

Sociedad Anónima. Administración. Directorio. Acción de responsabilidad. Gestión que agravó las dificultades económicas de la sociedad e impidió su superación. Indemnización en concepto de pérdida de chance *

Hechos:

Una sociedad anónima promovió acción de responsabilidad en los términos del art. 276 de la ley 19550 contra su ex director, reclamando la indemnización del perjuicio generado por éste a raíz del incumplimiento de sus deberes. El a quo admitió parcialmente la demanda y la Cámara confirmó la decisión recurrida en lo principal.

Doctrina:

1) *Es procedente la acción de responsabilidad en los términos del art. 276 de la ley 19550 (t. o. 1984) (Adla, XLIV-B, 119) iniciada por una sociedad anónima contra su ex director, pues la gestión de éste influyó en la crisis final de la ac-*

tora que desembocó en su quiebra, ya que agravó sus dificultades económicas e impidió su superación.

2) *Debe admitirse la acción de responsabilidad en los términos del art. 276 de la ley 19550 (t. o. 1984) (Adla, XLIV-B, 119) que interpuso una sociedad anónima contra su ex director y condenarse a éste al pago de una indemnización por pérdida de "chance", pues el posible contrato que la accionante iba a firmar con una empresa del extranjero no pudo perfeccionarse por las interferencias que las negociaciones precontractuales sufrieron por la gestión en interés personal realizada por el demandado, frustrando la posibilidad de obtener ganancias.*

*Publicado en *La Ley* del 6/12/2004, fallo 108.050.

El hecho dañoso: Frustración de la posibilidad de obtener ganancias por el obrar desleal del director de la sociedad anónima accionante. Cámara Nacional Comercial, Sala D, mayo 10 de 2004. Autos: “Establecimientos Metalúrgicos Crespo S. A. c. Carlisi, Ángel”.

Daño patrimonial:
Chance \$1.082.762, 80

2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 10 de 2004.

El doctor *Cuartero* dijo:

1. La sentencia definitiva de primera instancia dictada en fs. 1317 admitió parcialmente la demanda de autos, en la cual Establecimientos Metalúrgicos Crespo SA había deducido acción social de responsabilidad contra su ex director, Ángel Carlisi.

De ese acto jurisdiccional apeló el demandado, cuya expresión de agravios obra en fs. 1404 y fue contestada en fs. 1424 por el síndico de la quiebra de la demandante —funcionario que continuó la acción iniciada por la sociedad cuando ésta se hallaba *in bonis*—.

En fs. 1440 fue oída la señora Fiscal de Cámara, quien opinó que el referido recurso no debería prosperar.

2. En ese dictamen, el Ministerio Público examinó detenidamente los antecedentes del caso y analizó y valoró fundadamente los nueve agravios expresados por el recurrente.

En general —y salvo respecto de la opinión vertida sobre el último de los agravios—, comparto plenamente las consideraciones, y sus fundamentos, expuestos en ese dictamen, los cuales me permito hacer míos; ello sería suficiente para confirmar la sentencia apelada, en la mayor parte de todo cuanto juzgó y decidió.

Sin embargo, he de dar algún contenido propio a esta ponencia y he de exponer mi juicio respecto del último agravio de Carlisi.

3. a) Juzgo que, contrariamente a lo argumentado por el recurrente en su primer agravio, la sentencia en revisión no le imputó “dogmáticamente” haber frustrado las negociaciones precontractuales habidas entre la actora y York International: todo lo contrario, esa imputación fue detenidamente fundada en, cuanto menos, los considerandos 3º (fs. 1332) y 4º (fs. 1334); la sola extensión de esas consideraciones aventa toda posibilidad de dogmatismo en el juicio.

De otro lado, ese juicio sobre los efectos de la desleal gestión del director en funciones para con la sociedad cuyo directorio integraba, no ignoró las dificultades comerciales y financieras por las que atravesaba la demandante, ni aquel juicio entró en contradicción con los vertidos respecto de estas dificultades: fueron advertidos, considerados y compatibilizados ambos elementos.

