DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO - UBA

EDICIÓN EN HOMENAJE AL PROFESOR EMÉRITO DR. EFRAÍN HUGO RICHARD

AÑO VIII - NÚMERO 25 - AGOSTO DE 2025

DIRECTOR:
PROF. HÉCTOR OSVALDO CHOMER

DECONOMI

REVISTA ELECTRÓNICA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO ECONÓMICO Y EMPRESARIAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

D	IFUNDIR
E	DUCAR
C	APACITAR
O	RIENTAR
N	UTRIR
O	RDENAR
M	EDITAR
I	NVESTIGAR

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chómer

Director Área Comercial: Pablo Frick
Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi
Director Área Recursos: Natalia Waitzman
Coordinador General: Rodrigo Jaime

Coordinadores:
María José Alzari
Rodrigo Bustingorry
Micaela Belén Jaime
Liliana Taverna

Comité de Honor:
Héctor Alegría
Salvador Bergel
Raúl Etcheverry
Rafael Manovil

Comité Académico:
Griselda Capaldo
Horacio Corti
Miguel De Dios
Leila Devia
Graciela Junqueira
Beatriz S. Krom
Silvia Nonna
Martín Paolantonio
Jorge S. Sicoli

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista del Departamento de Derecho Económico Empresarial de la UBA ni del Comité Editorial.

ÍNDICE

Nota del director por ***Héctor Osvaldo Chomer*** Pág. 5

Doctrina

"Ideas relativas a la administración societaria con el telón de fondo de la insolvencia" por ***Daniel Fernando Alonso.*** Pág. 6

"El Interés Social y los Deberes de los Administradores frente a la Sostenibilidad Empresarial" por ***Marcelo Barreiro.*** Pág. 21

"Convergencia normativa y la prueba en las acciones de responsabilidad por art. 99 LGS en los procesos falenciales" por ***Gabriela Fernanda Boquin.*** Pág. 38

"Sobre el derecho de crisis de sociedades" por ***María Fernanda Cocco.*** Pág. 55

"El derecho de receso o retiro del socio y el valor del reembolso" por ***Ariel A. Dasso.*** Pág. 66

"La aplicación de la figura del administrador de hecho en la Sociedad Anónima Simplificada." por ***Laura Filippi.*** Pág. 89

"El balance anual de las sociedades y sus efectos" por ***Jorge Fernando Fushimi.*** Pág. 98

"Responsabilidad limitada de socios y acreedores involuntarios vulnerables. Cuestionando un dogma." por ***Silvana Mabel García.*** Pág. 126

"El plan de empresa como una directriz de la ley concursal argentina" por ***Francisco Junyent Bas.*** Pág. 140

"Iglesias, confesiones, comunidades y entidades religiosas y el llevado de contabilidad regula" por ***E. Daniel Truffat.*** Pág. 158

Nota del Director

Desde el Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA, presentamos este homenaje al gran Maestro cordobés Efraín Hugo Richard.

Seguramente su memoria perdurará en su legado, en su trabajo y en sus discípulos.

Convencidos de eso hemos pensado en esta humilde edición dedicada al tan querido y respetado Profesor, no ya como retribución agradecida a sus valiosos aportes, porque nunca podríamos alcanzar una medida suficiente de tributo a todas sus enseñanzas, sino simplemente como sencillo recuerdo y evidencia a toda su generosidad tanto en lo personal como en lo académico.

Agradecemos a los autores su valiosa contribución, que es generoso aporte doctrinal y, a la vez, sentido homenaje.

Este Director no tiene más que palabras de agradecimiento para quien fue un entrañable amigo, generoso maestro y gran persona.

Así recordaremos al gran profesor cordobés.

Te vamos a extrañar querido Hugo.

Héctor Osvaldo Chómer

"Ideas relativas a la administración societaria con el telón de fondo de la insolvencia"

por Daniel Fernando Alonso

In memoriam - Introducción: responsability y accountability - La noción de accountability y el derecho societario y concursal - Deberes de los administradores y su vinculación con situaciones de insolvencia - Aspectos generales - Algunos interrogantes - Adopción de decisiones orientadas a minimizar el perjuicio patrimonial - Convocatoria a asamblea en casos de pérdida del capital social - Atención de alertas tempranas y deber de formular acciones de prevención o saneamiento - Momento a partir del cual deben priorizarse los intereses de los acreedores - El litigio durante la quiebra - A modo de cierre

In memoriam

En memoria de Efraín Hugo Richard –Hugo-, quiero compartir un intercambio que tuviéramos en algún momento del segundo semestre de 2016, durante uno de los tantos encuentros enriquecedores, de conversación y contraposición de ideas.

En aquella ocasión, dialogamos acerca de una observación mía, basada en la consideración de la existencia de cierto sesgo en el abordaje de la responsabilidad de administradores en contextos preconcursales o prefalenciales: el concentrarse en una mirada de la responsabilidad focalizada en el deber de resarcir los daños causados durante la administración societaria en este contexto.

Sostenía que, en mi percepción, en el mundo angloparlante -y no necesariamente en lo estrictamente jurídico-, la noción de "responsabilidad" es asociada a otra: *accountability*. Le refería que, a mi entender, esta última alude

a dos aspectos: por un lado, el “hacerse cargo” de una situación; por el otro, el “responder” por consecuencias jurídicas.

Aún cuando en cierto modo esto surge también en nuestra lengua[1], sumergiéndonos en nuestro derecho, coincidimos en que la responsabilidad no implica necesariamente el deber de resarcir, sino que se vincula con el de afrontar la realidad determinada. También concordamos en que se es responsable cuando el ordenamiento jurídico otorga y reconoce las facultades y atribuciones de dirigir, resolver y diseñar cursos de acción para afrontar una situación específica, y, consecuentemente, genera el deber de ejercerlas y la correlativa carga de rendir cuentas –*account*- por las mismas, incluyendo en esto, eventualmente, el deber de resarcir daños ocasionados por el incumplimiento de los estándares del caso.

Recuerdo vivamente el interés con el que Hugo abordó esta distinción. Creo que ello formaba parte de su generosidad intelectual y de su pasión por estimular a quienes contaban con menos experiencia o formación. Me alentó a escribir al respecto…

Su comentario quedó grabado en mi memoria como uno de esos momentos edificantes de testeo de ideas con intensidad y apertura. La invitación a participar en este homenaje reflotó aquellos recuerdos, y aquel aliento. Años después, encuentro aquí la oportunidad propicia para ensayar por escrito algunas ideas en torno al tema, al menos parte de aquel abordaje, con profundo agradecimiento a Hugo por esas múltiples instancias de intercambio, siempre tan fructíferas y sugerentes.

Introducción: *responsability* y *accountability*

[1] Al respecto, nótese las definiciones que sobre la voz "responsabilidad" provee el *Dictionario de la Lengua Española* por la Real Academia Española (RAE). Allí, mientras la primera acepción refiere a la "cualidad de responsable", con sinonimia en "madurez, sensatez, formalidad, fundamento, juicio, seriedad", la segunda, tercera y cuarta acepción refieren a "deuda, obligación de reparar y satisfacer", "cargo u obligación moral que resula [...] del posible yerro" y "capacidad existente [...] para reconocer y aceptar las consecuencias", respectivamente. Ver https://dle.rae.es/responsabilidad (consultado el 12.08.2025).

Volviendo a la visión desde el mundo anglosajón, puede decirse que la noción de *accountability* presenta dos vertientes complementarias y mutuamente dependientes.

En primer término, alude –como dijera- a hacerse cargo, esto es, asumir la titularidad, el control y la gestión de una función, deber u obligación, ejerciendo las facultades de dirección, decisión y supervisión inherentes al cargo/puesto/rango. Esta acepción acentúa e insta al ejercicio proactivo y diligente del rol asignado. En este aspecto, se espera que la persona sea no solo idónea o competente para actuar, sino también que ello se traduzca en la concreción práctica y también en la aptitud y actitud para brindar las razones y fundamentos de sus decisiones (*explainable*). [2]

En segundo término, *accountability* alude al tener deber de responder (*answerable*) por las consecuencias jurídicas derivadas de la propia actuación, frente a los destinatarios de la gestión. Ello incluye el deber de aceptar la responsabilidad, rendir cuentas y, en su caso, afrontar las consecuencias que pudieran corresponder frente a su incumplimiento –sean ellas patrimoniales, administrativas, penales, etc.- (*liable*, *amenable*).

Históricamente, el concepto adquirió relevancia en el ámbito financiero y parlamentario a mediados del siglo XVIII,[3] evolucionando hacia un vocablo transversal que articula, en el *common law,* en relaciones de agencia entre un principal y un agente.[4,5]

---

[2] Cfr., Merriam-Webster Dictionary, *Accountability*: "the quality or state of being accountable; especially: an obligation or willingness to accept responsibility or to account for one's actions"; definición de *accountable* como "capable of being explained: explainable". Disponible en: https://www.merriam-webster.com/dictionary/accountability (última consulta: 12.08.2025).

[3] V. *Oxford English Dictionary*, registro histórico de uso de *accountability* en finanzas y parlamento desde mediados del siglo XVIII. Disponible en: https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=accountability (última consulta: 12.08.2025).

[4] *A Dictionary of Business and Management*, 6ta. ed. (2016): definición de *accountability* como relación entre principal y agente en el marco de la gestión corporativa. Disponible en: https://www.oxfordreference.com/search?q=accountability&searchBtn=Search&isQuickSearch=true (última consulta: 12.08.2025).

[5] En cierta medida y tomando ideas del derecho público, la noción procura mantener el ejercicio funcional dentro de los límites jurídicos; en el ámbito privado, se expande hasta la responsabilidad de cumplimentar el deber de informar conforme los medios legalmente previstos. *Oxford English Dictionary*, voz: *Accountability*: "obligation to give an account". En similar sentido, puede verse:

En suma, *accountability*, como término bifronte, sintetiza las dos caras: el deber de dirigir y gestionar con el de responder por ello -rendir cuentas y asumir consecuencias-.

La noción de *accountability* y el derecho societario y concursal

Ensayo –como hiciera entonces con Hugo- la transferencia de lo antes expresado a nuestro derecho societario y concursal, procurando solamente concentrarme en contextos de crisis, con el telón de fondo de la insolvencia.

Las dos caras de la noción de *accountability* nos resaltan dos aspectos: por un lado el deber de *hacerse cargo*, desempeñando sus deberes funcionales conforme el estándar de responsabilidad del art. 59 LGS. En este perfil, el foco está puesto en el ejercicio de sus deberes de dirección y en el empleo de sus facultades y atribuciones para satisfacer esos deberes. Este ejercicio tiene un destinatario [6] que serían los socios y podrían ser los *stakeholders*.

En principio, debería decirse que sólo partiendo de lo anterior es que se prevé, para el incumplimiento de los deberes antes expuestos, el segundo aspecto: la obligación de *responder por aquellas acciones u omisiones en el ejercicio de su función*. Ello así tanto si se incumplen deberes objetivos –por ejemplo, confección de balances- como si se realiza una acción u omisión calificable como antijurídica y que ella guarde relación de causalidad adecuada con un daño causado al ente, a los socios o a los acreedores.

A los fines del presente, me concentraré en consecuencias patrimoniales, aunque ello no obsta a la existencia también de consecuencias de otra naturaleza -por ejemplo, penales, tributarias, etc.-.

Australian Law Dictionary, 3ra. ed. (2018). La misma definición ha sido incluida en: *A Dictionary of Business and Management*, 6ta. ed. (2016), en: *A Dictionary of Accounting*, 5ta. ed. (2016) y en *A Dictionary of Finance and Banking*, 6ta. ed. (2018). Pueden consultarse todos en: https://www.oxfordreference.com/search?q=accountability&searchBtn=Search&isQuickSearch=true (última consulta: 12.08.2025).

[6] En derecho anglosajón se recurre aquí a la figura de la agencia –*agency*-, siendo el destinatario el *principal*.

Deberes de los administradores y su vinculación con situaciones de insolvencia

Aspectos generales

En el ejercicio habitual de sus funciones, los administradores sociales se encuentran sujetos a un conjunto de deberes generales y específicos que derivan de la *Ley General de Sociedades* –en adelante, LGS-.[7] Ellos tienen por finalidad la preservación del interés social, la protección del patrimonio del ente y la tutela de los derechos de socios y terceros.

Corresponde partir del estándar del art. 59 LGS que impone a quienes ostentan la administración social un estándar determinado, el denominado "buen hombre de negocios",[8] lo que incluye la gestión prudente y previsora. Puede decirse que el deber de diligencia (art. 59 LGS) impone actuar con el cuidado y la prudencia que emplean en sus propios negocios las personas de administración diligente; el deber de lealtad, por su parte, exige observar en el actuar el principio de buena fe, concretándose, entre otros aspectos, en la obligación de informarse debidamente y en evitar los conflictos de interés (arts.

[7] Este comentario ha sido escrito estando vigente la Ley Nº 19.550 en su texto ordenado de 1984 (*B.O.* 30/03/1984), con modificaciones por: Ley 24435; *Código Civil y Comercial de la Nación* - Ley 26.994 (1/10/2014); Ley 27290 (19/11/2016); *Ley de Financiamiento Productivo* nro. 27.440 (9/5/2018); *Ley de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación* nro. 27.444 (30/5/2018) y *Decreto de Necesidad y Urgencia que aprueba las Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina* (decr 70/2023, 20/12/2023). También la *Ley de apoyo al capital emprendedor* nro. 27.348 (*B.O.* 1219/4/2017=, con sus modificaciones.

[8] Nuestro estándar subraya una pauta de profesionalidad distinta a la tradicional en los Estados Unidos del "ordinarily prudent person".

Al respecto, puede verse la sección 8.30 de la *Model Business Corporations Act*, que establece: (a) el deber de obrar de buena fe y del modo que el director cree razonablemente que es en el mejor interés de la sociedad ("Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act: (i) in good faith, and (ii) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation"; y su punto (b) que establece que los miembros del directorio deben desempeñar sus funciones con la diligencia que una persona en una posición similar razonablemente creería apropiada en circunstancias similares (la traducción me pertenece; el texto en inglés reza: "shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances").

Pese a no usar esta expresión y por su relevancia práctica, puede resultar ilustrativa la sección 141(e) de la *General Corporations Law* del Estado de Delaware. Consultar en: http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc04/index.shtml (última consulta 12.08.25).

271 y 272 LGS). De allí surgen diversas manifestaciones específicas para distintas instancias; entre otras se les imponen deberes y cargas específicas tendientes a informar adecuadamente (por ej. arts. 66, 55 y concs. LGS), expresión del deber de rendir cuentas de todo aquel que administra bienes o intereses de terceros (art. 860 CCyCom).

Llevado el régimen societario general a contextos de crisis surge la pregunta de cómo se armonizan tales deberes con la salvaguarda de los intereses de los distintos *stakeholders*. Cabe preguntarse si en la etapa preconcursal o prefalencial, estas exigencias se agotan en el "hacerse cargo" de la gestión comprometida, o si además conllevan el requerimiento de especial transparencia o adopción de recaudos particulares,[9] como presupuesto para que el ejercicio de las facultades de administración se mantenga dentro de los límites legales y ajustado a los estándares de buena fe, lealtad y protección del crédito. Esta pregunta resulta relevante ante los distintos supuestos y escenarios que se proyectan como telón de fondo: la eventual aplicación de la legislación falimentaria.[10]

Este planteo se vincula con la doctrina del *shifting of fiduciary duties*, según la cual, ante la proximidad de la insolvencia, los deberes fiduciarios de los administradores pueden experimentar una mutación: desde una prioridad centrada en el interés social hacia una orientación que pondere la protección de los acreedores. De abrazarse este criterio, la cuestión clave reside en determinar desde qué momento corresponde este cambio de enfoque: si en una etapa previa a la insolvencia (preinsolvencia), o únicamente cuando ésta se ha materializado o cuando ha sido judicialmente reconocida. La determinación de

[9] La ya citada sección 8.30 de la *Model Business Corporations Act*, cuenta con tratamiento del tema, cuya consideración puede arrojar cierta luz sobre este punto.

[10] El presente ha sido redactado durante la vigencia del siguiente marco normativo, a saber: La ley 24.522, sancionada en fecha 20/07/1995, con promulgación parcial el 7/08/1995 y publicación en el *B.O.* 9/8/1995 -*ADLA*, LV-D, 4381-, con las reformas por: ley 24.760 (11/12/96), ley 25.113 (23/6/99), ley 25.563 (30/1/02), ley 25.589 (15/5/02), ley 26.086 (22/3/06), ley 26.684 (1/6/11) y ley 27.170 (29/7/15). En adelante, nos referiremos a la misma por las siglas LCQ.

Asimismo, al momento de la redacción del presente se encuentra vigente el Código Civil y Comercial –en adelante, CCyCom- aprobado mediante Ley 26.994 (Sanción: 01/10/2014 - Promulgación: 07/10/2014 - Publicación: *B.O.*: 08/10/2014 - *ADLA* 2014-E, 3554), cuerpo legislativo que incluye normas cuyo análisis debe abordarse en supuestos de crisis o de insolvencia de personas jurídicas privadas.

la oportunidad debe guardar correlato con las normas positivas que habilitan a la sindicatura o a los acreedores a ejercer acciones que tengan a los administradores como legitimados pasivos.

Puede decirse que en el orden de los principios y valores jurídicos (art. 2 CCyCom), estos también son tutelados en nuestro ordenamiento a través de la integración armónica de las disposiciones de la LGS y la LCQ. Pero las normas positivas no explicitan tanto, ni llegan tan lejos, ni con tanta claridad; y, por otro lado, existe una amplia gama de variantes en política legislativa para prever el modo de prescribir y formular los deberes de los administradores.

