obligarlo a ser extremadamente diligente (artículo 1725, Código Civil y Comercial), fundamentalmente, ante sus acreedores.

6. Frente a esto y, básicamente tomando como punto de partida el deber de obrar con buena fe —buena fe creencia y buena fe lealtad— que impone el ordenamiento jurídico a las personas para evitar causar daño a otro —o para no agravar el ya cuando—, se puede sostener válidamente que el concursado está obligado cuando efectúa propuestas de acuerdo o su eventual mejora, a presentar aquellas que representen razonablemente su mejor y posible esfuerzo de pago, para que de esa forma el daño patrimonial provocado a los acreedores a causa de su presentación en concurso, disminuya o, por lo menos, no se agrave como consecuencia de condiciones de pago más gravosas para sus beneficiarios (mitigarlo).

De no ser así, una vez probada la ilicitud de su proceder derivada de la propuesta abusiva —por ejemplo—, esto puede repercutir en la responsabilidad de los administradores y representantes de las sociedades concursadas, quienes al igual que la sociedad concursada, ya no se encontrarían amparados por la indemnidad que fija el artículo 142 de la ley 24.522 o por el daño justificado que se deriva del ejercicio regular del derecho que una persona —sociedad, corporación, empresa— insolvente tiene para solicitar la formación de su concurso preventivo, pues el agravamiento del daño no sería causa directa de la apertura del concurso, sino de su obrar post concursal violatorio de la

³¹ UBIRÍA, F. A., *op. cit.*, p. 66.

ley (artículo 9 y 1710, Código Civil y Comercial) que le mandan obrar con buena fe y desplegando una accionar preventivo para evitar, disminuir o no agravar dicho daño.

Evidentemente, un administrador que no proceda de esta forma al negociar el acuerdo preventivo, no superará el estándar del obrar diligente del buen hombre de negocios que prevé el artículo 59 de la ley 19.550, por lo que se activará su responsabilidad personal y solidaria por los daños cuados.

Todo esto, sin olvidar lo dispuesto por el artículo 274 de la Ley General de Sociedades para los directores de las sociedades por acciones, aplicable a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo normado por el artículo 157 de la ley antes mencionada.

IV. Algunas consideraciones finales

1. Finalizando ya con estas preliminares reflexiones sobre tan interesante tópico, admito que ver a la propuesta de acuerdo y su negociación desde este particular punto de vista, puede parecer poco ortodoxo e inquietante, particularmente para aquellos que creen que la suerte del concurso debe quedar solo en manos de la pura decisión de los acreedores —versión originaria de la ley 24.522— y con un juez que tenga poca o mínima injerencia a la hora de decidir sobre la suerte del acuerdo.

La cuestión que se viene analizando, adquiere una mayor complejidad cuando nos encontramos en terrenos de la “tercera vía”³² a la que ya he aludido, figura pretoriana en la que se suelen presentar conductas abusivas, caracterizadas por una real especulación que, no se compadecen con un obrar de buena fe, y que lejos están de dar cumplimiento con el deber de prevenir, de disminuir o de no agravar, según corresponda, el daño que vienen soportando los acreedores.

A través de este particularísimo trámite, que sin duda tiene utilidad práctica para evitar la quiebra indirecta en caso de darse un supuesto de abuso (artículo 52, inciso 4º, ley 24.522), se suele configurar un claro supuesto de abuso del proceso concursal, donde surgen sucesivas mejoras hasta que una “pasa” y es homologada, sin que se dé una mínima explicación y, menos aún, la presentación de un plan, el cual tampoco exige la ley en forma expresamente. Y todo ello, agravando el daño de los acreedores, quienes deben soportar en muchas ocasiones excesivas demoras innecesarias.

³² CSJ de Mendoza, 24/6/2003, “Argenfruit S.A. en Pedro López e Hijos SACIA s/ Conc. s/ Inc. Cas.”; CSJN, 15/03/2007, “Arcángel Maggio s/ Concurso preventivo s/ Incidente de impugnación de acuerdo preventivo”, Fallos: 330:834; entre otros.

Se apela también a la conservación de la empresa, sin evaluar si existe “actividad o potencial efectivo y evidente para el giro”³³, o sea, una organización empresarial potencialmente viable —más allá de las dificultades que presenta establecer esa viabilidad—, a pesar que solo en este caso la empresa merece la efectiva tutela por parte del ordenamiento jurídico.

2. En fin, las posibilidades y variantes que se podrían abordar son muchas, por lo que este trabajo solo podrá servir para comenzar a estudiar cada vez con más cuidado y profundidad esta realidad legislativa que es el *deber genérico de prevención del daño*, incorporado a nuestro sistema legal de manera contundente, el cual, como pudimos ir advirtiendo en algunos pasajes previos, impacta en todos los casos donde pueda existir la potencial generación de un *daño injustificado*, o su disminución o no agravamiento, cuando ello fuera razonablemente posible.