De tal modo, en la crisis final de la empresa —que desembocó en la quiebra de la accionante— influyeron ambos factores, y no es dudoso que el segundo de

ellos –la gestión del director– agravó aquellas dificultades o impidió su superación (nótese que en esto segundo también aparece la idea de la pérdida de chance por la que fue responsabilizado Carlisi: un director eficiente y leal podría haber colaborado en la superación de esas dificultades; descontada la evidente eficiencia de Carlisi en el mercado del aire acondicionado, la conclusión que se sigue de lo actuado no es dogmática, sino del todo obvia).

3. b) De cierto viaje realizado por el demandado a los Estados Unidos para entrevistarse con personal jerárquico de York International, la sentencia extrajo la presunción de que esa gestión no pudo ser otra que la celebración de un contrato en favor de Carlisi, y no de la empresa cuyo directorio integraba el viajero.

Así expuesta –como fue presentada por el recurrente en el segundo de sus agravios–, la presunción parece un tanto apresurada y bastante infundada; mas lo dicho por la sentencia es mucho más amplio que lo que resulta de esa exposición.

En efecto: Carlisi explicó que su viaje tuvo por objeto informar a las autoridades de York International su desvinculación de la actora; al respecto cabe señalar que (a) por ese entonces, la desvinculación no se había producido y (b) el viaje fue innecesario para efectuar tal comunicación. Ello motiva que la explicación del demandado no sea creíble.

Entonces –y a falta de explicación mejor– sólo puede pensarse, razonablemente y según el común acontecer de las cosas, que ese viaje tuvo por finalidad la preparación del contrato que efectivamente luego formalizaron Carlisi –o una de sus sociedades– y York International.

3. c) En su tercer agravio, el defendido criticó que la sentencia hubiese omitido valorar cierta prueba producida en el extranjero –o que la hubiese valorado parcial e insuficientemente–.

Concretamente, el apelante recordó que York International ofreció a la actora un contrato igual al ofrecido y aceptado por Arcoaire SA; esos ofrecimientos fueron rechazados por Establecimientos Metalúrgicos Crespo SA, de modo que –sostiene el accionado– ella misma frustró su propia chance.

Empero, la actora no ha responsabilizado a Carlisi –desde luego– por la pérdida de esa chance, sino por la que tenía en razón de gestiones anteriores, realizadas en condiciones distintas y con alcances diferentes de los ofrecidos a Arcoaire SA.

Sobre el punto, en fs. 1443 vta., la señora Fiscal de Cámara demuestra la “diferencia ostensible” entre el contrato que estaban preparando la actora y York International –frustrado por la gestión desleal de su director– y el que posteriormente ésta ofreció a aquélla –que no fue aceptado por la demandante–; remito y –una vez más– hago mías esas consideraciones del Ministerio Público, a las que nada tengo que agregar.

También en su tercer agravio –y a modo de síntesis de lo antes expuesto–, el accionado parece negar que en el caso hubiese existido una pérdida de chance indemnizable.

Sobre el punto, en fs. 1335 y en sus párrafos siguientes, la sentencia fue cla-

ra –y en esto no mereció suficiente crítica razonada y concreta por parte del apelante– en juzgar que la actora y York International se hallaban “en grado avanzado de negociaciones precontractuales” para la actividad de aquélla de importación de los productos de la empresa extranjera, negociaciones luego interferidas por la gestión del director desleal.

En eso radicó, precisamente, la pérdida de chance que tal director produjo a la entidad aquí pretensora: no frustró la ganancia que habría obtenido por un contrato perfeccionado –lucro cesante en sentido estricto–, sino la posibilidad de obtener la ganancia que habría derivado de ese contrato, cuyas tratativas previas fueron interferidas por la gestión de Carlisi en interés personal.

3. d) El cuarto agravio –como, con otras palabras, dijo la señora Fiscal de Cámara– es una variación del segundo, de modo que no merece otras consideraciones que las antes expuestas.