Muy brevemente, postulo algunos ejemplos para el debate.[11]

Algunos interrogantes

Una visión desde los principios y valores jurídicos necesariamente procura evitar un tratamiento fragmentario. Propongo en el análisis, visualizar los deberes funcionales de "hacerse cargo" y la contrapartida para su incumplimiento como caras de una misma moneda. Veamos:

Adopción de decisiones orientadas a minimizar el perjuicio patrimonial

En el régimen societario argentino, el art. 59 LGS impone a los administradores un estándar de diligencia. A la administración societaria le corresponde la adopción de decisiones orientadas a minimizar el perjuicio patrimonial colectivo, especialmente en situaciones de riesgo económico o inminente crisis financiera. En contextos de riesgo financiero, económico o de crisis inminente, una gestión prudente se traduce en la obligación de adoptar medidas razonables para evitar la agravación del daño patrimonial –y de tener fundamento para las mismas-. Este modo de "hacerse cargo" incluiría el atender al deber de prevención del daño (art. 1710 CCyCom), norma que se proyecta

[11] Es indisputable que existen mucho más interrogantes que los señalados. He elegido algunos que –a mi entender- pueden concitar particular interés, sin desconocer la significación de otros.

allende la sociedad y sus socios, para alcanzar la comunidad general y a terceros.

Tal deber puede considerarse implícito en la diligencia exigible a quien administra un ente, entendiendo que una gestión orientada a preservar la solvencia redunda, por sí misma, en beneficio de la sociedad, de sus socios y de los terceros interesados. En este contexto, es pertinente analizar si el incumplimiento de la obligación de afrontar activamente tales supuestos podría generar responsabilidad patrimonial personal y, en su caso, ¿por qué rubros? ¿por las deudas contraídas durante dicho período? ¿por los quebrantos del mismo?

Por su parte, el ordenamiento concursal capta supuestos singulares en los que el infringir tales deberes conlleva consecuencias jurídicas concretas. Así, por ejemplo, el disfavor respecto de la realización de ciertos actos, captada en los arts. 118 y 119 LCQ. Algunos de los actos subsumibles en estas normas podrían implicar un "vaciamiento", o simplemente un perjuicio directo a los acreedores captado en la expresión "en fraude a los acreedores".

También el derecho falencial plantea acciones de responsabilidad, especializadas al contexto de la previa declaración de quiebra del ente (art. 173 LCQ). Aquí identifica acciones u omisiones antijurídicas, dolosas para quienes "hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor". El tenor literal de la recepción legislativa elegida permite, cuanto menos, indagar si existe un deber específico de los administradores de formular planes preventivos para identificar los riesgos de cesación de pagos e insolvencia, así como para implementar medidas tendientes a evitarlos o, en su caso, a superarlos. Y si hay algún modo en que al tomar tales decisiones pueden ellos fundar o "preconstituir" elementos de defensa o protección de la razonabilidad de sus decisiones.

Convocatoria a asamblea en casos de pérdida del capital social

Otro aspecto relevante es determinar si, ante la pérdida del capital social o una reducción sustancial del mismo, debe imponerse al órgano de administración la convocatoria a asamblea para proponer a los socios

alternativas como la recapitalización o la liquidación de la sociedad, y si esta obligación debería cumplirse dentro de un plazo determinado.

Los arts. 94 inc. 5° y 206 LGS tratan la pérdida y reducción del capital social, siendo aquella causal de disolución. Estas circunstancias proyectan deberes para los administradores. Es que si quien ejerce tal cargo no puede permanecer indiferente ante las pérdidas, cuando ellas alcancen al capital social debe dispararse la reacción de convocar a asamblea para ponerlo en conocimiento de los socios, y en su caso, optar entre los distintos modos de resolver la cuestión, entre otros, a través de la recapitalización o la disolución.

Esta convocatoria debe efectuarse sin demora, atendiendo a la gravedad de la situación patrimonial. Genéricamente puede decirse que la omisión de cumplir con este deber, o su cumplimiento tardío, puede derivar en responsabilidad por daños ocasionados a socios o terceros. Específicamente, no puede olvidarse la prescripción del art. 99 LGS[12] que enmarca el afrontar esta situación, en el sólo habilitar "asuntos urgentes" y "medidas necesarias" para la liquidación y prevé la consecuencia para su incumplimiento en su segundo párrafo –responsabilidad ilimitada y solidaria-.

La exigencia de un plazo próximo se encuentra implícita en lo normado en el art. 99 LGS y en la finalidad protectoria de dicha norma. Ello se ve reforzado en la diligencia exigida por el art. 59 LGS.

Atención de alertas tempranas y deber de formular acciones de prevención o saneamiento

La LGS no contempla expresamente un deber específico de elaborar planes preventivos. Sin embargo, resulta razonable inferir que hacia allí se orientan las previsiones relativas a la diligencia y el deber de lealtad exigible conforme el art. 59. La gestión orientada a la preservación de la solvencia integra el núcleo de la función de administración. Ello debe proyectarse hacia la identificación temprana de riesgos de cesación de pagos. Surge ahí el deber de

[12] Norma respecto de cuya implicancia tantas veces insistiera Hugo.

atender a las denominadas "alertas tempranas",[13] orientadas a la pronta detección de la situación de "probabilidad de insolvencia", es decir, las circunstancias que tornan objetivamente predecible la cercanía de la insolvencia como para urgir la adopción de mecanismos preventivos para eludirla o superarla.

Ello abre el debate sobre si, en el marco de la diligencia exigible, existe un deber específico de los administradores de elaborar planes preventivos para identificar y mitigar riesgos de cesación de pagos (arts. 94 inc. 5° y 96 LGS) o de insolvencia, así como para superarlos mediante medidas internas o externas. Desde cierta mirada, tal obligación podría considerarse implícita, en la medida en que la preservación de la solvencia de la sociedad redunda en beneficio de ésta, de sus socios y de los terceros interesados. Además de no poder desconocerse el mandato del art. 99 LGS; el incumplimiento de este deber de afrontamiento podría generar responsabilidad personal patrimonial (arts. 99, 274 y 279 LGS y 173 LCQ) e incluso responsabilidad penal o de otra naturaleza. En efecto, el art. 274 LGS establece su responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños causados por infracción de la ley, el estatuto o el reglamento, así como por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Esta responsabilidad se extiende a las deudas contraídas durante el período en que se omitió adoptar medidas necesarias para evitar el agravamiento de la insolvencia. En supuestos de conducta dolosa, podrían configurarse delitos como la quiebra fraudulenta (art. 176 del Código Penal) o la defraudación por administración infiel (art. 173 inc. 7° CP), con las consecuencias penales correspondientes.

Profundizando y especificando, es incuestionable que la pérdida de la mitad del capital social, regulada en el art. 206 LGS, puede coincidir o conducir

[13] Sobre el tema debe verse la *Directiva (UE) 2019/1023* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L1023 (última consulta: 12.08.2025).

Siguiendo a la misma, resulta de consulta a Ley 16/2022 del Reino de España, del 5 de septiembre de tal año, que reformara el texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, del 5 de mayo, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-14580 (última consulta: 12.08.2025).

a la insolvencia; más aún el extremo del art. 94 inc. 5°. Ante este supuesto, cabe exigir al órgano de administración la convocatoria a asamblea para decidir sobre la recapitalización o la disolución de la sociedad. La omisión de esta convocatoria dentro de un plazo razonable ¿podría agravar la responsabilidad de los administradores?

Para responder, cabe recordar que la LCQ podría originar deberes específicos a los administradores ante la instalación del estado de cesación de pagos (arts. 1 y 79 LCQ), en particular considerando la posible retroacción de la quiebra (art. 116 LCQ). En este sentido, debería atenderse a las posibilidades previstas en la normativa concursal, tales como la promoción de un concurso preventivo o la solicitud de la propia quiebra social (arts. 5 y 82 LCQ, respectivamente), o el intento de reestructuración mediante acuerdos preventivos extrajudiciales, incluso aquellos homologables (arts. 69 y ss. LCQ).

En el derecho comparado, muchos ordenamientos obligan a los administradores a solicitar la apertura de un procedimiento concursal ante los tribunales competentes, bajo pena de responsabilidad personal. Este tipo de previsiones procura asegurar la protección del crédito y limitar el perjuicio patrimonial colectivo.[14]

En nuestros antecedentes históricos, no puede olvidarse que la ley 19.551 disponía en su art. 10,[15] el deber de presentación en concurso preventivo "dentro del tercer día desde que el deudor haya conocido o debido conocer su estado de cesación de pagos". Este consagraba un deber legal de actuación, imponiendo la solicitud de apertura del concurso producida la cesación de pagos.

Momento a partir del cual deben priorizarse los intereses de los acreedores

Por último, querría regresar sobre el interrogante relativo al momento a partir del cual los administradores deben ponderar los intereses de los

[14] Así, varios Estados miembros de la Unión Europea ha incorporado normas que obligan a los administradores, cuando la sociedad se encuentra insolvente o en un estado equivalente, a promover sin demora la solicitud de apertura del procedimiento concursal.

[15] Su *Exposición de motivos* refería a que la norma seguía "la orientación vigente" (v. punto 13).

acreedores; es decir, si ello ocurre desde la proximidad de la insolvencia, lo que podría generar incertidumbre, o únicamente una vez que la misma se ha materializado o ha sido reconocida judicialmente.

Conforme al artículo 19 de la *Directiva (UE) 2019/1023*, se indica a los Estados miembros que "los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa".

El derecho argentino no recepta de manera expresa una norma de ese estilo; tampoco consagra explícitamente al *shifting of fiduciary duties*, expresión –ya referida- propia del *common law*, que modifica los deberes fiduciarios ante la proximidad de la insolvencia. Sin embargo, entiendo que desde la interpretación armónica y sistemática de la LGS y la LCQ se desprende que los intereses de los acreedores deben considerarse desde que la insolvencia se configura de manera objetiva y verificable, aun antes de su declaración judicial. Ello armoniza con las reglas sobre retroacción de la quiebra que en definitiva van a permitir la revisión *ex post* de esos actos, una vez declarada la quiebra de la sociedad. En tal sentido, el reconocimiento judicial de la insolvencia marca un quiebre, pues el procedimiento liquidativo torna operativo un régimen reforzado de responsabilidad y legitimación para que la sindicatura y, subsidiariamente, los acreedores promuevan acciones de responsabilidad, conforme a los arts. 110, 173 y concordantes LCQ.

El litigio durante la quiebra

Conforme lo antes expuesto, no puede soslayarse ni resulta un dato menor que el litigio sobre estos puntos ocurrirá habiéndose declarado la quiebra.

Al respecto, el artículo 125 LCQ establece que, declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de dicha ley y únicamente pueden ejercer sus derechos sobre los bienes desapoderados en la forma allí prevista. De esta formulación se desprende que el legislador delimita expresamente el alcance del concepto de acreedor, incluyendo a los acreedores

condicionales; es decir, guarda silencio respecto de socios, accionistas o asociados. En consecuencia, la aplicación de las disposiciones concursales a ellos deriva del hecho de que la persona jurídica de la que forman parte se encuentra sometida a la ley falencial, y no de un vínculo directo con ésta.

Entiendo que este matiz reviste cierta relevancia también para las personas humanas que ocupan los roles de representantes, administradores, integrantes de sindicaturas societarias, comisiones fiscalizadoras. En estos casos, las consecuencias jurídicas se proyectan sobre ellos por la falencia de la persona jurídica, y no por aplicación directa y autónoma de la normativa concursal. Y aunque esta distinción pudiera considerarse de carácter sutil o incluso "bizantina", su efecto práctico radica en enfatizar que sólo a través de una adecuada armonización entre la legislación societaria y la concursal puede determinarse el alcance de las disposiciones aplicables a estos sujetos. Resulta contrario a este razonamiento, el procurar soluciones exclusivamente desde la normativa falimentaria, interpretándola como excluyente.

Asimismo, cabe recordar que el fuero de atracción en la quiebra, previsto en el artículo 132 LCQ, opera respecto de "las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales", es decir, que persigan la satisfacción de derechos patrimoniales.[16] Esto implica que las reclamaciones dirigidas contra la persona jurídica fallida en materia patrimonial tramitarán ante el juez falencial. La consecuencia directa de esta concentración jurisdiccional es que sea una única autoridad quien conozca y resuelva sobre dichas controversias. Este aspecto adquiere especial importancia si se considera que este juez cuenta con facultades reforzadas de dirección del proceso (art. 274 LCQ) y con un conocimiento más integral de la situación patrimonial –presente y pasada- de la sociedad fallida, lo que le permite adoptar decisiones con mayor información y coherencia respecto de los derechos involucrados.

[16] He tratado suscintamente el tema en: "Reclamo de `derechos patrimoniales` contra la fallida y fuero de atracción falencial. Distinciones a propósito del fallo "Carat S.A. c. Bodegas y Viñedos Arizu s/ quiebra". *Revista Argentina de Derecho Concursal* –Universidad Austral-IJ editores-, nro. 40 (julio 2025), https://ch.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=43&idedicion=22761 – *IJ* VI-CCXXII-274.

Si bien esta norma implica que las acciones entabladas contra directores, representantes o miembros de la sindicatura societaria quedan alcanzadas por el fuero de atracción en la medida en que se canalicen a través de la persona jurídica fallida, pudiendo tener fundamento tanto en la legislación concursal como en las normas propias de la estructura societaria correspondiente, ella no debe interpretarse sin la consideración conjunta del art. 133 de la misma ley. Éste prevé que cuando se trate de un juicio iniciado antes de la declaración de quiebra en el que la persona jurídica fallida sea codemandada, la parte actora puede optar entre desistir de la acción respecto de ella -sin imposición de costas- y continuar el proceso ante el juzgado de origen. Sin embargo, el mismo canon dispone que tratándose de un litisconsorcio pasivo necesario en el cual la persona jurídica resulta codemandada, el juicio deberá proseguir ante el tribunal de origen, continuando su trámite con intervención de la sindicatura concursal.

A modo de cierre

Iniciando por recordar el diálogo con Hugo, he intentado partir de la noción de *accountability*, y aplicarla en sus dos facetas para analizar el marco de la responsabilidad de los administradores sociales con el telón de fondo de la crisis. En esa labor, he postulado la distinción de sus dos vertientes: el afrontamiento o hacerse cargo de la gestión (dirección, decisión y supervisión) y responder por sus consecuencias (patrimoniales, administrativas o penales). Trasladada a los contextos de crisis, entiendo que implica que quienes desempeñan el rol de administradores, conforme al art. 59 LGS, deben adoptar decisiones prudentes para preservar la solvencia, y en ese marco prevenir daños (art. 1710 CCyCom). Hay aquí protección del interés social, pero sin desinteresarse de los efectos extendidos a la comunidad en general y a los *stakeholders* más próximos en particular.

En particular, he debatido sucintamente pautas normativas relativas al deber de convocar a asamblea ante la pérdida sustancial del capital, la atención a “alertas tempranas” y la eventual responsabilidad por omitir planes preventivos. Finalmente he rescatado el efecto de la retroacción de la quiebra,

lo que conlleva la importancia de determinar el momento en que deben priorizarse los intereses de los acreedores, con consideración incluso de los momentos antes de la declaración judicial de insolvencia.

Finalmente, he abordado el alcance del fuero de atracción y la necesidad de armonizar legislación societaria y concursal. Así, he logrado arribar a un punto sobre el que Hugo insistiera tanto: la importancia de atender a los deberes previstos en la legislación societaria, aún en contextos de crisis.

Cierro diciendo que es este un ensayo de seguir pensando ideas que en algún momento intercambiáramos, de seguir abrevando en sus enseñanzas, de mantener viva en el papel su inolvidable memoria.

"El Interés Social y los Deberes de los Administradores frente a la Sostenibilidad Empresarial"

por Marcelo Barreiro

Nos toca participar de esta publicación de DECONOMI en homenaje a uno de los más grandes maestros del Derecho Comercial de nuestro país: Efraín Hugo Richard.[17] Un hombre generoso a más no poder, con sus conocimientos y con su amistad, polemista enjundioso, convencido pero afable, siempre a mano para una consulta, una tenida académica o para la organización de un evento aportando todo su *know how* (aun cuando supiera que quizás no iba a estar presente físicamente en el).

Desde la primera vez que compartí un ámbito académico con el me dispenso un inmerecido trato de par, invitándome y dándome participación en cuanto evento se hiciera en la querida Córdoba o en cualquier otro lugar del país.

Heredero de una riquísima historia del Derecho Mercantil en la provincia que hizo propia, hizo con su herencia lo mejor que se puede hacer, generar legados. Son muchos los excelentes docentes, abogados y abogadas, doctrinarios que siguen su huella y a los que siempre prohijo, acompaño y reconoció. Lo mejor que puede tener quien es líder y guía es la opinión de los que estuvieron bajo su ala, y allí el cosechaba las mejores. Pero no solo era maestro en Córdoba, lo era siempre y en todo lugar, y de ellos podemos dar fe todos los que recibimos su consejo, su acompañamiento, su debate (Hugo nos ponía en una mejor condición, nos elevaba, al elegirnos para una tenida académica). Lo hizo también en el querido Instituto Iberoamericano de Derecho

[17]Elegimos uno de los temas a los que Hugo exploro (entre miles): La responsabilidad social empresaria. Ver, entre otros: "La responsabilidad del estado (¿o responsabilidad social?)", en Boletín Primer Semestre 2014 de "Agrupación Trejo" Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, "Utilidad inmediata de la doctrina de responsabilidad social empresaria", publicado en Responsabilidad social empresaria, XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, libro de ponencias, Coordinador Ricardo A. Nissen, Santa Fe 27 y 28 de agosto de 2009, Ed. Universidad Nacional del Litoral, pág. 226. Fue Córdoba de su mano quien incorporo en nuestro Congresos nacionales esta temática en la Comisión III, en el X Congreso de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 3; 4; 5 y 6 de octubre de 2007, La Falda, Córdoba, donde tuve el honor de presidir la misma.

Concursal que fundamos unos pocos en Barranquilla hace 20 anos, y donde fue despedido con dolor y con amor por profesores y colegas de las más diversas latitudes.

Compartimos aventuras académicas desde hace más de treinta años en el país y en el exterior, debatimos con fuerza y buena fe sobre los más diversos temas (los procesos concursales, su finalidad y eficiencia, la responsabilidad de los administradores entre otros), participamos y organizamos innumerables homenajes en su honor, algunos compartidos con su entrañable némesis (Ariel Angel Dasso), compartimos bailes y fiestas, nos reímos a mansalva durante tres días en Roma junto a Ariel padre previo a un Congreso en Benevento.

Los encuentros académicos no serán lo mismo sin él. El mundo, nuestro mundo tampoco. Nos marcó a todos los que lo conocimos. Nos deja su legado.