Como señalé en otra oportunidad, este deber genérico vino para quedarse y exige que no se ignore su aplicación y alcances, también en materia concursal y societaria.

Precisamente, por las características y contexto en el que se desenvuelve la actividad de las empresas, con independencia que el empresario se encuentre *in bonis* o en crisis, entiendo aconsejable que tal estudio se encare desde estas áreas específicas, para evitar que el mentado “ensanchamiento” de la responsabilidad, propugnado principalmente desde sanción del Código Civil y Comercial y de la instalación de la constitucionalización del derecho privado, pueda llevar a conclusiones y soluciones que se desentiendan de esa realidad empresarial, fundamentalmente dinámica y con riesgos propios que no se pueden ignorar al evaluar los alcances de la responsabilidad y deberes a cargo de sus operadores, sin afectar el normal y legítimo desarrollo de la actividad económica.

En cuanto a la influencia de la función preventiva que se viene tratando en los casos presentados en este ensayo —propuesta de acuerdo o su mejora—, considero que es clara, aunque ello no significa que la delimitación del deber de prevención del daño frente a tales supuestos sea sencilla y pueda resumirse en unas pocas respuesta. Será el caso concreto, como siempre, el que va a marcar la cancha.

Insisto, nos encontramos en una etapa inicial donde los nuevos parámetros incorporados a nuestro ordenamiento por el Código unificado en el campo del derecho de

³³ VAISER, Lidia, *El abuso del derecho en los procesos concursales*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2008, p 44.

daños, que no son para nada menores, deben ser confrontados con las reglas especiales que rigen la responsabilidad en el derecho societario y en el derecho concursal.

Todavía existe un camino parcialmente nuevo y amplio por recorrer, que en alguna medida se ve reflejado en el Anteproyecto de reforma de la Ley General de Sociedades (ley 19.550), elaborado por la Comisión designada por decreto DPP 58/18 del Honorable Senado de la Nación³⁴ que, entre las normas proyectadas, incorpora una relacionada con la “responsabilidad por el resultado de los negocios” (artículo 59 *quinquies*), que establece pautas cualitativas a tener presentes para evaluar cuando los administradores pueden ser eventualmente responsables por el resultado de tales negocios en los que participaron, exigiendo para que el deber de responder se active, que se obre “con mala fe, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar la información disponible sobre la materia objeto de la respectiva resolución”, previo aclarar que el factor de atribución aplicable nunca será objetiva en ningún ámbito (artículo 59, *quater*).

Estos criterios que he mencionado, para nada nuevos dado que vienen siendo analizados por la doctrina especializada desde hace décadas, si son recibidos en una futura reforma legal, importarán el reconocimiento del verdadero contexto donde se desenvuelven los negocios corporativos y toda la actividad económica en general, que de ninguna manera buscan eludir la responsabilidad, sino ajustarla a su verdadera y justa dimensión. Al menos, así lo entiendo.

Extrapolar estos conceptos para estudiar los alcances de la función preventiva, puede ser muy útil para determinar cuándo es exigible el deber preventivo al concursado —o a sus administradores o representantes—, para evitar el daño injustificado, disminuir su magnitud o no agravar el que ya se ha producido, y puntualmente, al elaborar la propuesta de acuerdo preventivo —o su posible mejora—, entre otros tantos supuestos donde la función preventiva puede hacerse operativa, tal como fue señalado.

Además de la *mala fe* que no exige demasiados esfuerzos para responsabilizar a su autor por los perjuicios que de tal proceder se derivan, tienen singular importancia para el análisis que da origen a estas líneas, además de criterios clásicos como la *diligencia y la lealtad del buen hombre de negocios* —que mantiene el Anteproyecto referido—, la *diligencia profesional exigible* y la *información disponible* sobre la materia

³⁴ http://societariosario2019.com.ar/Proyecto_de_Ley_General_de_Sociedades_10-6.pdf

objeto de la respectiva resolución, lo que guardan directa relación con el *deber de previsibilidad* que impone el obrar de buena fe.

Tal conclusión sobre este último punto es inevitable, porque no se puede exigir a un sujeto que actúen con un temperamento preventivo, o que repare un daño o, incluso, que deba soportar una sanción pecuniaria —función punitiva—, cuando los hechos y circunstancias que causaron el daño —o que pueden producirlo— no pueden ser razonablemente previstas por él, ni por persona alguna que se encuentre en su misma situación y contexto.