Se vuelve en este agravio sobre el tema de la presunción del viaje del demandado a los Estados Unidos de Norteamérica, cuando el objeto del mismo se presenta –por sus antecedentes, por el contexto en que se realizó, y por su efecto– como evidente.

3. e) Respecto del quinto agravio, puede aceptarse que en el caso no existió un vaciamiento del personal de la actora por parte del demandado, pero sí –cuanto menos– la captación por parte de éste de una persona especialmente entrenada en el exterior para operar en aire acondicionado.

Más allá de la exageración de la presentación del tema por la pretensora, lo cierto es que en alguna medida, la captación de esa persona corrobora la conducta desleal del director para con la sociedad cuyo órgano directivo integraba.

3. f) En su siguiente agravio, el recurrente cuestiona que la sentencia, luego de juzgar que al no existir contrato perfeccionado no se produjo lucro cesante, “... toma el desvío de la denominada ‘chance’ que no fue motivo de debate” (fs. 1414 vta.); seguiríase de ello –aunque no fue usado este concepto– una incongruencia entre lo reclamado por la actora y lo reconocido por la sentencia.

Más allá de la denominación del rubro pretendido, lo cierto es que los hechos expuestos en la demanda son lo suficientemente amplios como para que la cosa demandada sobre el punto pueda calificarse como indemnización de la pérdida de chance –esto es: no las que se seguirían de un contrato perfeccionado, sino las derivadas de un posible contrato cuyo perfeccionamiento quedó, en el caso, frustrado por las interferencias que las negociaciones precontractuales sufrieron por la gestión de Carlisi–.

No hubo, pues, incongruencia en la sentencia en revisión.

3. g) En el séptimo agravio se afirmó que (a) en tanto no medió contrato perfeccionado con York International y (b) dado que tampoco hubo pérdida de chance, de ello se deriva que (c) no pudo haber daño emergente.

Empero, el supuesto mencionado sub “(b)” es inexacto; luego, también es inexacta la conclusión expuesta sub “(c)” en el mismo párrafo anterior.

3. h) El octavo agravio contiene varias críticas, pero también varias omisiones.

Así, el recurrente omite examinar –y criticar– los motivos por los que la sentencia prescindió del dictamen de la perito de autos, omite referir que no dieron resultados las gestiones en procura de obtener los libros de las empresas vinculadas al propio apelante, y omite considerar que –en definitiva– la fijación del monto indemnizatorio fue hecha en ejercicio de las facultades que al órgano jurisdiccional confiere el cpr 165 *in fine*.

Ciertamente, el consultor técnico de la actora –cuyo informe fue uno de los elementos valorados por la sentencia para la determinación judicial del monto del daño– es un asesor de esa parte, del mismo modo que un apoderado judicial y –más especialmente– un letrado patrocinante son asesores de la parte a quien asisten.

Pero así como el Juez puede satisfacerse con los argumentos dados por los asesores jurídicos de una parte, también puede hacerlo con los dados por el asesor contable de una de ellas –al menos cuando, como sucedió en autos, el magistrado no halla otro elemento suficiente o adecuado en la causa y en tanto, claro, dicho magistrado explique y fundamente su decisión de tal hacer–.

En otro orden de cosas, ha sido dicho en esta ponencia que el lucro cesante se refiere a la no obtención de ganancias, en tanto que la pérdida de chance consiste en la frustración de la posibilidad de obtener ganancias.

Bien que en grado y con alcances diferentes, ambos rubros se refieren –pues, y en definitiva– a las ganancias, de modo que no es desacertado vincular la determinación del monto del segundo rubro con las ganancias cuya posibilidad de obtención quedó frustrada.

Por último –en lo que al tema se refiere– cabe recordar lo dicho arriba, en el sentido de que la fijación del monto indemnizatorio fue hecha en ejercicio de las facultades que al Juez de la causa confiere el cpr 165 *in fine*.