Hasta que nos volvamos a ver querido, entrañable y enorme *menino do inferno.*

1. Introducción. El Reseteo del Capitalismo:

El siglo XXI ha marcado un punto de inflexión en la concepción del propósito empresarial. La antigua máxima de que "la única responsabilidad social de las empresas es incrementar las ganancias para distribuir entre sus accionistas"[18] ha sido desafiada por una creciente idea de que las sociedades ya no pueden tener solo la búsqueda del lucro como objeto o finalidad.[19]

Este cambio ha llevado a una **ampliación de los valores que integran la agenda empresarial** generando lo que se conoce como Responsabilidad Social Empresaria (RSA). A la que Richard define como “la

[18] Milton Friedman, “The social responsability of business is to increase its profits”, in Des Jardin, J. R. and J. MC Cal, Contemporary issues in business ethics, Wadsworth, Belmont, California, 2000.
[19] Antiguamente algunos de estos valores eran puestos en práctica por la empresas mediante políticas de caridad, filantropía o mecenazgo.

contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de perfilar su situación competitiva y valorativas y su valor añadido".[20] Coincidimos con el maestro en que el cumplimiento de las leyes laborales, ambientales o fiscales -por más que algunos de sus ítems toquen temas de RSA- no son responsabilidad social empresaria sino el acatamiento "de las obligaciones que cualquier empresa debe cumplir simplemente por el hecho de realizar una actividad". Esto es lo que Duprat[21] define como RSE instrumental, en tanto ella importa atender la garantía y protección de los productos, el bienestar de los empleados, la buena fe publicitaria en cumplimiento de las leyes que imponen esas obligaciones.

Pero no es a ella a la que vamos a referirnos en este trabajo , ni tampoco a la que Duprat define como "estratégica", entendiéndola como una serie de "decisiones, que pueden presentarse como meras liberalidades (financiar algún programa para la comunidad, apadrinar una escuela, implementar un sistema de becas educativas, etc.), pero que encuadran dentro de las exigencias del interés social y son capaces de aumentar la riqueza de la sociedad", con las que se aspira a obtener algún tipo de beneficio económico para la sociedad e indirectamente para los socios, beneficiando a terceros.

La RSA de la que pretendemos ocuparnos en la denominada por dicho autor como **"intrínseca"**, que tiene como finalidad y pretensión que los administradores hagan lo que consideran correcto aunque esto implique beneficiar intereses distintos o, incluso contrapuestos, a la sociedad y a sus socios. Hay en esta última para Duprat una desvirtuación del sistema estructural y funcional de la sociedad, y una obstaculización al cumplimiento de sus fines.

El desarrollo original de la RSA tocaba esencialmente cuestiones medioambientales, pero su contenido se ha ido extendiendo, y ha derivado hoy día en el concepto de **sostenibilidad empresarial**, que se asume como un criterio más amplio: ejercer responsablemente la actividad en el largo plazo en lo económico, social y ambiental pensando en un mundo mejor y en el legado a

[20] Richard, Efrain Hugo, "Utilidad inmediata de la doctrina de responsabilidad social empresaria", citado.
[21] Duprat, Diego, "Responsabilidad social de la empresa", L.L. 2009-C, pag. 783.

las futuras generaciones. Ello exige un uso eficiente de los recursos, una innovación responsable, modelos de gestión transparentes y éticos, una mirada que no se agote en los titulares de la empresa y en la maximización de sus beneficios, mas una visión de largo plazo.

Este "reseteo" del capitalismo implica un cambio en los patrones de crecimiento hacia un **modelo económico con visión social**, donde -como principio- no se puede "hacer cualquier cosa para ganar dinero".[22]

Inicialmente, la Responsabilidad Social Empresaria (RSA) tuvo una génesis voluntaria en el marco de una impronta ética.[23] Y así lo sostenía el maestro Richard en la comunicación referida más arriba.

Sin embargo, la sostenibilidad empresarial ha trascendido este modelo convencional para convertirse en una norma aplicable en diversas legislaciones (empezando a salir del *soft law*). De las ideas iniciales del “Libro verde” de generar un marco de integración voluntaria de las empresas en sus relaciones con los terceros y con el ambiente en función de entender que ello depararía éxitos comerciales futuros duraderos, se ha ido pasando -al menos en Europa- a la consideración de normativas de cumplimiento obligatorio por parte de aquellas y sus administradores, lo que pareceria estar cambiando el contenido de nociones tradicionales del derecho societario como el interés social y el deber de lealtad.

2.- Dejando atrás el esquema voluntario:

Obviamente no es aquel modelo de asunción voluntaria de los patrones RSA el que cuestionamos (el principio básico rector del derecho privado patrimonial, incluido el societario, debe ser la autonomía de la voluntad). En él,

[22] La agenda 2030 de la ONU, con sus Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), es un claro ejemplo de ello.
[23] Unión Europea, en su Libro Verde (2001) señala: “Es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”, destacando aquella condición voluntaria.

es obvio que por la propia decisión libre del ente y sus dueños (los socios) la aplicación de los principios derivados de la sostenibilidad no solo son exigibles, sino que terminan tiñendo y modificando la noción de interés social y del deber de lealtad de sus administradores. Casi por aplicación de la doctrina de los "actos propios", que ello resulta obvio.

Pero no es sobre ello que planteamos nuestro análisis y, a la vez nuestra preocupación, sino hacia el abandono de las hipótesis voluntarias o de *soft law* hacia esquemas de ley pura y dura que importan una modificación sustancial del sistema societario, sus principios y sus fines.

Ya Richard advertía en ese trabajo del ano 2009 sobre la aparición incipiente de propuestas de "mayor intervencionismo público en estas materias, en particular en lo que se refiere a la información que deberían aportar las empresas sobre los efectos medioambientales y laborales que provoque su actividad".[24]

En un trabajo conjunto Favier Dubois y Spagnuolo refieren con claridad como tanto en doctrina como en alguna jurisprudencia en otros países este fenómeno empieza a verse expuesto instando en las decisiones empresarias a atender no solo los intereses propios y de los accionistas sino los de largo plazo así como la protección de los "stakeholders".[25]

En este sentido, **las directivas de la Unión Europea (**la 2014/95 y la UE 2022/2464), han impulsado a la **información no financiera** (ahora renombrada como "información sobre sostenibilidad") como un parte de un informe obligatorio para las empresas a las que aplica, aunque aún no se establecen sanciones ante el incumplimiento de ello. Estas directivas buscan medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto social

[24] Lo postula a partir del informe Aldama en España en 2003, que parece exigir un cambio normativo que exija a las empresas informes más cualitativas y de mediano y largo plazo, que las cuantitativas y de corto plazo o de impacto más inmediato de los informes económicos y contables, según nos ilustra.

[25] Ver "Sociedades comerciales y derechos humanos. Auto regulación, imperatividad y alcances", en principios y presupuestos del derecho societario del siglo XXI, donde remiten al trabajo de Recio, Juan Ignacio, "Ganancias y pérdidas en las Sociedades Anónimas", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2023, pág. 180 y sgtes. para ver un amplio desarrollo de la cuestión.

para una transición hacia una economía mundial sostenible siguiendo la agenda 2030. [26]

La última Directiva, aplicable desde el 1.1.2024, amplía el elenco de sujetos alcanzados por esta obligación a todas las grandes empresas y a todas las empresas que cotizan en mercados regulados, incluyendo PYMES cotizadas y empresas no europeas con cierto volumen de negocios en la UE.

En sintonía, en España, la sostenibilidad empresarial se ha integrado explícitamente en el "interés social" como noción genérica para las sociedades cotizadas [27] . En dicho país, la ley CREA Y CRECE (del 18/12/2022) transponiendo la Directiva Europea 2017/828 crea las sociedades **SBIC** (de beneficio e interés común) que utilizan recursos privados para obtener un triple objetivo o impacto positivo en la sociedad: económico, social y ambiental. Pretende incentivar a las sociedades a que actúen con propósito con lo que se intenta la reformulación del modelo económico para hacerlo más justo, sostenible y equitativo.[28]Estas sociedades no tienen beneficios ni fiscales ni económicos sino que apuntan a un valor reputacional que las beneficiara por la elección de los consumidores o porque tendrán más accesibilidad a los créditos financieros, sí este sistema también cambia sus principios. La gran duda que plantea el modelo para la doctrina en España es sí toda sociedad puede aspirar a ser SBIC o solo aquellas que posean activos financieros suficientes para poder dotar parte de sus partidas presupuestaria a encaminar y cumplir los principios ESG sin poner en riesgo su propia conservación.

---

[26] Este es un plan de acción adoptado por 193 estados miembros de la ONU con el objeto de lograr un desarrollo sostenible, equilibrando el crecimiento económico, la inclusión social y la protección ambiental cuyo núcleo duro son los 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) que debían alcanzarse en el ano 2030, con 169 metas y más de 230 indicadores. Ya hay una fuerte movida con la opinión de multiples expertos para extender los ODS y la consecución de la agenda al 2050.

[27] El Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, en su Recomendación 12.ª, establece que el interés social debe guiarse por la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, conciliando este interés con los legítimos intereses de los empleados, proveedores, clientes y otros grupos de interés (stakeholders), así como el impacto en la comunidad y el medio ambiente. Ver, entre otras, EMBID IRUJO, J.M./VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law,* Madrid, 2016.

[28] Las hay también en la legislación italiana -societa B-, Francia, EEUU: Benefit corporations, Reino Unido: comunity interést companies, Canada, Peru, Colombia, Ecuador.

En el Reino Unido (Companies Act del ano 2006) establece expresamente que el interés social debe ampliarse para integrar estos conceptos, ampliando los deberes de los administradores.

3.En que consiste la RSA:

En la RSA (o sostenibilidad empresarial según el modelo actual) se establece la incorporación de objetivos tradicionalmente públicos a la gestión de las sociedades.

Los valores que conforman este nuevo paradigma[29] atienden a las medidas que adopta una empresa para reducir su impacto ambiental, contribuir a un mundo más amable para la comunidad e implementar políticas justas, equitativas y responsables en su gestión. Estos incluyen desde la administración de recursos y prevención de la contaminación y el aporte a un desarrollo mundial sostenibles, hasta la promoción de la salud y seguridad, el respeto a los derechos humanos, la no discriminación e implementación de políticas de género, así como el incremento de la diversidad en el directorio y la transparencia en la gestión financiera.

En definitiva es un variopinto elenco de medidas y conductas que la sociedad debe asumir frente al medio ambiente, a sus empleados, a sus proveedores, a sus clientes y al colectivo social que integra. Así, Carroll[30] ha expresado que la responsabilidad social de la empresa abarca las expectativas económicas, legales, éticas y discrecionales de la sociedad, en un momento determinado de tiempo.

[29] Los principios ESG.
[30] A. J., Corporate social responsibility: Evolution of a definitional construct of business and society, 1999.

Todas ellas que exceden largamente las tradicionales conductas esperables a adoptar por las empresas y sus administradores a los fines del cumplimiento del interés social y del deber de lealtad exigible.

4. El Debate y el Impacto en los Deberes de los Administradores:

La integración de la sostenibilidad al mundo del derecho empresario ha generado un **debate fundamental** en la doctrina -jurídica y económica-:

Postura negativa: Una postura sostiene que el fin social es público, exclusiva responsabilidad de los Estados, y que cualquier asunción de intereses por parte de los administradores sociales, fuera de los *shareholders*, es una "deslealtad" para con el deber primordial de aquellos, aceptando las políticas de sostenibilidad solo como política voluntaria.[31]

En esta sintonía **puramente voluntaria**, las nuevas figuras societarias, como las Sociedades de Beneficio e Interés Común (SBIC), son un ejemplo claro de cómo las entidades, aún con ánimo de lucro, pueden buscar -sí así lo deciden, y solo en tal caso- alcanzar objetivos económicos, sociales y ambientales, con un **control sobre el cumplimiento de dichos fines mediante la rendición de cuentas y la divulgación de información no financiera**.

Para esta postura no es deber de los actores privados la asunción del cumplimiento de estos bienes u objetivos públicos como el sostenimiento del medio ambiente, u otras políticas públicas como el desarrollo local, la educación, el deporte, igualdad de géneros, etc. que deberán asumir sus costos sin poder beneficiarse de sus externalidades positivas. Volveremos sobre ella al plantear nuestra posición.

[31] PAZ-ARES, Cándido, «Principio de eficiencia y derecho privado», en AA.VV., *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont* , volumen 3, 1995, págs. 2843-2900.

Postura admisiva: La postura contraria defiende que esta integración de valores es exigible a todas las empresas más allá del lucro, y que a la larga traerá beneficios para la sociedad (beneficios a largo plazo), constituyendo entonces una reconfiguración del interés social así como importando una ampliación del **deber de lealtad de los administradores**. En esta consideración, se entiende que existen una serie de valores **para económicos** a los que la sociedad debe adscribir, y que ellos a la larga traerán una clara mejora económica en el desarrollo empresario, atendiendo -y presumiendo- la existencia de un consumidor que está mutando, y que sus decisiones de consumo no solo las adopta desde un puro costado económico. A ese valor reputacional (en el que se fija el consumidor no comportándose solamente con racionalidad económica) es el que le apunta este modelo.

Para quienes sostienen esta posición, es indudable que la sostenibilidad empresarial no es una opción, sino una **necesidad ineludible y un imperativo legal y ético** que redefine el propósito y la gestión empresarial en el siglo XXI. La integración de los factores ESG en el "interés social" de la empresa y en los deberes de los administradores sería entonces una realidad que se consolida a través de la normativa internacional y nacional. Aunque el camino hacia una gobernanza empresarial sostenible presenta desafíos y debates sobre la asignación de costos y beneficios, así como la discrecionalidad de los administradores, la creación de valor a largo plazo y la legitimación ética, social y política que estas políticas generan, son -en este criterio- beneficios innegables para la empresa y la sociedad en su conjunto.[32]

Se produciría con ello, un **cambio de paradigma fundamental** que redefine los conceptos tradicionales del Derecho Societario.

Quienes sostienen esto, entienden que la noción de "interés social" ha evolucionado desde la mera suma de los intereses de los accionistas hacia una concepción más amplia, que debe considerar “el valor e interés de los terceros vinculados a la empresa”.[33]Ahora, se entiende como la consecución de

[32] Generando un “círculo virtuoso”.
[33] Mercado Sala, Jose P., RCCyCD, Sociedades, doctrina, ano X, nro. 3, pag. 233.
[33] Sala Mercado, obra citada.

un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico, procurando **conciliarlo con los legítimos intereses de los empleados, proveedores, clientes, otros grupos de interés y el impacto en la comunidad y el medio ambiente**.[34]

Así, Sala Mercado[35] sostiene que "la causa fin de la sociedad necesariamente va más allá del simple ánimo de lucro como resultado, pues se pretende que la actividad empresarial sea también afín con la responsabilidad social empresaria, lo que implica que también debe observarse: el cuidado del medio ambiente, los derechos humanos, la función social…los objetivos compatibles con la agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenibles…, igualdad de género, trabajo decente y crecimiento económico…".

A consecuencia de ello y en una reinterpretación evolutiva del concepto de sociedad a la que apunta el autor, parecería que los administradores, en su rol de "buen hombre de negocios, deben observar no solo la rentabilidad económica, sino también el **cuidado del medio ambiente, los derechos humanos y la función social**. La evolución del concepto de sociedad exige una "reinterpretación evolutiva" de sus elementos, lo que ampliaría la esfera de sus deberes más allá de la mera maximización de ganancias. Este autor entiende que la "viabilidad social" se suma a la viabilidad económica como una condición para la continuidad de la sociedad, y que en ella están inexorablemente integrados estos valores.

En ese sentido, entendemos entonces, que el cumplimiento de los principios de sostenibilidad podría **generar responsabilidad para los administradores** si se entiende que la relación con los *stakeholders* integra el "interés social" y redefine el deber de lealtad.

5.- **Nuestra posición**:

[34] Esta ampliación del interés social es explícitamente reconocida en legislaciones como el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas en España y el *Companies Act* en el Reino Unido.
[35] Jose P., RCCyCD, Sociedades, doctrina, ano X, nro. 3, pag. 233, junio 20

De lo hasta aquí expuesto, surge un debate crucial: si la asunción por parte de los administradores sociales de intereses más allá de los *shareholders* es una "deslealtad" para con su deber primordial o si, por el contrario, esta integración de valores es exigible a las empresas más allá del lucro y, a la larga, trae beneficios para todos, constituyendo parte del **deber de lealtad exigible**.

Y, en ese caso ¿Cómo toma la decisión el administrador cuando existe una crisis entre el interés social tradicional y esta nueva aportación? Además, se plantea si la adopción de estas políticas se convierte en un deber impuesto que reduce la discrecionalidad de los administradores y si sus beneficios a largo plazo justifican los costos de implementación? [36]

En nuestro criterio, no existe posibilidad de entender que ha sucedido una modificación sustantiva del concepto de interés social (incorporando a los *stake holders* como parte del mismo), ni la aparición de nuevos y más amplios deberes de los administradores -dentro del deber de lealtad- hacia sujetos que no sean la propia sociedad y los socios de la misma. Ello salvo que se hubiera adoptado este modelo voluntariamente.

Coincidimos con Duprat[37], quien escribió sobre el tema hace largo tiempo, en el sentido de que entendemos que **no es el derecho societario quien debe ocuparse de proteger dichos intereses**, “en particular a través de una desmedida ampliación del concepto de interés social y la consecuente alteración del orden de lealtades de los administradores”. El autor se pronuncia a favor del esquema societario tradicional conocido como modelo contractual o *stockholder*, contra el modelo comunitario o *stake holder*. A ello adherimos.

En punto a la defensa del esquema contractual y el mantenimiento del criterio tradicional de definición del interés social y de los deberes de los administradores Duprat postula en el trabajo citado: 1.- El esquema tradicional

[36] Parece que ello podría interpretarse así en la aplicación de las directivas europeas referidas traspuestas en la legislación interna de los países (ej. España).
[37] Obra citada.

dice, siguiendo a Henry Hanssman[38], reduce los costos de obtención del financiamiento, 2. Siendo la sociedad un contrato (aun en la hipótesis unipersonal) su objeto o fin no puede ser otro en primer término que la maximización de la rentabilidad, que es aquello por lo cual la sociedad se formó[39]. Entiende el autor que no hay mejor juez para la toma de las mejores decisiones societarias que aquel que se llevara las peores consecuencias por una mala gestión; 3. Los costos de agencia: el otorgarle a los administradores un interés social ampliados y un deber de lealtad extrapolado a terceros ajenos, parece habilitar un mayor deber de discrecionalidad de estos y, como contrapartida, una menor posibilidad de control y cuestionamientos de sus conductas por parte de aquellos que los designaron.