Reiteradamente ha dicho esta Sala que en la hipótesis de esa norma, lo que el derecho dispone –y, antes, lo que la razón impone– es que la persona probadamente dañada, pero afectada por daño de monto no comprobable, reciba alguna indemnización, de modo de que exista alguna reparación a su daño y aunque ella no se corresponda exactamente con la cuantía –ignorada y no cognoscible– de ese daño; incluso, y por lo expuesto, será sencillamente imposible determinar si la indemnización se corresponde o no con la cuantía del daño.

El órgano jurisdiccional, a quien compete la realización de tan dificultosa y delicada tarea, sólo debe cuidar, y evitar, incurrir en el extremo del exceso –de modo de apartar la posibilidad de que la indemnización constituya un rédito o ganancia para el sujeto dañado– y en el extremo del defecto –de modo de no establecer una indemnización irrisoria, que desnaturalice el sentido y alcance de la reparación debida al dañado por el sujeto responsable por tal daño–.

Entre ambos extremos, el órgano jurisdiccional ha de actuar sobre la base de una prudente discrecionalidad, y con fundamento en los elementos que ha-

lle disponibles –generalmente escasos en la circunstancia del cpr 165 *in fine*, siendo que el presente caso no escapa a la generalidad de los mismos–.

Dada la magnitud de las operaciones realizadas en su momento por la accionante, y la aceptación y penetración en el mercado de los productos de las marcas que comercializaba, el monto indemnizatorio establecido en la sentencia apelada no parece acercarse al extremo del exceso.

Por otra parte, sobre la base del cpr 265, también la Sala ha juzgado reiteradamente que para criticar concreta y razonadamente la insuficiencia o el exceso de un monto indemnizatorio, es menester exponer concreta y fundamentadamente –con remisión e indicación de los elementos probatorios producidos en el proceso, o mediante una razonada demostración argumental– el monto que hubiese procedido fijar según derecho y conforme con los hechos de la causa.

Sólo la comparación entre ese monto adecuado a las circunstancias y el criticado por exiguo o, según el caso, por elevado, revelará concretamente la denunciada exigüidad o exceso.

En su expresión de agravios, el recurrente no cumplió esa carga procesal, lo cual afecta la procedencia de su apelación.

3. i) A diferencia de los anteriores, juzgo que procede el noveno y último agravio de Carlisi.

El plenario “Uzal SA” fue revisado por esta Cámara y su doctrina legal, dejada sin efecto por el fallo dado el 25.8.03 *in re* “Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara), s/revisión de plenario” (*La Ley*, 1991-E, 404; *DJ*, 1991-2-1035; *La Ley*, 2003-E, 783; *DJ*, 2003-3-82).

Dado ser obligatoria la aplicación al caso de la nueva doctrina legal, procederá admitir este agravio del demandado.

4. Las costas de esta alzada, juzgo que deberán ser impuestas al recurrente, sustancialmente vencido en su apelación –más allá de lo dicho en el apartado 3.i) de esta ponencia, que, además, se refiere a un tema que fue controvertido en doctrina y en jurisprudencia, como lo revela el hecho de la sucesiva emisión de fallos plenarios que dieron diferentes soluciones a la cuestión–.

5. Como corolario de las precedentes consideraciones, mayormente de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal de Cámara y por los fundamentos expuestos en ese dictamen –salvo los referidos al último agravio–, propongo al acuerdo:

5. a) Desestimar los ocho primeros agravios expresados por Ángel Carlisi en fs. 1404, y admitir el noveno de ellos.

5. b) Confirmar en general la sentencia dictada en fs. 1317, y revocarla sólo en cuanto dispuso la capitalización de los intereses moratorios.

5. c) Imponer al apelante las costas generadas en esta instancia por su recurso.

Así voto.

La doctora *Díaz Cordero* adhiere al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Desestimar los ocho primeros agravios expresados por Ángel Carlisi en fs. 1404, y admitir el noveno de ellos. (b) Confirmar en general la sentencia dictada en

fs. 1317, y revocarla sólo en cuanto dispuso la capitalización de los intereses moratorios. (c) Imponer al apelante las costas de alzada por su recurso. (d) Diferir la consideración de los honorarios hasta que sean fijados los correspondientes a primera instancia. — *Felipe M. Cuartero*. — *María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero*.

Nota a fallo

Responsabilidad precontractual y responsabilidad societaria *

Por **Mariano Gagliardo**

Sumario

I. Preliminar. — II. Significación del caso comentado. — III. Indemnización de la chance vs. tratativas preliminares. — IV. Final.

I. Preliminar

La materia relativa a la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, además de configurar un asunto delicado, tiene distintas observaciones tanto en el plano de su configuración dogmática como en la práctica judicial para que su regulación resulte plenamente eficaz. Es que, en primer lugar, la gestión de la empresa dinámica y mutable por cierto, a cargo de los administradores societarios, debe ponderarse con criterios estrictamente jurídicos, siendo un logro el difícil equilibrio entre prudencia y rigor ante el acaecimiento de los conflictos societarios ¹. En segundo término, la política legislativa en el tema suele estar distante de la realidad, pues no es usual que todos los administradores estén en adecuadas condiciones patrimoniales de satisfacer íntegramente los daños irrogados a la sociedad, accionistas y terceros. Por último —y sin que signifique agotar el inventario de comentarios—, el problema de la responsabilidad —más aún en nuestros días— es relativo, pues desde antiguo se advierte que la tarea del legislador es impedir que los daños se verifiquen, mediante el establecimiento de un contralor preventivo y eficaz ². Los sonados casos “Nerón”; “Parmalat”, etc. nos eximen de comentarios.

Y en esta rápida revista, debe destacarse que las acciones sociales de responsabilidad societaria, en cualquiera de sus versiones, no son más que una aplicación reglamentada del amplio capítulo de la responsabilidad civil donde muchas veces la tecnicidad de lo societario, en concordancia con aquella disciplina, no siempre logra respuestas satisfactorias.

En otra perspectiva, los sujetos damnificados por las conductas de los di-

*Publicado en *La Ley* del 6/12/2004.

(1) Puig Brutau, José, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho Privado*, t. XLV, 1961-24.

(2) Goldschmidt, Roberto, *Problemas Jurídicos de la Sociedad Anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 37.

rectores están habilitados para accionar judicialmente según diversos cauces: acción que se deriva para la sociedad, cuyo patrimonio ha sido directamente vulnerado y la acción individual que resulta una tutela conferida a terceras personas, particularmente lesionadas.

Con relación a la acción social, su carácter proviene del daño ocasionado a la sociedad, titular originaria e incontrovertible de la acción de resarcimiento. Por ello, hablar de acción social de responsabilidad puede parecer redundante, pues la perjudicada es la sociedad. Sin embargo, prevalece esta terminología, pues dicha acción puede ser ejercida por la sociedad y otros legitimados derivados. Esta diversa legitimación indica hasta qué punto el interés o intereses sociales integran también el interés de los socios y de los acreedores.

El enunciado de la ley –art. 276, ley 19550 (t. o. 1984) (*Adla*, XLIV-B, 1319)– despeja cualquier otra interpretación: “la acción social de responsabilidad [...] corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas...”. Fórmula legal de la que deriva claramente la índole de orden público societario que se atribuye a la materia de responsabilidad de los administradores. Calificativo aquel que obsta a la validez de cláusulas estatutarias que de manera anticipada excluyan o limiten la responsabilidad de los directores por dolo o culpa grave (art. 274, ley cit.). Una segunda nota derivada del precepto citado es que la acción, en modo alguno, se asigna a “socios mayoritarios” o bien representativos del capital social.

La jurisprudencia comercial de la Capital Federal, en una sentencia breve, clara y docente, decidió que la sociedad no puede en ningún caso promover la acción social de responsabilidad contra los directores sin previa resolución de la asamblea ordinaria de accionistas, quien debe exteriorizar inequívocamente cuál es la voluntad del citado órgano respecto de cada uno de los asuntos sobre los cuales se ha deliberado ³.