Tampoco existe en nuestro criterio, la posibilidad de entender que dichas modificaciones al sistema societario, su estructura y definiciones puedan derivarse o aplicarse coercitivamente por la mera adhesión de nuestro país a algún tratado internacional (ej. Paris con su agenda 2030), y que este sea directamente exigible en su cumplimiento por parte de los entes jurídicos privados, cuando es clara e indisputablemente una obligación asumida por el Estado.[40] En un tratado internacional, el obligado al cumplimiento es el Estado, no los particulares directamente, siendo aquellos los que asumen la responsabilidad de implementar las disposiciones del tratado a nivel interno, a través de su legislación y políticas. Sí de ello se derivara la sanción por parte de nuestro país de una ley con obligaciones especificas distinta sería la cuestión.

En definitiva no puede considerarse que exista un deber fiduciario o de agencia de los administradores para esos terceros dentro del marco de la ley societaria y de nuestro sistema legal (y más allá de la clara obligación que todo sujeto de obedecer y cumplir las leyes de nuestro país).

---

[38] "The ownership of Enterprise", THe Belknap Press of Harvard University, 2000, p. 256.

[39] Cita como ejemplo contrario la ley de sociedades alemana bajo el nazismo de 1937. Esta norma, inspirada en la concepción de la empresa de Walter Rathenau durante la República de Weimar, que sostenía que las empresas -sociedades- debían estar incardinadas al bien común y que, en tal sentido, eran tan importantes para la comunidad que debían protegerse por parte del Estado, incluso, de sus propios dueños.

[40] Es llamativo hoy una vuelta de tuerca sobre esta temática donde significativos país y sus lideres (EEUU por ejemplo) reniegan de dicha agenda. Nuestro país -su gobierno actual- parece militar claramente en esta postura.

Seguimos considerando que es el Estado quien debe ser el sujeto activo de las políticas públicas, y que los privados colaboran con ellos, en primer lugar, a través del pago de los impuestos que deberán ser responsablemente asignados para cumplir con la finalidad estatal. Y, en segundo lugar, regulando con políticas específicas los estándares mínimos a los que deben ajustarse las actividades empresarias para cumplir los fines tendientes a la consecución del bienestar general como sostiene Duprat.

Por otro lado, encontramos severas dudas en considerar que sean los administradores de las miles de empresas de nuestro país los más competentes para definir en cada caso concreto como asignar los valores ESG a la gestión empresarial. Esta asignación de recursos tanto por falta de preparación específica sobre el particular como por la no existencia de una visión estratégica de país a su cargo (que no está en cabeza de ellos sino de la política), tendera a ser habitualmente ineficiente. En este sentido Richard[41] sostenía, que sí bien "Doctrinariamente sana, esta visión se enfrenta con una falta de preparación de las personas concurrentes, y esa concepción parte de la existencia de un estado de prosperidad que no existe, pues enfrentamos una crisis de crecimiento insuficiente".[42]

Además, la búsqueda de objetivos ajenos, diversos a los de los socios muy probablemente como refiere Duprat[43] provocaran que estos tiendan a vender su participaciones o, directamente desalentara futuras inversiones de aquellos que solo tienen en mira hacer un buen negocio. Que control pueden hacer los socios de los administradores llevando estos aadelante agendas ajenas?

Asimismo cabe preguntarse sí en un país como la Argentina, donde el 95 % del entramado productivo esta representado por pymes, la mayoría de ellas familiares, con estructuras modestas y sujetas a los vaivenes habituales de nuestras crisis, puede entenderse realmente que los beneficios que estas

[41] Richard, Efraín Hugo, "Utilidad inmediata de la doctrina de responsabilidad social empresaria", publicado en Responsabilidad social empresaria, XVI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, libro de ponencias, Coordinador Ricardo A. Nissen, Santa Fe 27 y 28 de agosto de 2009, Ed. Universidad Nacional del Litoral, pág. 226

[42] Donde citaba su trabajo "Las crisis argentina y la mundialización financiera", en E.D. 6.3.2002.

[43] Obra citada.

políticas pueden generar en el largo plazo emparejan los costos que su implementación devengara.[44]

El pago de impuestos es el principal instrumento de asignación de recursos de los Estados y, en esta sintonía, vale exigir a nuestros gobernantes una eficiente y útil aplicación de los mismos para atender la agenda pública de bien común.

Sí por el contrario entendemos – lo que no es nuestro caso- que existe una obligación a cargo de las empresas y un deber por parte de los administradores: ¿Las empresas deben internalizar los costos cuando no pueden incorporar todos los beneficios – externalidades positivas – como sí lo haría el Estado? No parece ello razonable ni apropiado.

Y ello nos lleva a preguntarnos sí resulta racional y eficiente en nuestro sistema jurídico societario:

a. ¿sustituir la voluntad social del sujeto Empresa en la gestión imponiéndole una agenda no propia?
b. ¿Reducir, en algún sentido, la discrecionalidad de los administradores imponiéndole decisiones que imponen costos que no necesariamente podrán enjugarse con beneficios en un lapso relativamente cercano?
c. En esa hipótesis ¿Cómo toma la decisión el administrador cuando existe una crisis entre el interés social tradicional al que debe reporta en su toma de decisiones y esta nueva aportación? Como será juzgado por ello? Cuál deber de lealtad debe primar? Como juzgara un Tribunal ello?

Creemos que no puede imponerse un cambio en la concepción del interés social que los administradores deben atender, ni modificarse los deberes

[44] Así puede verse como la hipotética idea de que los consumidores se orientaran a consumir masivamente productos de sociedades que adhieran a esta idea, cuando en las habituales crisis económicas (como la actual) la orientación del consumo se dirige a las segundas, terceras y cuartas marcas.

que la ley le ha impuesto, ni aquellos en beneficio de los cuales lo ha impuesto, a caballo de la agenda de la sostenibilidad sin norma específica o sin que ello haya sido voluntariamente adoptado por las empresas como modelo de gestión.

Refiere Sala Mercado[45] “interés social, en su "indeterminación", permite abarcar diversas situaciones, lo que dota de **flexibilidad al administrador para conciliar estos intereses ampliados**. La viabilidad económica y social de la sociedad" se presenta como una condición de su continuidad, lo que guía la toma de decisiones hacia un equilibrio entre ambos aspectos”. Lo que este magnífico autor ve como una virtud, nosotros lo vemos como una clara complicación para el adecuado desarrollo del entramado societario en los casos en los que la sociedad no ha optado por atender la agenda de sostenibilidad en dicho grado. Esa flexibilidad permitiría al administrador dejar de lado sus deberes básicos y esenciales para con la sociedad y sus socios en aras de una agenda, a *priori*, ajena.

Creemos que como sostiene Peinado[46], que “Toda disposición de recursos de la sociedad para dirigirlos hacia acciones de Responsabilidad Social de la Empresa es escrutable o valorable desde la perspectiva del deber de lealtad de los administradores. La desviación de recursos societarios hacia ámbitos de interés de los administradores no dejaba de poder ser calificada como un comportamiento desleal de éstos”. En este camino se recorta indiscutiblemente la discrecionalidad[47] de los administradores en el ponderado ejercicio de su poder así como se hace participe a la sociedad de cumplir con políticas públicas que son responsabilidad del Estado.

Dicho autor continua diciendo: “No obstante, esta idea, el vínculo entre la consecución de los objetivos de la sociedad y la acción de la gestión de la llamada Responsabilidad Social Corporativa se ha aceptado un tanto acríticamente y sin una adecuada ponderación entre sujetos receptores de tal acción y los retornos beneficiosos para la propia compañía. Antes al contrario, creemos que cabe incluso dudar que un gasto relevante en Responsabilidad

[45] Obra citada.
[46] Juan Ignacio, **BIB 2019\691**, **Publicación:** Revista de Derecho Mercantil num.311/2019 parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2019.
[47] En algún otro (frente a los accionistas) se la amplia como hemos visto.

Social Corporativa no pueda ser valorado como una pérdida de recursos para la Empresa". [48] Hay aquí para Peinado una clara aplicación del denominado teorema de Thomas («si los individuos perciben las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias»), al entender que la aplicación de esta tesis hará que en el largo plazo todos (la sociedades, los estados y los individuos estaremos mejor).

Y así, coincidimos con Peinado en que: "…, introducir políticas de Responsabilidad Social Corporativa con carácter imperativo y aún más políticas vinculantes de relaciones con stakeholders es un error que genera incertidumbres en el ámbito de la diligencia empresarial al tiempo que cercena la discrecionalidad de los administradores sociales, sin que todo ello se base en evidencias empíricas de mejora".

Y no vemos como posible considerar que los deberes de los administradores derivados directamente del entramado societario posean como legitimados a otros (los *stake holders*) que no sean la propia sociedad o sus socios. Las estructuras societarias no fueron creadas para atender fines públicos, no han sido instrumento de ello y, en nuestro criterio, colocarlas en esa posición resultara ineficiente e inadecuado.

Por lo demás, nos resulta difícil entender que en economías como la nuestra esa transformación del modelo económico permitirá que los beneficios a largo plazo que el modelo ESG puede traer (mayor valor de la empresa, mayor valor social por atender al bien común, mejor gestión de riesgos, etc.) resultaran

[48] Transcribimos aquí la nota al pie nro. 35 de dicho trabajo, que ilustra lo referido: "A modo de ejemplo véase el trabajo de IZZO, M.F./ MAGNANELLI, B.S., *Does It Pay or Does Firm Pay? The Relation between CSR Performance and the Cost of Debt* , post el 6 de enero de 2012, disponible en:SSRN: o .Este trabajo aborda la RSC desde la perspectiva de la incidencia del riesgo en el coste de la deuda de las empresas. Partiendo de la idea, casi obviedad, de que a menor riesgo menor es ese coste de la financiación, aborda la hipótesis de cómo la RSC puede ser valorada como un reductor de riesgos y, consecuentemente, el llamado comportamiento ético de la empresa sería percibido por el mercado como un factor de disminución de riesgos: un «premium ético financiero». El trabajo de las profesoras del LUISS investiga de forma empírica (332 empresas son el universo observado durante cinco años) la relación entre la RSC y el coste de deuda. El trabajo parece concluir que la RSC es más valorada como un desperdicio de recursos que puede afectar negativamente al rendimiento de la empresa. Véase también en este trabajo un repaso de la literatura científica anterior sobre los vínculos entre RSC y coste de deuda".

tan beneficiosas como se presume. Nos cabe recordar aquí la famosa frase de Keynes “en el largo plazo, todos estaremos muertos".[49]

A modo de conclusión:

Entendemos que no puede ni corresponde hacer obligatoria para las sociedades en nuestro país la asunción de las políticas de sostenibilidad -más allá del obligado cumplimiento de las leyes que atiendan cuestiones de los principios ESG-;

Solo podrá considerarse que hay una modificación esencial del concepto aplicable de interés social, y una ampliación de los deberes de los administradores hacia los *stake holders*, en sintonía con los principios ESG en caso de que exista una **asunción voluntaria** de los mismos por parte de la sociedad.

En definitiva entendemos con Duprat que las sociedades deben “buscar en forma prioritaria, el cumplimiento del objeto social y procurar el beneficio de sus accionistas y no el de aquellas personas o grupos que puedan ser afectados por la gestión empresarial”.

[49] John Maynard, "Breve tratado sobre la reforma monetaria", publicada en 1923.

"Convergencia normativa y la prueba en las acciones de responsabilidad por art. 99 LGS en los procesos falenciales"

por Gabriela Fernanda Boquin

In memorian del Dr. Efraín Hugo Richard

1. PALABRAS PRELIMINARES EN HOMENAJE AL DR. EFRAÌN HUGO RICHARD

De duelo esta la escuela comercialista. Ha perdido a un guía, formador y excelso jurista. Si bien su prolífica obra no nos permite sentirnos huérfanos, extrañaremos sus participaciones, el acompañamiento y sus sabias enseñanzas en el derecho y la vida.

Me atrevo a rendirle homenaje en esta contribución en "DECONOMI" en nombre de quienes por fuera de la Provincia de Córdoba nos reconocemos como sus discípulos

Es que el doctor Efraín Hugo Richard, con sabiduría, constancia, generosidad y coherencia ha sembrado ideas que germinaron a lo largo de todo el país, colaborando con investigaciones, tesis, ponencias y artículos de cada incipiente o novel doctrinario que quisiera incursionar en la tarea académica.

Su pasión por el derecho sumada a la docencia ha generado a través de su incansable trabajo en años una verdadera escuela a la cual me siento orgullosa de pertenecer.

Podemos decir que el doctor Richard era un Maestro, pero sinceramente creo que superó ese concepto pues el sustantivo, que es más un calificativo para reconocerlo, puede caberles a muchos, pero la formación de una "escuela" solo se les reconoce a unos pocos.

Quien forja ideas, una corriente doctrinaria no solo enseña, sino que permite la evolución y crecimiento de sus propios discípulos, los acompaña con generosidad en el proceso de aprendizaje, y a la vez también los cuida, los

respeta, los alienta y les marca las disidencias en el momento de que esos frutos que con cuidado ha plantado logran ver la luz. Todo eso hacia el querido Hugo.

Propio de un hombre sabio y de bien se enorgullecía del logro de quien había estimulado. Se alegraba con su crecimiento y como un padre contenía ante la frustración buscando que ella no anidara en el espíritu de aquel que todavía tenía un largo camino por delante.

Recuerdo los Congresos de internación que siempre fueron su ideal de trabajo. Quería que la camaradería reinara y solo nos distrajeran las charlas amables consecuencia de la convivencia en unos días de la sierra.

El maestro sabía que aislándonos solo por 3 días en el marco del paisaje serrano iba a lograr que nuestros lazos académicos se transformaran en amistades duraderas en el tiempo que hoy nos sostienen en el estudio y fuera de él. Nos permite aconsejarnos y acompañarnos, dándonos un ejemplo de cómo proceder para generar escuelas e inspirar a los jóvenes a estudiar a perfeccionarse, a investigar , ya que una idea solitaria muere más rápido que lento, pero una corriente, una doctrina, liderada por quien sabe dejar crecer, se convierte en un pensamiento profundo e imbatible que perdura en el tiempo sin que pueda ser silenciado por ideas posmodernas pasajeras pues se actualiza por el crecimiento y evolución de quienes lo siguen y se integran.

Para los que siempre nos preocupó la convergencia entre el derecho comercial y el derecho civil, considerándolo en una integralidad sabiendo que el sistema societario y mucho más aún el concursal requieren de una interpretación que asuma el dialogo de fuentes y no se los considere como departamentos estancos o islas separadas por océanos infranqueables, el Dr. Richard fue nuestra referencia indubitable ya que se destacó siempre por sus consideraciones- con coherencia y firmeza- en sus discursos y obras, en torno a las relaciones de organización personificadas y el sistema de derecho privado.

Hace muchos años empecé a trabajar el tema de la responsabilidad de socios y administradores, haciéndolo converger en el sistema concursal. Lo consultaba asiduamente, hasta en sus últimos días y él siempre tuvo tiempo para darme. Discutíamos ideas y me escuchaba atentamente. Y con ello me regaló más enseñanzas que las jurídicas…la apertura mental para escuchar nuevas

ideas permite que estemos en permanente evolución, cambio y movimiento, lo cual es la fuente de la verdadera sabiduría

Vaya por eso, y muchas cosas que guardarè por siempre en mi memoria, y corazón no solo mi reconocimiento, agradecimiento y homenaje por los años de enseñanza brindados sino mi cariño, recuerdo y admiración.

Como ejemplo de persona y jurista que fue, deberíamos proponernos honrarlo a través de lo que no ha enseñado hasta que nuestro intelecto lo permita…

2. ANTECEDENTES

Decía el querido Maestro Efraín Hugo Richard "El uso de la expresión "infra capitalización" como los que registra la jurisprudencia, la academia y las diversas legislaciones sobre avizorar la crisis, insolvencia, cesación de pagos, suele ser impreciso cuando no equívoco, vinculándose muchas veces con la función de productividad del capital social. Por eso nos referimos puntualmente a la "pérdida del capital social" (total o parcial según la legislación) que determina una causal de disolución, y que hace a la función de garantía del capital social y que se advierte en un patrimonio neto negativo o neutro, donde el pasivo es superior al activo" y que "La sociedad es un instrumento jurídico técnico maravilloso de organización de carácter universal, disponible en su constitución y funcionalidad a la autonomía de la voluntad de los socios y la gestión de los administradores. Pero este instrumento de organización uni o plurilateral no puede ser usado para dañar a terceros ni transmitir la responsabilidad de socios y administradores a acreedores. Pocas normas acotan esa autonomía de la voluntad en la constitución en cuanto a capital mínimo, pero existen normas imperativas de cierta uniformidad que tienden a evitar esos daños y que se corresponden a lo que suele llamarse "la función de garantía del capital social"[50]

Repetía incansablemente el Maestro [51] que las acciones de responsabilidad que surgen del incumplimiento de las mandas del art. 99 LGS

[50] Richard Efraín Hugo, DECONOMI AÑO II – NÚMERO 2 ***"El concurso de sociedades"***

[51] Richard E. Hugo "Principio de legalidad y fuentes del derecho en las relaciones de organización personificadas. El "contraderecho" en los concursos y sociedades. El Derecho Año LXIV. Ed. 311 4/6/2025, págs. 2/7. El Maestro nos regala en su última publicación una síntesis de su pensamiento en materia societaria y concursal, más específicamente alrededor de la eficacia y aplicabilidad del art. 99 LGS

pueden ser ejercidas en el marco de la quiebra ya sea por el síndico como por los acreedores en forma individual

Esta posibilidad surge del propio art. 178 LCQ que no diferencia entre los distintos tipos de acciones reguladas en la ley de sociedades, sólo indica que

Los legitimados pasivos de este tipo de reclamos pueden ser tanto los administradores como los socios.