Es que la defensa y reintegración del patrimonio de la sociedad a raíz del daño irrogado determinan que resulte la entidad la titular de la pretensión resarcible ante los directores por los daños e intereses causados.

En definitiva: la titularidad de la acción social y defensa de los intereses sociales se asigna a la sociedad, si bien pueden variar las personas –según los supuestos– legitimadas para su ejercicio. El reverso de estas situaciones posibles es la ausencia de recaudos tutelares que eviten el abuso por parte de aquellos legitimados subsidiariamente, si es que debieren ejercitar la referida acción. Por el contrario, la sociedad carece de legitimación ni es titular de la acción individual de responsabilidad, debiendo retenerse que en ningún caso la entidad podrá intervenir o condicionar la procedencia de este reclamo.

II. Significación del caso comentado

El pleito que motiva estas líneas transitó por el cauce de lo contractual, pero en distintas perspectivas. En primer lugar, lo sustancial versó respecto del

(3) CNCom., Sala A, 24/09/1998, con nota de Highton, Federico R., “Tres temas sobre acciones de responsabilidad contra directores societarios”, *JA*, 2000-I-587.

planteo de la acción social de responsabilidad contra un director a raíz de su descalificable gestión operativa, cuyo resultado fue determinante de la situación falencial de la sociedad. En segundo término, el contenido del reclamo se relacionó con la delicada esfera del conflicto de intereses en que incurrió el administrador accionado cuyo obrar desleal frustró lícitas ganancias a la sociedad damnificada. Y es en este último aspecto donde también deben destacarse ciertas notas sobresalientes de la sentencia brevemente anotada. Es que, en efecto, la decisión judicial –y su procedencia– trató la “pérdida de chance” derivada de la posibilidad de obtener una ganancia, a propósito de un contrato cuyas tratativas previas fueron interferidas por el obrar del administrador cuestionado en interés personal. En otros términos: el eventual contrato a perfeccionarse con una sociedad extranjera fue alterado por las injerencias que en los tratos preliminares efectuó el director accionado, todo ello para redundar el eventual acuerdo en su propio beneficio, frustrando de tal manera utilidades de la entidad que administra.

III. Indemnización de la chance vs. tratativas preliminares

El progreso de la ciencia jurídica marcha –entre otras cosas– por el camino de las clasificaciones, divisiones y subdivisiones, esquemas estos donde los temas respectivos encuentran ubicación, soluciones y respuestas.

A propósito de lo señalado, la materia de la responsabilidad jurídica de permanente actualidad y evolución presenta en el caso particular –como en tantos otros– dos interesantes situaciones de relevancia e interés, usualmente consideradas de manera autónoma y diferenciada: la pérdida de la chance o de una oportunidad –proviene del incumplimiento de una obligación o de un acto ilícito– a raíz de un comportamiento antijurídico derivado de una situación previa entre las partes. La otra cuestión, no menor, alude a la llamada responsabilidad precontractual a raíz de la frustración de las tratativas preliminares. La solución al primer tema referido no es lineal, si bien se considera que se trata de un daño cierto indemnizable, en la medida de la probabilidad de éxito frustrada. Los extremos, en la hipótesis, de la reparación resultan desde la mera posibilidad de una utilidad hasta la probabilidad cierta y fundada de lograr una ganancia. La cuantía incierta o indeterminada no resta entidad al daño. Es decir, los términos que delimitan la compensación económica se ubican entre dos alternativas: lo posible y lo probable, siendo sí controvertible la determinación del valor de la pérdida.

Con relación a las tratativas preliminares, éstas configuran la causa eficiente creativa de deberes de conducta de los sujetos involucrados en las negociaciones, siendo la buena fe-lealtad una importante pauta de apreciación de los recíprocos comportamientos.