Cada uno de ellos responderán por conductas antijuridicas distintas, aunque parten de la misma circunstancia fáctica: la infrapatrimonializacion de la sociedad y la continuidad de operaciones ajenas a actos destinados a sanearla o a la liquidación.

Afirmamos que las conductas reprochables son diferentes pues al administrador se le imputará no haber informado a los socios y/o no proceder a los actos necesarios para sanear o liquidar a la sociedad, prosiguiendo con la actividad y generando nuevos pasivos que sabe no podrán ser atendidos.

A los socios, mayoritarios, en cambio se les exigirá que respondan ante el conocimiento de la situación y la evasión de las acciones necesarias para evitar los daños que genera la infrapatrimonializacion

Los primeros responderán por las obligaciones insatisfechas que hubiesen nacido a partir de la comprobación de la circunstancia fáctica (obligación ex lege), mientras los segundos deberán atender los daños y perjuicios generados.

Estas diferencias tienen consecuencias a las pruebas exigidas en uno y otro caso y para considerarlas debemos recurrir a la convergencia normativa entre la Ley General de Sociedades y el Código Civil y Comercial de la Nación.

3. LA CONVERGENCIA NORMATIVA

¿Quién puede dudar que la norma del art. 99 de la Ley General de Sociedades no debe ser complementada por la más clara redacción del art. 167 del Código Civil y Comercial de la Nación? A más de 51 años de su sanción no existen casi precedentes que hagan uso de dicha norma societaria ante el acaecimiento en los casos concretos de los presupuestos en ella previstos, no lográndose acuerdo en la doctrina a la fecha acerca del alcance de la frase “sin

perjuicio de la responsabilidad de estos" al considerar la de los socios diferenciándola o asimilándola a la de los administradores.

Vayan algunos ejemplos de las discrepancias considerado lo expuesto por Zaldívar, Manovil, Ragazzi y Rovira[52]:

Responsabilidad de los socios. El artículo 99,2 parr. En su parte final dice "… sin perjuicio de la responsabilidad de estos". Este añadido, a simple vista incidental, es sin embargo de trascendental importancia en el punto.

Quiere decir que los socios que han consentido la continuación de la actividad de la compañía después de haber sido disuelta hoy responden personal solidaria e ilimitadamente por los daños causados a terceros

O por Vitolo[53]

Con relación a la referencia que hace la ley a la responsabilidad de los socios, la misma incluye -desde nuestro punto de vista- a todos los socios, hoy sin distinción del hecho de que conozcan, consientan o se hubiesen beneficiado de tal actuación, pues de lo que se trata en este caso es de proteger a los terceros y no sancionar a quienes consientan la actuación exorbitada de los administradores

Si bien en los casos en que los administradores continúen desarrollando la actividad societaria ignorando que el ente esté disuelto no puede hablarse de que la sociedad haya derivado en una sociedad irregular, pues la irregularidad no puede ser un estatus a que se pueda alcanzar por derivación -no hay irregularidad sobreviviente-, lo cierto es que sí pueden resultarle aplicables a los socios y administradores las normas que en materia de responsabilidad, fija en los artículos 23 y siguientes para las sociedades no constituidas regularmente

O por Nissen[54]

En cuanto a los socios el segundo párrafo del artículo 99 de la ley 19550 los responsabiliza de la misma manera frente a los terceros constituyendo

[52] Zaldívar Enrique, Manovil Rafael, Ragazzi Guillermo Rovira Alfredo Cuadernos de Derecho societario T III Volumen Cuarto Aspectos particulares en la evolución de las sociedades Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, página 290.
[53] Vitolo Daniel Roque Sociedades Comerciales Ley 19550 Comentada editorial Rubinzal Culzoni T II página 443, Santa Fe 2007
[54] Nissen Ricardo A. Ley de Sociedades Comerciales comentada Tomo II Thomson Reuters La Ley Buenos Aires 2017 primera edición páginas 192 y 195

esta norma una importante excepción al régimen de la responsabilidad limitada que caracteriza a los integrantes de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada pues el régimen consagrado por esta norma no efectúa ninguna distinción del tipo social del que se trate como siempre lo hace cada vez que establece una responsabilidad de esta naturaleza para los integrantes de una sociedad comercial (art.106)

Los fundamentos que justifican esa ampliación de responsabilidad saltan a la vista, pues si los socios consienten-expresa o tácitamente-que los administradores ignoren, en forma total o parcial el trámite liquidatario, y la continúan desarrollando el objeto social sin solución de continuidad, como si nada hubiese ocurrido, es inadmisible que continúe vigente un determinado sistema de responsabilidad que como el que caracteriza las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, debe considerarse excepcional y que solo tiene vigencia durante la vida dinámica de la sociedad y durante el período liquidatario, en tanto y en cuanto la sociedad transite efectivamente esta etapa…

…si la compañía continúa desarrollando sus actividades empresarias habituales y los socios lo consienten, estos deberán responder en forma solidaria y limitada con la sociedad por las obligaciones que excedan el trámite de liquidación. Mantener un sistema legal en donde la sociedad no cumple con sus compromisos por carecer de toda posibilidad para hacerlo y los socios se amparan en el beneficio de la limitación de la responsabilidad, implica una verdadera burla a la seguridad jurídica y a los derechos de todos aquellos que se han vinculado con la sociedad, que el derecho no puede consentir ni el sistema capitalista tolerar, en tanto implica una traslación de los riesgos empresarios a terceros, inadmisible para este tipo de economía.

…Obviamente, no se refiere a la responsabilidad de los socios de acuerdo con el tipo social que integran, porque sería redundante, sino a las circunstancias de verse privados del beneficio de excusión consagrado por el artículo 56 para las sociedades regulares al resultar inoponible a los terceros las cláusulas de limitación de responsabilidad por haber perdido vigencia el contrato del cual formaban parte.

O por Favier Dubois[55]

¿El artículo 99 no asigna responsabilidad amplia+? los socios pudiendo interpretarse válidamente la referencia a ellos en el sentido de que lo serán según el tipo social o en el mejor de los casos en la medida de su consentimiento de la situación.

En idéntico sentido que Verón[56]

La disolución de la sociedad no opera retroactivamente por lo cual la responsabilidad de los socios respecto de las obligaciones contraídas por la sociedad durante la vigencia del contrato hay que determinarla en función del tipo social.

Para luego contradecirse diciendo

+…es improcedente cualquier acción o medida precautoria contra los socios de una sociedad de responsabilidad limitada por operaciones realizadas con posterioridad al plazo de duración o de producida cualquier otra causal de disolución si no se demostró que tales actos exceden de los admisibles en el estado de la de liquidación.

O el maestro Richard[57] quien más profusamente ha escrito y disertado sobre el tema

Es coherente sobre ello el art. 167 CCC en su segundo párrafo "La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero", y el último párrafo "En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto". Se observa entonces que, la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es

[55] Favier Dubois E. (h) "Disolución e irregularidad" ponencia presentada en las Segundas Jornadas nacionales de Derecho Societario Buenos Aires septiembre 1981, citado por Nissen Ricardo A. en Ley de Sociedades Comerciales comentada Tomo II Thomson Reuters La Ley Buenos Aires 2017 primera edición página 195

[56] Verón Sociedades Comerciales Ley 19.550 T 2 Editorial Astrea página 270

[57] Richard, Efraín Hugo "Sobre la personalidad jurídica privada" El Dial https://www.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/pdfley/Richard%2C%20Efrain%20Hugo.%20Sobre%20la%20personalidad%20juridica%20privada.pdf

insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 LS, aunque más acotado.

Quien también dice[58]

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión. A su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento, anticipándose a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. La crisis societaria suele llevar al proceso concursal que tiene especiales notas en el caso del concurso de una sociedad

…La integración entre los arts. 99 LGS y 167 in fin CCC se genera por imperio del art. 150 CCC que dispone que en defecto de la ley imperativa societaria se aplica la norma imperativa del CCC. Y en el caso esta última norma aclara en qué casos surge responsabilidad de los socios que han actuado –u omitido actuar- conforme a una manda legal, generando antijuridicidad.

…Es que la responsabilidad por daños es la consecuencia del incumplimiento de normas imperativas, que hace a la compatibilidad de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC

La responsabilidad se genera ante daño concreto a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos, la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta

[58] Richard, Efraín Hugo "*El concurso de sociedades*" Revista DECONOMI Año 2 Numero II del Departamento de Derecho Económico y empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0004-N09-RICHARD.pdf

de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

Juntamente con Márquez[59] han referido

…Los administradores deben hacer una apreciación del valor de los activos en caso de liquidación y actuar en consecuencia de allí que las normas no+ impongan plazo alguno, pero apunten a la responsabilidad de administradores y socios de control (arts. 150 CCC y 99 LGS integrado por defecto por el artículo 167 CCC).

…Las normas propias de la ley de concursos y quiebras –hoy? Más cuando la acción se proponga en ese fuero-, conjugadas con las de la Ley General de sociedades y las del Código Civil y Comercial (tanto en la responsabilidad específica de administradores, órgano de gobierno y de fiscalización, cuanto las normas generales de la responsabilidad civil) serán material válido para atribuir o no atribuir a los órganos responsabilidad por los daños sufridos por los acreedores insatisfechos

O por Roitman[60] quién al apreciar posibilidad de continuación del giro habitual de la empresa en infracción a las normas del artículo 99 considera a los socios sujetos a un régimen de responsabilidad si estos consintieron o se beneficiaron con la infracción a la norma imperante, reconociendo que se encuentra comprometido el orden público y el derecho de los terceros y aún el de los socios que no lo consintieron respecto de su derecho a la cuota de liquidación. Así concluye sobre la responsabilidad por las obligaciones generadas en ese periodo respecto de los socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron excluyendo de responsabilidad a aquellos que ni se beneficiaron ni conocieron la situación.

O por Araya que hace 18 años decía[61]

Tampoco dispone sanciones propias, específicas, ni para los administradores, en caso de falta de cumplimiento de la obligación de convocar

[59] Márquez José Fernando, Richard E. Hugo la teoría de la responsabilidad civil en la Ley General de sociedades ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba octubre 2022, en los Libros del Congreso Tomo III página 445.
[60] Roitman Horacio Ley General De Sociedades Comentada Y Anotada Tomo II pagina 490/491. Editorial Thomson Reuters
[61] Araya Miguel Carlos Pérdida del capital social e insolvencia La Ley 2005-F, 1271

a asamblea, ni para los accionistas, por la eventual falta de toma de decisiones orientadas hacia las soluciones impuestas por la ley de sociedades comerciales

Para más recientemente considerar[62]

…Nos adelantamos a manifestar que en este punto consagra un régimen harto insuficiente que significa una débil protección a los acreedores…

…la aplicación en la práctica judicial de este régimen de responsabilidad nacional a los administradores ha sido muy escasa. Tal vez por la insuficiencia de nuestra legislación, tampoco precisa en ese aspecto o tal vez, porque el agudo proceso inflacionario que ha azotado a la Argentina, durante tantas décadas ha tornado ilusoria su aplicación obligando incluso en periodos concretos a suspender su vigencia…

Schneider[63] por otro lado considera

…El conflicto de interés típico de la relación crediticia entre socios y acreedores (y otros stakeholders en general) no encuentra respuesta adecuada, al menos en forma completa en el derecho de sociedades, sino que precisa acudir a otras ramas del derecho, dudando de la idoneidad del ordenamiento que regulen directamente la relación jurídica de que se trate.

De las posiciones expuestas, qué lejos están de ser todas las existentes en la doctrina, se observa contradicciones y oposiciones respecto de la interpretación del artículo 99 de la ley general de sociedades, que quizás sea la causa probable de su poca consideración en los tribunales.

Pero siendo como es una norma de carácter imperativo, respecto de lo cual no hay dudas en la jurisprudencia y posiciones doctrinarias, es que requiere su integración por el defecto de su redacción con la norma que es su correlato en el código de fondo es decir el artículo 167, para así despejar dudas y aplicarla en la práctica sacándola del ostracismo a la que fue sometida en medio siglo de existencia.

[62] Araya Miguel Carlos Nuevas Reflexiones sobre la pérdida de capital social y la cesación de pagos. Revista de derecho privado y comunitario 2019-2 Insolvencia Editorial Rubinzal Culzoni editores página 91/104
[63] Schneider Lorena R. "Responsabilidad del directorio y el riesgo empresario" Editorial Marcial Pons página 118

Lo expuesto es una clara demostración que la convergencia normativa no solo es posible, sino que resulta necesaria y de imperiosa aplicación

4. LA PRUEBA

Ahora bien, introduciéndonos a la temática de la prueba en este tipo de acciones, no nos alejaremos del apotegma de que el que alega debe probar. Sin perjuicio de ello, algunas notas distintivas que nos trae el Código unificado aplicables a las acciones de responsabilidad deben ser consideradas a los efectos de considerar la imputación contra administradores y socios como consecuencia de la infrapatrimonialización

Es que, si bien la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega, el juez conforme el artículo 1735 CCCN cuenta con facultades judiciales para poder distribuir la carga de la prueba de la culpa o, de haberse actuado con la diligencia debida, ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportar. Esto es lo que se denomina carga dinámica de la prueba.

Si el juez considera pertinente hacer uso del criterio de la carga dinámica probatoria durante el proceso, así debe notificarlo para asegurar el debido proceso, y permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hacen a su defensa.

Respecto de la relación de causalidad la carga de la prueba corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma.

Ahora bien, el artículo 99 de la Ley General de Sociedades imputa la relación de causalidad entre el daño y la violación del deber de conducta impuesto al administrador en cuanto a que, una vez comprobada la causal de disolución, solo puede atender los asuntos urgentes y adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación, ya que establece que cualquier operación ajena a este fin lo hace responsable ilimitada y solidariamente respecto del tercero.

No es necesario, en estos casos, probar la relación de causalidad, pues la imputación de responsabilidad es directa ante la conducta antijurídica. Se trata de una responsabilidad ex lege por obligación ajena.

La prueba entonces debe versar sobre la existencia de la causal de disolución y el conocimiento que de esta tiene el administrador, pero al referirnos a la infrapatrimonialización, por lo general esta es evidente por la debida diligencia que, en este sentido, le debe poner a la gestión cotidiana de los negocios.

Otro tema diferente es la prueba del factor de atribución que resulta necesario para adjudicar responsabilidad a los socios. El artículo 1734 establece que, excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución corresponde a quien lo alega rigiendo también la posibilidad de la carga dinámica de la prueba.

En cambio, el daño, que también debe ser acreditado por quien lo invoca, como en el artículo 1744 se establece, no requiere de prueba cuando surge notorio de los propios hechos.

Y esta es la situación que corroboramos en las quiebras de sociedades infrapatrimonializadas, ya que en estos tipos de procesos no existe activo suficiente para responder a una gran cantidad de pasivo que queda insoluto.

Evidenciada la infrapatrimonialización, probada la conducta antijurídica de los administradores de haber seguido gestionando más allá de los asuntos urgentes o de la actividad destinada a la liquidación y la de los socios controlantes, que a pesar de haber podido ponerle fin a la situación, no lo han hecho, el daño no requiere de prueba ya que es notorio: los créditos no pueden ser abonados quedando insatisfechos.

Por supuesto que quedará sujeto a prueba el daño que vaya más allá de ese pasivo insoluto, como, por ejemplo, las consecuencias mediatas previsibles, pero eso ya debe ser probado por cada acreedor en una acción que a mi criterio excede la que puede ser ejercida en la quiebra.

5. LA CONTABILIDAD COMO PRUEBA

La Ley General de Sociedades impone un régimen de contabilidad para las sociedades a partir del artículo 61 al 66.

De estas normas, debemos destacar cuestiones de carácter imperativo que hacen a la temática aquí tratada como:

1. Que el sistema de contabilización debe permitir la individualización de las operaciones, las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación.
2. Que las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299, inciso 2, y las sociedades por acciones deben presentar estados contables anuales.
3. Los contenidos del balance deberán ser formalizados y expresados conforme el artículo 63, con los detalles que establece esta norma para el activo y el pasivo, y debe agruparse la información de modo que sea posible distinguir y totalizar el activo corriente del activo no corriente, el pasivo corriente del pasivo no corriente.
4. Debe haber un estado de resultados con las exposiciones exigidas en el artículo 64, ya que es crucial para saber si la empresa es viable, y para la constatación de los gastos ordinarios de administración, de comercialización, de financiación y cualquier otro que corresponda al ejercicio que se trate.
5. Este estado de resultados deberá presentarse de modo tal que muestre por separado la ganancia o la pérdida de las operaciones ordinarias y extraordinarias de la sociedad, y determinar la ganancia o pérdida neta del ejercicio a la que se adicionarán o deducirán las derivadas de ejercicios anteriores con claridad.
6. Conforme lo dice el artículo 64, el estado de resultados deberá complementarse con el estado de evolución del patrimonio neto.
7. Debe haber exigencia de notas complementarias; para el caso en que la correspondiente información no estuviera contenida en los estados contables, debe considerarse parte de aquellos.

8. La memoria es fundamental para que los socios conozcan el estado de la sociedad respecto de las distintas actividades en las que operó, por lo que los administradores deben hacer un juicio sobre la proyección de las operaciones futuras y cualquier otro aspecto que se considere necesario para ilustrar la situación presente y futura de la sociedad. La memoria es fundamental porque precisa o determina la estimación u orientación sobre perspectivas de futuras operaciones y las razones de variaciones significativas operadas en las partidas de activo y pasivo.
9. El art. 294 inc. 5, impone a la sindicatura de las sociedades anónimas controladas presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario balance y estados de resultados.

El Código Civil y Comercial de la Nación también contiene normas imperativas, como el artículo 320 que determina que están obligados a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realicen una actividad económica, organiza o son titulares de una empresa o establecimiento comercial industrial agropecuario o de servicio; y se agrega el 321 que establece el modo de llevar la contabilidad sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras.

Expresamente el art. 324 dice: “Los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva, y deben archivarse de una forma metódica que permita su localización y consulta”.

Está claro que este último párrafo acerca de la obligación de posibilitar la localización y consulta de las actividades y actos sujetos a registración tiene como principales beneficios a los terceros, además de a los propios socios.