Es que se remarca: la buena fe y confianza deben prevalecer en el curso de las conversaciones previas, no obstante lo incipiente de la etapa formativa del contrato. La buena fe debe imperar, pues se trata de un principio rector que guía todas las relaciones jurídicas (art. 1198, Cód. Civil). En cuanto a la con-

fianza, ésta se genera con actos o actitudes que posibilitan deducir un propósito de vincularse por parte de los intervinientes. Si durante los tratos preliminares, vigente una relación de confianza, mediare de una de las partes una ruptura injustificada, la causante estará obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra a raíz de la interrupción en quien pretende una vinculación jurídica.

El panorama que antecede nos ubica en el ámbito de la responsabilidad precontractual cuya obligación de resarcir viene impuesta por el art. 1109 del Cód. Civil, por lo que todo negociador que incurre en culpa en las tratativas de un contrato, frustrando la celebración normal del mismo, debe resarcir el daño causado a la otra parte.

Los actos cumplidos y la intensidad de la confianza suscitada serán datos reveladores de cuál era el estado y curso de la gestión interrumpida.

Una cuestión no menor es lo relativo a la extensión del resarcimiento y rubros que abarca la indemnización. En tal sentido, el art. 1056 Cód. cit. suministra una guía: “Los actos anulados aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas”. De lo dicho surge que la responsabilidad precontractual se dirime según la normativa de la responsabilidad extracontractual y la reparación del eventual contrato que se frustra se circunscribe al interés negativo. Por una parte, deberán considerarse las consecuencias inmediatas y necesarias del obrar del sujeto responsable (arts. 901 a 904 Cód. cit.); es decir, las pérdidas efectivamente sufridas. En cuanto al lucro cesante, la pauta será la mayor o menor probabilidad de ganancia, excluyendo la pérdida de ofertas más favorables. Es que en este último aspecto, de mediar una oportunidad más provechosa, ésta puede resultar una causal de cesación en las tratativas, y si el beneficiario no la aprovechó sólo a ella le es imputable, y no resulta trasladable. No cabe, pues, predicar una incertidumbre en la relación de causalidad, sino, por el contrario, argumentar la existencia de una causalidad adecuada.

IV. Final

Como quedó dicho, “la pérdida de la chance y las tratativas preliminares” resultaron analizadas como cuestiones interdependientes, si bien la imputación del contrato en gestación se efectuó a la sociedad y a partir de allí, se consideró el obrar del administrador, luego obligado a resarcir. En el caso, por el contrario, existió de parte del sujeto responsable un proceder desleal, a pesar de que el acto no fue notoriamente extraño al objeto social. Y respecto de la actuación del administrador obligado a la reparación, su conducta en conflicto de intereses permite formular otras consideraciones no menores. En primer término, tal proceder a raíz de la ubicación preponderante del director fue abusiva: revela una conducta en exceso de poder toda vez que ejerció potestades para fines diversos de los legalmente acordados. En segundo lugar, la sentencia de manera expresa nos dice que el director frustró la posibilidad de obtener una ganancia derivada de un contrato cuyas tratativas previas fueron interferidas por la gestión del director responsable en su “interés personal”.

Anteponer un administrador su “interés personal” al llamado “interés social” de la sociedad que integra y administra es ingresar en la zona controvertida de los “conflictos de intereses”, donde las posiciones antagónicas indican una máxima prudencia. Porque en esta hipótesis, el conflicto de intereses se centra en el interés de la parte que pretende ejercitar su libertad de contratar (sociedad representada por director en situación conflictiva), y el interés de la parte que por haber confiado en la celebración del contrato sufre un daño a raíz de la ruptura (sociedad extranjera). Un cauto análisis de lo acontecido indica que se debe tutelar este último interés, pues ha sido la parte que pretende romper negociaciones la que con su conducta a través de todos los tratos ha motivado la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato.

En el caso comentado, la posición de los intervinientes en el litigio tiene una particular ubicuidad respecto de lo antes delineado: el obligado a resarcir fue el administrador desleal y la beneficiaria resultó la sociedad administrada, quien vio fracasada la conclusión del contrato con otra sociedad (extranjera).