En consonancia con ello, el Código prohíbe:

Alterar el orden en que los asientos deben ser hechos, dejar blancos que puedan utilizarse para intercalaciones o adiciones entre los asientos, interlinear, raspar, enmendar o tachar, ya que todas las equivocaciones y

omisiones deben salvarse mediante un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error mutilar parte alguna de los libros contables, arrancar hojas, alterar la encuadernación, la foliatura y cualquier otra circunstancia que afecte la inalterabilidad de la registraciones (art. 324 CCCN).

Por otro lado, agrega que los libros y registros contables deben ser llevados en forma cronológica actualizada sin alteración alguna que no haya sido debidamente salvada; también deben llevarse en idioma y moneda nacional, deben permitir determinar el cierre de cada ejercicio económico anual, la situación patrimonial, su evolución y resultados (art. 325 CCCN).

Como los libros y registros deben permanecer en el domicilio de su titular, la pérdida o sustracción debe estar absolutamente justificada en hechos reales y ser seguida por la reconstrucción pertinente, ya que como los asientos deben respaldarse con la documentación que debe archivarse de forma metódica, la reconstrucción es un hecho posible y debido.

Respecto de los ejercicios contables, el Código establece complementando la Ley General de Sociedades que, como mínimo, debe estar bien claro el estado de situación patrimonial.

Ahora bien, el incumplimiento de toda esta normativa, de la cual sólo pretendimos hacer una simple enunciación genera consecuencias atento al carácter imperativo de la misma

La desaprensión en el cumplimiento de normas imperativas de la Ley General de Sociedades y aun del Código Civil y Comercial de la Nación debe ser considerada una conducta dolosa y la prueba en este sentido estaría dada por la comprobación del sólo hecho de inobservancias graves, contundentes y generalizadas.

Se debe tener en cuenta que el artículo 330 refiere acerca de la eficacia probatoria de los libros: la contabilidad obligada o voluntaria llevada en forma y con los requisitos prescriptos debe ser admitida en juicio como medio de prueba.

Ahora bien, los registros prueban contra quién la lleva, aunque no estuvieran en forma sin admitirse prueba en contrario.

Siempre el juez tendrá la facultad de apreciar la prueba y de exigir, si lo considera necesario, otra supletoria.

Es de mucho valor el artículo 331 del Código ya que justamente el concurso, la liquidación y/o la quiebra permite la exhibición general de registros o libros, pudiendo hacerse auditorías y pesquisas de oficio para inquirir si los administradores los llevaban o no en legal forma. Esto nos demuestra que en el proceso concursal la prueba de los libros es esencial para apreciar las acciones de recomposición patrimonial y, por ende, de responsabilidad de los administradores sociales.

En este punto vuelvo a destacar la importancia de la memoria, ya que no es parte de un estado contable sino su información complementaria, pero debe redactarse siguiendo los principios de veracidad y exactitud propios de los estados contables[64], versar sobre el ejercicio vencido, ejercicios anteriores, perspectivas futuras de la sociedad, debiendo exponer los hechos, circunstancias, datos y razones vinculadas a esas apreciaciones. Y, si bien sirve para la interpretación del balance, es una verdadera comunicación social porque en ella se explicita las acciones concretas sobre la viabilidad presente y futura del ente.

Con la memoria es que los socios deben tomar las decisiones adecuadas ante las perspectivas de la infrapatrimonialización inminente, y decidir capitalizar o liquidar ante el patrimonio neto negativo presente e insuperable, de acuerdo con el análisis que surge de este instrumento. Con lo cual constituye una prueba de inexorable análisis para el juzgador, ya que su omisión, vaguedad o falsedad implicará presunciones *iuris tantum* a la hora de adjudicar responsabilidades a administradores y socios controlantes.

Finalmente, cómo la contabilidad es vital a los fines de determinar imputaciones o adjudicaciones de responsabilidad por situaciones de infrapatrimonializacion es que si bien el artículo 328 establece que los libros deben conservarse por diez años desde el último asiento o desde la última anotación, el hecho de que un sujeto se encuentre en proceso concursal en virtud al deber de cooperación la contabilidad debe resguardarse más allá de ese

[64] Fargosi, Horacio, "El artículo 66 de la ley 19.550". *Estudios de derecho societario*. Ed. Abaco, Bs. As., 1978, pp. 135-136.

plazo, durante todo el tiempo que dure el proceso en la etapa de la negociación cumplimiento y/o liquidación. Ello en virtud a que el síndico sólo se encontraría habilitado a accionar como representante de la masa pasiva a partir del decreto de quiebra y que las obligaciones ex lege por las cuales deberán responder los administradores o las de responsabilidad por culpa o dolo de los socios, en caso de que se configure la situación prevista en el art. 99 LGS, quedará plenamente establecida a partir del momento en que sea un hecho cierto la insatisfacción de las acreencias por insuficiencia de activo, además que los acreedores posteriores a la producción de la insolvencia con infrapatrimonializaciòn, salvo casos evidentes, no podrán saber con certeza la medida o proporción en que sus créditos pueden verse pagados, situación que excluiría cualquier posibilidad de reclamo por falta de dolo.

6. CONCLUSIONES

En los procesos de acciones de responsabilidad por infrapatrimonializaciòn en el marco de una quiebra debe diferenciarse quienes son los legitimados pasivos a los fines de valorar y determinar la prueba necesaria para generar imputaciones.

La convergencia normativa entre Código Civil y Comercial de la Nación es esencial a tales efectos, tanto como considerar la aplicabilidad del art. 99 LGS en concreto.

Sólo la hermenéutica integradora no llevará a soluciones adecuadas en los conflictos judiciales en los cuales la insolvencia societaria es consecuencia de la violación de normas imperativas.

"Sobre el derecho de crisis de sociedades"

por María Fernanda Cocco[65]

Traigo a colación en este número en Homenaje a mi querido Maestro y entrañable amigo Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard algunas reflexiones que planteamos en el XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y en el X CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA organizados y realizados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en octubre de 2024.

En los últimos años, a Hugo le interesaba poner en el tapete aquello "de lo que no se habla", es decir, aquellas temáticas que no eran visibilizadas en las discusiones, debates e intercambios jurídicos. Nos llamaba a la reflexión sobre ello.

Hablar de un derecho de crisis de las sociedades nos permite, desde esa visión compartida, adoptar una perspectiva distinta en el análisis de los sistemas societario y concursal imponiendo su integración armónica y superando las miradas tradicionales.

---

[65] Abogada, Procuradora, Notaria, Especialista en Derecho de los Negocios, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba.
Profesora Auxiliar por concurso de Derecho Privado IV -Sociedades y Relaciones de Organización- en la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba.
Profesora Auxiliar por concurso de Sociedades en la Facultad de Ciencias Económicas Universidad Nacional de Córdoba
Secretaria Académica del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Coordinadora Académica del Programa de Derecho Comercial y de la Empresa del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba.
Integra varias asociaciones académicas vinculadas al derecho comercial y de la empresa: Integrante como miembro titular del Comité Asesor Permanente de Congresos de Derecho Societario Argentino; Miembro activo del Instituto de Derecho Comercial del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba; Representante de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba en el Círculo Iberoamericano de Derecho Mercantil (IBERODEMER).
Publicaciones y participación activa en calidad de Directora, Coordinadora, ponente y asistente de numerosos congresos y eventos académicos vinculados al derecho comercial y de la empresa.
Correo electrónico: fernanda.cocco@unc.edu.ar

En este sentido, el derecho corporativo[66] brinda un sistema para afrontar la crisis de las sociedades. Ese sistema se encuentra albergado, principalmente, en las normas relativas a la disolución y liquidación de estas.

Como una aclaración previa, la referencia es a las crisis económico-financieras de las sociedades, intentando superar así la ambigua alusión que en el derecho concursal se hace a deudor, empresario y empresa, sin distinción entre persona humana o jurídica.

Esa ambigüedad genera, según la visión compartida con el maestro, una aparente pugna entre sistemas normativos: el especifico de las personas jurídicas -artículo 150 CCCN-, el del derecho societario y sus normas imperativas, y el del derecho falimental recogido en la Ley de Concursos y Quiebras, donde entendemos se desconocen los preceptos imperativos tal como han destacado Efraín Hugo Richard y Juan Carlos Veiga en el trabajo: "El Contraderecho. Las costumbres *contra legem* en los procesos concursales de sociedades" del año 2015[67], ratificando ideas que venían sosteniendo desde varios años antes respecto de las quitas en los procesos concursales de sociedades.

La problemática que plantea el artículo 150 CCCN es el referido a la vinculación de las propias normas de ese cuerpo normativo con las leyes especiales[68]. En este punto hacemos propia la sistematización que hiciera Palmero (2021) sobre el particular[69] y que detallamos a continuación:

---

[66] Código Civil y Comercial de la Nación, regulación de la Persona Jurídica. Ley General de Sociedades N° 19550 y modificatorias. Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N° 27349.

[67] RICHARD, Efraín Hugo – VEIGA, Juan Carlos "EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS) en *Pensar en Derecho,* Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires

[68] Véase nuestro: Cocco, María Fernanda LA OPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y SU PARTICULARIDAD EN EL DERECHO SOCIETARIO. EFECTOS ERGA OMNES DE LA SOCIEDAD – Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad Facultad de Derecho Universidad Nacional de Córdoba – Córdoba –Argentina – 2024.

[69] Palmero, Juan Carlos "LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO Y DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. PARTICULARIDADES ANTE LA CRISIS" – Conferencia dictada en el marco del Ciclo de

- la vinculación que se regula es una relación de género a especie, donde el género es la persona jurídica privada y la especie son las diversas formas jurídicas personificadas;
- esa vinculación puede implicar una situación de tensión ante una norma imperativa de la especie con una del género, o puede implicar una situación de supletoriedad integrativa o de supletoriedad contrapuesta, y este es el triple criterio que se fija para la solución del conflicto;
- el desafío que plantea esta norma al intérprete viene dado por la evolución histórica en nuestro país de la teoría general de la persona jurídica. Entiéndase claramente, durante la vigencia del código velezano la regulación legislativa prevista en ese cuerpo normativo aparecía como suficiente para ese momento histórico; luego, en el año 1972 irrumpe la Ley de Sociedades Comerciales, y con sus posteriores modificaciones impuestas, también, por el momento histórico, se formula una regulación (desde la especie preponderante) aplicable a la persona jurídica privada (género); y, hoy, nos encontramos, por el momento histórico, frente a normas que estaban en ese estatuto particular y que se han incorporado para la persona jurídica privada (género) y, a la vez, no se ha derogado la norma equivalente (que sigue siendo aplicable a la especie) en el mismo.
- al haberse previsto en el CCCN un sistema normativo completo sobre la persona jurídica privada, se establece una estructura hermenéutica que encuentra sus límites en las propias normas de dicho sistema.

Desde el derecho corporativo, nos encontramos con dos disposiciones clave: los artículos 159 y 167 CCCN. El 159 regula el deber de

Conversatorios "Empresa y Crisis. Propuestas innovadoras pensando el derecho comercial para la Argentina" El Instituto de la Empresa navegando con elArca el día 17/11/2021 y cuyo link de acceso a través del canal de YouTube del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba es https://www.youtube.com/live/AxiPYS432nw?feature=share

lealtad y diligencia y el interés contrario de los administradores, disponiendo que *"... deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica"*; y el 167 CCCN se refiere al proceso de liquidación y las responsabilidades involucradas. Establece que: *"… La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley. En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto"*. Es el sistema previsto para casos de infrapatrimonialización en el artículo 99 LGS, vigente desde el año 1972, y que rara vez se identifica y menos aplica.

Vemos así, que al regularse la cuestión relativa a la implementación de sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo, y al vincularse con el conocimiento, efectivo o presunto por el rol desempeñado, entendemos (probablemente con poco apoyo de la doctrina nacional en este punto) que se está introduciendo, de manera incipiente, la doctrina del buen gobierno corporativo anclada en la planificación estratégica negocial y el informe de gestión periódico, que, hemos destacado, se encuentra, desde 1972, incorporado en la ley de sociedades a través de la contabilidad periódica y la forma de presentarla anualmente al pleno de los socios, ratificado y reforzado por las disposiciones del artículo 320 CCCN[70], concordantes y correlativos.

[70] Véanse las ponencias presentadas en el XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y en el X CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA relativas a las alertas tempranas, en particular las del Prof. Jorge Fernando Fushimi.

Conforme a ello, la cuestión relativa a la gestión de las crisis económico-financieras -que no necesariamente implican estado de cesación de pagos y/o insolvencia- adquiere un cariz relevante por dos motivos: a) en primer lugar, y de modo propositivo, para permitir manejar esas dificultades patrimoniales de acuerdo a las necesidades de la propia persona jurídica, con regulación a medida y con transparencia absoluta para los acreedores, los socios y demás stakeholders; b) en segundo lugar, para evitar asignación de responsabilidades por aplicación supletoria o análoga de disposiciones normativas que no se adaptan a esa persona jurídica en particular.

Adicionalmente, encontramos una plusvalía a la solución jurídica que propugnamos con el maestro, basada en que, en ningún caso, los administradores están obligados a concursar la sociedad. Se trata de soluciones extrajudiciales y preconcursales previstas en las opciones imperativas del artículo 96 LGS, evitando el disvalor de la publicidad -negativa por cierto- de una situación que puede ser momentánea. Es la posibilidad de renegociar créditos *in bonis*. Es la recepción originaria de la ley específica de lo que ahora se llaman las “alertas tempranas”.

Desde el derecho societario, como una especialidad del corporativo, las normas legales involucradas son: a) el artículo 59 LGS disponiendo que “*Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”*. Completa el régimen el artículo 274 LGS estableciendo: *“Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”*. Se vincula fundamentalmente frente a la infrapatrimonialización con el artículo 99 LGS que dispone: *“Los administradores*

con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos"; b) el artículo 96 LGS, referido a la pérdida del capital social, establece que *"… la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento"*; c) el artículo 100 LGS regula la remoción de causales de disolución de la siguiente manera: *"Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad"*.

Claro que esas acciones están previstas en el funcionamiento regular de la sociedad, pues, ante la infrapatrimonialización, juega la responsabilidad por acción u omisión prevista en el artículo 99 LGS. Norma rara vez aplicada por la jurisprudencia concursal, de carácter preventiva de la responsabilidad de administradores y socios de control.

Todo lo dicho sobre el derecho corporativo es trasladable al derecho societario. Sin embargo, éste avanza en varios aspectos: a) el parámetro objetivo de la responsabilidad de representantes y administradores que es el del *"buen hombre de negocios"*; b) el tema del reintegro del capital social ante su pérdida; c) la viabilidad económica y social de la actividad empresarial. Es afrontar la infrapatrimonialización más que la pérdida del capital social. Y por supuesto preservar la viabilidad de la actividad de la sociedad.

Por ello, toma relevancia el "rol" del administrador e identificar quién o quiénes asumen la "función administrativa" en la sociedad[71]. Y allí nos encontramos con las miradas de las ciencias jurídicas y con las de las ciencias económicas.

Para el derecho societario[72] el administrador es la persona que lleva adelante: 1- la gestión operativa consistente en los actos que integran el objeto social; 2- la gestión empresaria que implica la organización, desarrollo y conservación de la empresa de la sociedad; 3- la representación societaria al vincularse con terceros. O sea, asegurar la viabilidad de la sociedad y sin duda un representante necesario, hoy reconocido así expresamente por el negocio representativo en las relaciones de organización personificadas.

Para la teoría de la administración[73] el administrador se desempeña en todos los niveles de la organización, y según en cuál de esos niveles se encuentre será su papel. Tenemos tres niveles organizacionales, a saber: a- institucional, b- intermedio y c- operacional.

Corresponde al nivel institucional, por ser la alta administración de la organización, tomar las decisiones principales y marcar la estrategia de negocios de la empresa. Define la misión y visión de la organización. Se encuentra en relacionado íntimamente con el entorno externo de la empresa y, por ello, recepta los cambios y presiones que ocurren en el exterior.

Corresponde al nivel intermedio, por ser la articulación entre los niveles institucional y operacional, receptar las decisiones adoptadas en el nivel institucional y operativizarlas, a través de diversos programas de acción, en

[71] Fourcade, Antonio Daniel "SOCIEDADES". Parte General. Ed. Advocatus – 2000 – Córdoba.
[72] RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel DERECHO SOCIETARIO – Ed. Astrea – Buenos Aires – 1997 pág. 224 y ss.. ROITMAN, Horacio "LEY GENERAL DE SOCIEDADES Comentada y Anotada" – 3ª edición actualizada y ampliada – Ed. Thomson Reuters La Ley – Buenos Aires – 2022.
[73] Seguimos en este punto a CHIAVENATO, Idalberto ADMINISTRACION EN LOS NUEVOS TIEMPOS – Ed. Mac Graw Hill – Colombia – 2002 – pág. 7 y ss.

directivas para el nivel operacional. Interpreta la misión y los objetivos de la empresa y genera las tácticas de negocio de la organización.

Corresponde al nivel operacional, por ser el basamento ejecutivo de la empresa, administrar la realización de las tareas rutinarias de la organización afectando los recursos humanos no administrativos. Tiene contacto directo con la línea de producción.

En este punto, apreciamos una notable diferencia entre la conceptualización de la administración o gestión social que realiza el derecho societario. Para este último, la gestión social tiene tres actores: 1- la asamblea, 2- el órgano de administración y 3- la sindicatura; y constituyen, para la teoría de la administración, el mismo nivel organizacional.

Por ello, hemos propugnado utilizar el informe de gestión. Documento destinado a brindar todas las explicaciones necesarias para los socios que conforman esa sociedad –a modo de rendición de cuentas– y todas las futuras líneas de acción a adoptarse –a modo de planificación estratégica–. Este informe de gestión, por su flexibilidad de contenido (por no tratarse de un estado contable) y su sencillez de presentación, permite ser adaptado a las particularidades de cada una de las sociedades; particularidades dadas por la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en la conformación de la estructura societaria adoptada en el momento constitutivo de la sociedad.

En este punto no lográbamos ponernos de acuerdo con Hugo; para él es lo referido en la memoria prevista en la LGS y lo dispuesto en el artículo 320 CCCN. Desde mi punto de vista, es ir un poco más allá e instaurar una nueva cultura de gestión interna dentro de la sociedad explicitando e instrumentando la planificación estratégica inicial (o plan de negocios) aunado al informe de gestión periódico derivado de ella.

Así entendemos que es aplicable el artículo 96 LGS a situaciones de crisis económico-financieras empresariales, en particular a los socios, en el sentido de la responsabilidad genérica de haber generado o mantener la existencia de una sociedad infrapatrimonializada. Las soluciones previstas en el art. 96 LGS pueden ser usadas frente a alertas tempranas de crisis, ante la infrapatrimonialización ya declarada o meramente por proyecto de expansión.

Claro que, en la capitalización, en cualquiera de sus formas, deben tenerse en cuenta las diferencias de valores entre: los valores estatutarios y el valor del dinero al capitalizar, para mantener el *"equity"* en la relación, particularmente ante la capitalización de pasivo. Por eso el Proyecto del Ministerio de Justicia del año 1992 -en el que intervino el maestro- prohibía toda referencia al capital social, imponiendo el patrimonio y la participación porcentual en éste, que debía asegurar la viabilidad de la sociedad. Algo así fue recogido para la sociedad de hecho en la reforma de la LGS del año 2015, conforme el anteproyecto del año 2012.

Por último, debemos referirnos al derecho falimental, donde cobran relevancia las disposiciones del artículo 52 LCQ que establece: *"… 4. En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley"*, volviendo a recordar el trabajo mencionado *ut supra* de Efraín Hugo Richard con Juan Carlos Veiga "El Contraderecho" donde se analiza la habitualidad de costumbres *contra legem*.

Finalmente, y entrando en un tema ríspido entre societaristas y concursalistas, que es el relacionado con la supuesta legalidad de quitas y esperas confiscatorias [74] en relación con las acciones de responsabilidad previstas en los artículos 173, 174, 175 y 176 LCQ y las previstas en varios

[74] Como por ejemplo las logradas en el caso Multicanal S.A.

artículos de la ley sociedades, pero, particularmente las del artículo 99 LGS[75] como forma preventiva y disuasoria.

Los societaristas sostienen que ambas vías de responsabilidad son posibles; en cambio, los concursalistas sostienen que sólo se pueden intentar las acciones previstas en la legislación falimental.

Con el maestro nos pronunciamos a favor de la postura que sostiene la posibilidad de ejercer ambas vías, la societaria y la falimental, en el entendimiento que el fin perseguido por una u otra vía es distinto, y así puede ejercerlo el síndico en la quiebra, pero no se impide ese ejercicio a los acreedores en caso de acuerdos homologados de los que resulte una transferencia del riesgo, haciendo recaer las pérdidas en los acreedores. El tema central es si se genera responsabilidad por daño frente a los impagos, pero toda duda desaparece ante la infrapatrimonialización. La cesación de pagos, en términos contables aparece solucionable, si la sociedad es viable, con una mera espera.

Pero lo común es que la sociedad esté soportando una infrapatrimonialización, una insolvencia, acallada con falta de balances, perdida de libros, etc. y, a veces, encubriendo una quita con una alambicada capitalización[76].

Hoy, como hemos referido, se habla de las alertas tempranas, y en las relaciones de organización personificadas se impone no una representación voluntaria sino una representación orgánica, que debe hacer y rendir cuentas cada año -en realidad todos los días- y acompañar la misma con un pronóstico sobre el año ya en curso; resignificando en un sentido más amplio la noción de rendición de cuentas.

[75] Norma sin alteraciones desde el año 1972.
[76] Véase el transcurrir del caso Vicentín.

Los concursalistas insisten en transferir y/o compartir el riesgo, que en las sociedades es esencialmente constitutivo y a cargo de los socios, como rasgo esencial e inseparable de una relación societaria. En virtud de esa postura asumida, se genera con las quitas falimentales una transferencia del riesgo incompatible con la relación societaria, violando la *absolute equity rule*.

Los concursalistas opinan que sólo pueden intentarse acciones de responsabilidad en caso de quiebra. Y se olvidan de que existe una teoría general de la responsabilidad civil, muy particular para las relaciones de organización personificadas que tienen representantes orgánicos y grupos de poder -de hecho, o de derecho-, confirmado en la norma imperativa del artículo 99 LGS.

Por eso, en esta reflexión compartida, rescatamos el sistema societario de crisis, pergeñado en el año 1972 y ratificado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, destacando las soluciones imperativas y voluntarias que se instalan en los artículos 96 y 99 LGS, que deben ser entendidas y aplicadas en un marco de estricta equidad en su aspecto de previsiones cautelares para no dañar (artículos 1, 2, 9 y 12 CCCN).

"El derecho de receso o retiro del socio y el valor del reembolso"[77]

por Ariel A. Dasso

El derecho del accionista a retirarse de la sociedad atribuido bajo el título de *derecho de receso*, siguiendo la terminología de la ley italiana, adjudica al socio la potestad para requerir dentro de un plazo perentorio la extensión del vínculo con la sociedad, determinando causales ya previstas expresamente por la ley o de previsión estatutaria exigiendo el reembolso del valor de sus acciones.

FORMA DE DETERMINAR EL VALOR DE LAS ACCIONES CUYO REEMBOLSO CORRESPONDE POR EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO

1. Introducción

Dijimos oportunamente, al tratar el concepto del derecho que asiste al accionista a separarse de la sociedad, que él aparece y justifica su existencia como contrapartida de otro derecho: el que asiste a la sociedad de modificar sus estatutos.

La justificación del derecho de receso y el reembolso del valor de la participación en la sociedad significa una conciliación de la situación del accionista y su interés individual con el interés societario.

Cuando tal necesidad se traduce en un cambio fundamental de los dichos estatutos o del contrato, en su caso el accionista o el socio, por vía de tal modificación, se ven obligados en forma diversa a lo que tuvieron en cuenta en

[77] Real Academia Española Reembolso "Volver una cantidad a poder de quien la había desembolsado"

ocasión del nacimiento de su calidad de accionista o socio, y tienen entonces defensa por vía del ejercicio del derecho de separación.

Pero para que tal derecho no aparezca frustrado, debe dárseles lo que en estricta justicia les corresponde y ello significa centrar el problema en la justa valuación de las acciones del socio recedente.

El tema reviste una importancia tan trascendente que casi unánimemente la doctrina adhiere en parecidos términos a la aseveración de que el derecho de receso no cumple con los fines que explican y justifican su existencia, en gran medida, por no haberse estructurado en el ordenamiento argentino un sistema adecuado que permita la justa valuación de las acciones del recedente y el consecuente reintegro o reembolso (siguiendo los términos de la ley) de su valor.

De nada sirve consagrar el derecho de receso como instrumento de protección al accionista si no lo ampara la justa determinación del valor de su participación social.[78]

La determinación del valor de la cuota de la separación o valor de reembolso constituye uno de los aspectos de mayor relevancia en el proceso de efectivización del derecho de receso y de él depende su utilidad.[79]

---

[78] SAN MILLÁN, CARLOS - MATTA Y TREJO, Guillermo, "*Inhabilitación de votar por parte de los directores, los temas que impliquen tratamiento de estados contables, actos relacionados con su gestión y resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción. Necesidad de reforma"* ponencia en el I Congreso de Derecho Societario, *Cuad. III*, p. 19; VALLEJOS MEANA, ponencia en las I Jornadas Rioplatenses de Derecho Comercial de San Isidro, 1976, p. 5, Nro. 10; ESCUTI, IGNACIO (H): *"Receso, exclusión y muerte del socio",* Depalma, Buenos aires, 1978, p. 132; FERRERO ASTRAY, JOSÉ: *"Sobre el derecho de receso y determinación del valor de las acciones reembolsables"*, ponencia en las I Jornadas Rioplatenses de Derecho-San Isidro, 1976; MALAMUD JAIME: *"El derecho de receso (fijación del valor de reembolso)"*, Revista del Notariado, 1972, n° 721.

[79] Remarcando esta idea, FRÈ GIANCARLO, "*Società per azioni",* 4ª. ed. en Comentario del Codice Civile (dir. Antonio Scialoja y Giuseppe Branca), Libro quinto, *Del Lavoro,* (arts. 2325-2461), Zanichelli, Bologna – Sociedad del Foro italiano, Roma, 1972, p.

Se trata de un empeño cuya complejidad constituye el mayor desafío a la aplicación de la doctrina del derecho de receso, y la dificultad nace de la existencia de múltiples criterios de valoración, ninguno de los cuales es satisfactorio.

Resulta inconcuso que la valuación de las acciones o las participaciones debe ser siempre realizada con relación objetiva, sin que deban computarse condiciones o cualidades vinculadas con el titular de ellas, aun cuando tengan un claro contenido económico, tales como podrían ser las relaciones laborales, cargos desempeñados en la organización societaria o prestaciones accesorias.

La doctrina ha debatido desde antiguo en torno a la determinación del valor de las acciones o participaciones y ello va inmerso dentro de la problemática referida a la determinación del valor de una sociedad o, en otros términos, de la sociedad toda, lo cual constituye más que un hecho un juicio y, por ello, con notoria preferencia de elementos subjetivos, por lo que la valoración "no puede llegar a ser nunca una ciencia exacta".[80]

---

768 (el método italiano de valoración provoca que muchos socios no ejerzan el derecho); o BOOTH RICHARD A., " *Management buyout, shareholder welfare and the limits of fiduciary duty*", 1987-1988 Corp. Prac. Comm., pp. 217-218; O' Neal/Thompson, O'Neal's Oppression of Minority, pp. (5) 170-171, 173, 190; y SELIGMAN JOEL, "*Reappraising the appraisal remedy*", *The George Washington Law Review*, 1984, vol. 52, p. 829 (el método de determinación del precio y el tiempo necesario para hallarlo restan efectividad al *appraisal right* en los EE.UU.).

[80] BAHLS STEVEN, "*Resolving shareholder dissension: selection of the appropriate equitable remedy"*, p. 300; MURDOCK CHARLES, "*The evolution of effective remedies for minority shareholders and its impact upon valuation of minority shares",* 1990-1991 Corp . Prac. Comm., p. 362, O' NEAL - THOMPSON, *O'Neal's Oppression of Minority…,* p. (2) 42; THOMPSON ROBERT, "*Corporate disolution…",* p. 232, RODRÍGUEZ ARTIGAS FERNANDO "*El cambio de objeto social en particular el derecho de separación del socio*", Derecho de Sociedades Anónimas, p. 181, afirma que en definitiva se trata de obtener un equilibrio entre los dos intereses afectados, el de los socios que se separan y aquellos que permanecen en ella.

La cuestión implica, para su adecuado desarrollo, la consideración de los siguientes aspectos del problema: la determinación de los elementos contables que habrán de computarse a los efectos de la fijación del valor de las acciones del socio que se separa de la sociedad, la forma del pago que debe realizar la sociedad y el plazo para concretar éste a favor del recedente.

II. EL SISTEMA ADOPTADO POR LA REFORMA A LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES (LEY 22.903/83) PARA FIJAR EL VALOR DE LAS ACCIONES RECEDENTES: EL ÚLTIMO BALANCE

El art. 245 LSC en virtud de la reforma introducida por la ley 22.903 determina que "*las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse".*

La ley de reformas ha sustituido el parámetro del "último balance aprobado" por el realizado o que deba realizarse.

Mantiene, pues, como pauta para la fijación del valor de las acciones recedentes la concreta referencia al balance social, que aparece así mejor definido, en cuanto a que debe tratarse del último realizado o, en defecto de tal efectiva realización, aquel que debió haberse realizado.

Sin embargo, la solución se mantiene estrictamente dentro del marco de aquel sistema en virtud del cual es siempre el último balance el que fija el parámetro obligado.

En la exposición de motivos, capítulo II, sección 5, título 7, n.º 5 de la ley 19.550 se fundamentaba la adopción del sistema en la necesidad práctica de superar las dificultades que originaba la formación de balance especial.

La comisión de reformas que redactó la ley 22.903, en la exposición de motivos, se limitó a establecer que en ella "se mejora la forma de determinar el valor de la cuota que corresponde al socio recedente fijándose plazo para el reembolso y su ajuste en moneda constante", y se quedó allí.

Esta redacción supera la cristalización al "último balance aprobado", lo cual podía referir – por hipótesis- en caso de atrasos en el tratamiento de los estados contables a un "último balance" muy anterior al del ejercicio del derecho de receso, con la consiguiente desactualización de los valores.

Aparece evidente que la comisión no consideró conveniente apartarse del sistema de la ley 19.550 en cuanto hace a la fijación del valor del reembolso sobre la base del "último balance".

Desde luego que el sistema que continúa vigente supera las dificultades que genera la formación de un balance especial, pero no consigue en cambio eficiente solución a las graves críticas formuladas a la injusticia, que, también en la práctica, representa el sometimiento del derecho patrimonial del accionista al reembolso de sus acciones sobre la base de un balance que está confeccionado con apartamientos flagrantes de la realidad económica.

La redacción del art. 245, 5to. párrafo, titulado "Fijación del valor" mantiene el mérito que ya exhibía antes de la reforma, de superar la infortunada referencia que el art. 354 del Código de Comercio realizaba al "capital social", y también puede considerarse positiva la sustitución del concepto del "*último balance aprobado"* por el del *"último realizado o que deba realizarse"*, pero la doctrina ya se había expedido en tal sentido uniformemente ante análoga situación respecto del art. 354 del Código de Comercio [81], interpretando también que no interesaba que se tratase del balance ordinario o extraordinario: la ley

[81] ZALDÍVAR ENRIQUE, MANÓVIL RAFAEL, RAGAZZI, GUILLERMO Y ROVIRA ALFREDO: "*Cuadernos de Derecho Societario",* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, vol. II, 2ª parte, p. 411.

sólo exigía que fuera el último balance sin formular distinciones, y en tal sentido la interpretación es la misma de la receptada por la reforma, esto es, el del último balance realizado.

Cuando se tratare del derecho de receso ejercitado en ocasión de la transformación, la fusión o la escisión de la sociedad, hipótesis en las que la ley exige la formulación de un balance especial (art. 77, 2; 83 inc. 1, *b*; 88, inc. 1 LSC), tal balance será el que habrá de tomarse como referencia para la determinación del valor de las acciones de los socios que receden, lo cual se explica atendiendo a la interpretación final de la norma, a despecho de su literalidad. [82]

Se advierte claramente que el sistema adoptado por la redacción del art. 245 LSC es susceptible de todas aquellas críticas y severas observaciones que tuvimos oportunidad de analizar precedentemente cuando tratamos genéricamente el sistema del último balance aprobado (o realizado).

Este sistema fue objeto de frecuente y severa crítica e incluso se le imputó el fracaso del ejercicio del derecho de receso en la práctica, y su frustración como instituto tuitivo de los derechos de la minoría frente a los eventuales excesos mayoritarios.

---

[82] ESCUTI, IGNACIO (H): "*Receso, exclusión y muerte del socio",* Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 135, nota 87 y doctrina allí citada: DE GREGORIO ALFREDO, "*El balance de las SA",* Depalma, 1950, nº 21, c, p. 60. Inclusive en el caso de trasformación, como de otros que requieren un balance especial (fusión y escisión), será el balance exigido para la trasformación (77, 2º). Ello se compadece con la interpretación teleológica de la norma, pese al tenor literal del artículo. ZALDÍVAR ENRIQUE, MANÓVIL RAFAEL, RAGAZZI, GUILLERMO Y ROVIRA ALFREDO: "*Cuadernos de Derecho Societario"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, vol. II, 2ª parte, p. 412 y su nota 147; HALPERÍN, ISAAC, "*Sociedades anónimas",* Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 631; ARECHA MARTÍN Y GARCÍA CUERVA, HÉCTOR, "*Sociedades comerciales", Depalma, 1975,* 2ª. ed. p. 365; DONADÍO, GIUSEPPE "*Il recesso del socio per modifiche statutarie*", Giuffrè, Milano, 1940, p. 152; VIVANTE, CESARE, "*Tratado de derecho mercantil"*, 5ª ed. Reus, Madrid, 1932, t. II, p. 271.

La expresión final "… o que debe realizarse" permite interpretar que, cuando el otro tratamiento de los estados contables se encontrare atrasado, la sociedad deberá actualizarlo; será entonces el balance del ejercicio regularmente confeccionado y aprobado el que servirá de base para la determinación del valor del reembolso.

Pero los balances son realizados atendiendo a pautas económicas y legales que, incluso con acatamiento de las disposiciones y las normas de la misma ley, se apartan de la realidad económica.

No son, pues, útiles para la determinación del justo valor de las acciones.

Advirtamos las depreciaciones y amortizaciones con que se castiga el activo fijo y entonces veremos que la realidad económica dista mucho de la contable (LSC: art. 63, inc. 1, *f]*).

Ni la estimación contable del último balance aprobado, ni la bursátil, obtenida sobre la base del promedio de un período previo, ofrecen garantía de aproximación al precio justo y ni siquiera al razonable. [83]

Tanto la distancia temporal que puede separar la fecha de confección del balance de la del ejercicio del receso y la del eventual pago, como la diferencia de valores que separa la realidad de los libros de la sociedad —agravada esta última circunstancia por la inflación— constituyen elementos que distorsionan la justicia de la valuación de las acciones que receden.[84]

---

[83] FERRO ASTRAY, JOSÉ: *"Sobre el derecho de receso y la determinación del valor de las acciones reembolsables"*, Ponencia en las I Jornadas Rioplatenses de Derecho- San Isidro, 1976, nota 403.

[84] MANÓVIL RAFAEL: "Dos casos de impugnabilidad de aumentos de capital: Remedios a una clásica maniobra en perjuicio de los accionistas minoritarios" ponencia en el I

No cabe duda de que el paliativo contra las observaciones realizadas al sistema del último balance es la impugnación de éste, lo que constituye un derecho irrenunciable y no susceptible de derogación contractual ni estatutaria (art. 69 LSC).[85]

Pero tampoco se debe dejar de advertir, en primer término, que con tal paliativo desaparece la validez de la fundamentación doctrinaria, que adjudica al último balance las ventajas de practicidad e idoneidad, lo cual significa uno de los principales argumentos a favor de la tesis que lo indica como la mejor pauta de la valoración del reembolso frente al trámite, supuestamente más complicado, de los balances especiales.[86]

Además, no sólo el criterio de practicidad y celeridad se diluyen ante la impugnación sino que es menester advertir otras dificultades inevitables.[87]

Otro problema inmanente al criterio del último balance es el que surge de advertir que si los accionistas votaron favorablemente la aprobación de las cuentas al tratar el último balance, aparece contrario a los propios actos que luego, en ocasión de pretender la devolución de su porcentaje en el patrimonio en virtud del ejercicio del derecho de receso, puedan rectificarse de tal

---

Congreso de Derecho Societario de Córdoba, Cuaderno III, p. 45 y *I Congreso de Derecho Societario"* cit. II, p. 79.

[85] Ver Parte Quinta, Jurisprudencia nº 256 Caso " Cooperativa *Huinca Renancó".*

[86] ESCUTI, IGNACIO (H): "*Receso, exclusión y muerte del socio"*, Depalma, Buenos Aires, Ed. 1978; "*Transformación de las acciones mercantiles"* en RDCO, 1977, p. 136; ZALDÍVAR, ENRIQUE, MANÓVIL RAFAEL, RAGAZZI, GUILLERMO Y ROVIRA ALFREDO: "*Cuadernos de derecho societario",* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, vol. II, 2ª parte, p. 411. MANÓVIL, RAFAEL: I Congreso de Derecho Societario de Córdoba, *Cuaderno III,* p. 45 *BOLLINI SHAW, CARLOS, Cuadernos del* Congreso Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, octubre 1984.

[87] El plazo para atacar las cuentas del balance, es conforme lo establecido por el art. 251 LSC de tres meses, a contar de la clausura de la asamblea que lo aprobó, por lo que, cuando la causal determinante del ejercicio del derecho de receso aconteciere vencido dicho plazo, habría vencido el plazo de caducidad para impugnar, frustrando así el derecho del accionista disidente.

aprobación por el solo hecho del cambio de motivación del interés social por el interés individual, de modo que se entiende [88] que la impugnación sólo puede perseguir la rectificación pero no la anulación del balance cuyas cuentas se cuestionan. [89]

La doctrina judicial sentada en el caso "*Tacchi*" contiene una lúcida elaboración que pretende superar los problemas referidos a la impugnación del último balance y a él nos referimos *infra*. [90]

2.1. Conclusiones

La doctrina judicial revela un tratamiento preocupado e idóneo de las complejas cuestiones sometidas a la decisión judicial. La consideración cobra particular relieve cuando se trata de un instituto que, como el receso, ha sido y es objeto de polémicas decisiones, algunas de las cuales, infortunadas, pueden llegar a resultados tan disvaliosos que provocan luego serias dudas respecto a la conveniencia de su operatividad en el ámbito del derecho societario.

El adecuado camino de interpretación concreta de las normas legales produce una verdadera y positiva orientación en una situación por mucho tiempo conflictiva en la doctrina nacional y en el derecho extranjero, esto es, la posibilidad de dotar al recedente de elementos jurídicos idóneos para defender justificadamente el valor del reembolso en caso de separación.

---

[88] SASOT BETES, MIGUEL A. – SASOT MIGUEL P.: "*Sociedades anónimas: las asambleas",* Ábaco, Buenos Aires, 1978, p. 538.
[89] HALPERÍN ISAAC: *"Sociedades anónimas",* Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 636.
[90] Ver *Jurisprudencia, Parte Quinta,* nº 265, 266 y 267 Cám. Nac. de Apel. Com, Sala D, J.A., 1993 –I-20, Caso "Tacchi c/ Peters Hnos., nuestro comentario en LL 1994-A, p. 380 a 404; ED 181, p. 428/440.

El bien elaborado razonamiento decide la posibilidad del recedente de impugnar el último balance en caso de receso con una acción que no encuentra el angustioso y fugaz límite del art. 251 LSC.

Siguiendo sus pasos el recedente podría, ahora ya sin el peligro de la sorpresa que provoque la decisión causal del receso, disponer de los instrumentos idóneos para atacar en caso de que fuere procedente el último balance realizado o que deba realizarse por la sociedad, cuyos resultados sirven de base para la determinación del valor de las acciones.

No parece en cambio tan sólido el criterio seguido en cuando a la conclusión según la cual ese último balance debe ser el que en el fallo se denomina “común” o de ejercicio, aludiendo al parecer al balance del último ejercicio cuando, en verdad, el texto legal consagra situaciones expresas en las que puede tratarse del último balance cronológicamente realizado, o que debe realizarse, lo que supone en algunos casos balances especiales, aun cuando no se tratare necesariamente del balance del último ejercicio.

De todas maneras este aspecto de ninguna forma alcanza a desdibujar la provechosa solución, ni priva de méritos al elaborado estudio.

3. Los balances especiales de fusión, transformación y escisión y las hipótesis de valor real

Como una forma de interpretación de la voluntad legal y “para encontrar un correctivo a la injusticia derivada de la fría aplicación del art. 245 de la ley”, se recuerda que en los casos de fusión (art. 83, inc. 1, LSC) el balance debe ser realizado sobre la base de valores reales desde que atiende a la equivalencia de las prestaciones de las sociedades que se fusionan, o sea a la relación de cambio entre las contribuciones de cada uno a la formación del nuevo patrimonio consolidado, cerrado en fecha que no puede ser anterior a 3 meses

a la firma del compromiso, sobre bases homogéneas y criterios de valuación idénticos (art. 83, inc. 13), lo que garantiza el efectivo ejercicio del derecho de receso de los disidentes en esta hipótesis de modificación del estatuto. Lo mismo acontece en caso de transformación (art. 77, inc. 2 LSC) y escisión (art. 88, inc. 1 LSC).

Debe a tal efecto recordarse también la disposición relativa a la exclusión del socio en las sociedades de personas prevista en el art. 92, inc. 1 LSC, el que establece a favor del socio separado el derecho a una suma de dinero "que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión"; tal solución toma en cuenta el valor real de su derecho en el patrimonio de la sociedad y si se atiende a que, en esta hipótesis, el socio puede encontrarse, a veces, incurso como sanción por inconducta, por falta en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 91), aparece incongruente que el legislador hubiera pretendido un tratamiento preferente con relación a aquellas otras en las que, como en el del ejercicio del receso, se trata de una norma tuitiva del derecho subjetivo-individual, frente a la regla de la mayoría.

Y en grado de refuerzo a la interpretación se suele citar el art. 13, inc. 5, LSC que impide, fulminándola de nulidad, la cláusula del contrato "que permita la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva", situación que aparece análoga con la del ejercicio del derecho de receso en el que en definitiva la parte del accionista recedente es adquirida indirectamente por otro.

En toda la estructura de la LSC subyace como verdadero *leit motiv* el criterio de la determinación del valor real en otras distintas hipótesis de conflicto en la especificación de las participaciones sociales.

Así, en los casos de la regularización de sociedades no constituidas regularmente, procedimiento que requiere inexorablemente la decisión mayoritaria de los socios, de la misma manera que en hipótesis de regularización de la sociedad en estado de disolución, para lo cual también es menester la decisión con aplicación de la regla de la mayoría, “los socios que votaron contra la regularización tienen derecho a una suma de dinero equivalente al valor de su parte a la fecha del acuerdo social que la dispone…” (art. 22, 3er. párrafo).

Cuando la sociedad prive al accionista del derecho de suscripción preferente, éste puede exigir la cancelación de las suscripciones que le hubieran correspondido y si esto no fuera posible porque las acciones ya hubieran sido entregadas a quienes serán ahora titulares de buena fe, el accionista perjudicado tiene derecho a que la sociedad y los directores en forma solidaria le indemnicen los daños causados, los cuales en ningún caso serán tasados por debajo del triple del valor nominal de las acciones que hubieren podido suscribir, computándose el monto en moneda constante desde la fecha de emisión (art. 195, *in fine*), lo cual configura también un criterio legal estimativo tendiente a la recepción de un criterio de valuación sobre base de realidad.

Cuando la sociedad emisora, los socios o los terceros hubieran experimentado daños causados por quien sin ser accionista invocara en la asamblea de la SA tal calidad, la indemnización “en ningún caso será inferior al valor real de las acciones que haya invocado al momento de la convocatoria de la asamblea” (art. 238, 4to. párrafo).

En el estadio de valuación de los aportes en especie, en subsidio de inexistencia de cláusula contractual que lo determine, la valuación será realizada según los precios de plaza (art. 53, inc. 1º), lo que también constituye un patente caso de “*valor real”.*

En hipótesis de disposición estatutaria que autorice la amortización total o parcial de acciones integradas con ganancias realizadas y líquidas es condición de validez del procedimiento que la asamblea asegure un *"justo precio"* y la igualdad de los accionistas (art. 223, inc. 1º). Finalmente el mismo ordenamiento común establece que en la liquidación parcial de la sociedad por fallecimiento o retiro de algún socio la parte del socio fallecido se determinará, salvo estipulación en contrario del contrato social, computando los valores reales del activo y el valor llave, si existiese (art. 1788, Código Civil).

En el adecuado juego de estas normas se encuentra una fundamentación positiva en orden a una solución que interprete equitativamente la necesidad de establecer valores reales a las acciones del recedente.[91]

III. CRÍTICA AL SISTEMA DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

1. Criterios para evaluar las acciones recedidas

Ya fuere al tratar el mismo texto del art. 245, LSC como al referirnos al sistema del último balance realizado, en definitiva adoptado, se han subrayado las graves deficiencias que se advierten en él.

El sistema adolece de una adecuada armonización de los intereses contrapuestos de la sociedad y del recedente. El lógico equilibrio de la resultante proporcionada en que debería culminar la confrontación de posición de los legítimos intereses encontrados, aparece roto, con una posición netamente favorable al interés económico de la sociedad.

[91] MANÓVIL, RAFAEL Ponencia en el I Congreso de Derecho Societario de Córdoba, Cuad III, p. 45, "*I Congreso de Derecho Societario"*, cit. p. 81. BOLLINI SHAW, CARLOS, Ponencia en el "*Congreso Argentino de Derecho Comercial*", Buenos Aires, octubre, 1984.

En la mayoría de los casos el ejercicio del derecho de receso resultará en un grave daño para el derecho patrimonial del recedente.

Las críticas pueden resumirse en cuanto al sistema adoptado para determinar el valor de las acciones y a la omisión en la determinación de la forma de pago y de los plazos para concretarlo.

Atendiendo al primero de los aspectos se advierte la conveniencia de establecer pautas a los fines de la determinación de dicho valor.[92]

1.1. Balance especial con valores actualizados o índices de actualización para los balances

Una gran parte de la doctrina, luego de advertir que el sacrificio en aras de la practicidad y la sencillez realizado por la L.S. art. 245 significa, en definitiva, la imposibilidad práctica del ejercicio del derecho, propugna como solución la confección de un balance especial con valores actualizados (asumiendo los inconvenientes que a dicha posición se han reiteradamente señalado) o, como alternativa, la determinación de un sistema permanente de revalúo contable obligatorio de los bienes del activo, el cual habrá de realizarse en ocasión de cada balance, conforme a índices oficiales. [93]

[92] Sin perjuicio de lo ya expuesto al tratar los distintos sistemas de determinación del valor del reembolso al accionista recedente, realizamos una breve enunciación y desarrollo de algunas orientaciones en cuanto a las soluciones recomendadas en doctrina para determinar el valor de las acciones.

[93] MANÓVIL, RAFAEL *"La asamblea unánime que adopta decisiones por mayoría",* Libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. 1. p. 81. BOLLINI SHAW, CARLOS, "*Capital y patrimonio en las sociedades anónimas"*, ED, 65-803.

1.2. Sistemas intermedios: último balance con vigencia temporal limitad

Otra posición (que tiene en cuenta el inconveniente derivado del largo tiempo que puede transcurrir entre el último balance y el momento en que se ejercita el receso, aspecto éste parcialmente superado por la ley de reformas argentina 22.903, 5to. párrafo) propugna la solución de la Ley del Brasil de Sociedades por Acciones, la que establece que si hubieran transcurrido más de sesenta días entre la aprobación del último balance y la fecha de la celebración de la asamblea que motiva el receso, el accionista recedente puede pedir la confección de un balance especial, y entre tanto la sociedad le reembolsará de inmediato el ochenta por ciento del valor de sus acciones según el balance inmediato anterior en concepto de pago a cuenta.[94]

Esta tesis reivindica el derecho del accionista a acceder (para estar en condiciones de decidir en el breve lapso que fija la ley) a la debida información, por un procedimiento en virtud del cual, cuando el orden del día prevé algún punto que pueda dar lugar al derecho de receso, se incluya en la convocatoria información suficiente sobre el valor del reembolso de la acción, para evitar especulaciones y discusiones ulteriores. Desde luego que no nos parece que tal método excluya de cuajo las discusiones, porque en todo caso siempre sería impugnable el valor del reembolso así establecido y por el contrario la confección por parte de la sociedad de un balance a estos efectos (o de información contable) puede determinar un valor resultante que coloque al accionista en la duda de impugnar el balance (o la información) o en su caso

[94] VERGARA DEL CARRIL, ÁNGEL, ponencia en el I Congreso de Derecho Societario de Córdoba, Cuad. III, p. 93: para evitar las discrepancias en torno de la determinación del valor de la acción considera aconsejable fijar algún valor mínimo sin perjuicio de lo que al respecto pudiera disponer el estatuto. Propone que dicho valor mínimo sea el resultante de la división del patrimonio neto por la cantidad de acciones en circulación.

dejar de hacerlo y no ejercitar su derecho de receso precisamente en vista de la dificultad que resultaría de la impugnación misma. [95]

1.3. Balance especial optativo

Nuestros tratadistas suelen añorar la solución del art. 247 del anteproyecto de la Ley General de Sociedades de 1968, del que se separó el legislador en el art. 245 LSC.

Se remitía a los valores resultantes del *"último balance* aprobado", salvo que el recedente al ejercer su derecho solicitara un balance especial conforme a valores reales, el que debería ser confeccionado por la sociedad y aprobado por la asamblea, dentro de los tres meses de vencido el plazo máximo para ejercer el derecho de receso.[96], sin distinguir entre acciones cotizables o no.

No preveía la posibilidad de disconformidad del accionista con el balance así preparado por la sociedad, pero aparece como obvio que las diferencias habrían de ser dilucidadas judicialmente.

La doctrina autoral sugiere que el balance sea por cuenta del recedente que lo solicite y por todos los accionistas que en definitiva receden.[97]

---

[95] Ver Derecho Comparado, Cap. LXXIV.1 p.617 y en nuestro ordenamiento Cap. LXXV, Dec. 677/2001 p. 628 de DASSO. ARIEL ANGEL "Tratado del Derecho del Separación o Receso del Socio y del Accionista – Derecho Argentino y Derecho comparado", Ed. Legis, 2012

[96] Conf. RICHARD, EFRAÍN HUGO: "*Derechos patrimoniales de los accionistas en las sociedades anónimas"*, Lerner, Córdoba, 1970, p. 226, quien además no descarta la conveniencia de fórmulas que tienden a una mayor realidad en los valores de los últimos balances, sin perjuicio de las acciones de dolo o fraude; FERNÁNDEZ, JUAN ESTEBAN: "*Estudios de sociedades comerciales en homenaje al Carlos Zavala Rodríguez",* Astrea, Buenos Aires, t. I, p. 212.

[97] SAN MILLÁN CARLOS, MATTA Y TREJO GUILLERMO: Ponencia en el I Congreso de Derecho Societario, *Cuad. III,* p. 19; VALLEJOS MAENA, J.: Ponencia en I Jornadas Rioplatenses. Derecho Comercial, San Isidro, 1976.

El balance se realizará con criterio de balance de liquidación.[98]

Este sistema, que parte del último balance aprobado y puede culminar con un balance practicado por la sociedad, aparece como conciliador entre los extremos significados por el peritaje judicial directo y los valores no actualizados del ejercicio.

El texto del art. 245, LSC adoptado por la Ley 22.903, en cuanto se refiere al "valor resultante del último balance realizado o a realizarse", da pábulo a la inclusión de reservas, previsiones y dividendos pendientes de distribución,[99] pero no obstante no garantiza el valor real de la acción (que no es el que resulta de libros).

1.4. Ley de Reformas 22.903: "último balance realizado o que debe realizarse"

La ley 19.550 determinaba como valor del reembolso el resultante del último balance aprobado, habiendo sido uniforme la solución auspiciada por la doctrina y receptada por la jurisprudencia en el sentido de que en todo caso la referencia estaba remitida al último balance realizado. Las críticas también unánimes, en el sentido de calificar como injusta la forma de determinación del valor, atendiendo a que los balances de ejercicios no reflejan de ninguna manera el valor real de las acciones, no han sido acogidas.

---

[98] SAN MILLÁN, CARLOS – MATTA Y TREJO GUILLERMO: Ponencia en el I Congreso de Derecho Societario, *Cuad. III,* p. 19; (con consideración del valor de realización de las patentes y marcas y valor llave).

[99] ZALDÍVAR ENRIQUE, MANÓVIL RAFAEL, RAGAZZI, GUILLERMO Y ROVIRA ALFREDO L: "*Cuadernos de Derecho Societario"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, vol. II, 2ª. parte, p. 412.

La reforma ha sustituido el término “aprobado” por “realizado”, con lo cual recepta la posición unánime antes referida en primer término y ha agregado como alternativa “o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias”.[100]

La doctrina nacional es, desde sus primeras expresiones, coincidente en la dura crítica al sistema del último balance, como punto de referencia para determinar el valor del reembolso y desde entonces hasta nuestros días diríamos que no hemos encontrado sino por excepción posiciones disonantes.

Esta posición mayoritaria de la doctrina nacional tiene hoy ratificación en el claro afianzamiento que con posterioridad a la ley 22.903 logró el derecho de receso en el ámbito societario. Aquel instituto, que bajo la vigencia del Código de Comercio y aun de la ley 19.550 no había tenido prácticamente aplicación, apareciendo solamente como un dato anecdótico aquella inescrutable aseveración de Halperín según el cual obraba por acción de presencia, fue acogido a partir de 1983 en una serie de interesantes casos en los cuales se demostró que había obtenido en la legislación argentina una consagración que, aun con la insuficiencia en torno al valor del reembolso, permitió su ejercicio, con la inexorable imputación de inconstitucionalidad a la injusta fórmula legal, en aquellas hipótesis en las que el balance arrojare un resultado apartado notoriamente del valor real.

Quedaba vigente —y así es aún— aquella crítica respecto de la notoria insuficiencia que reveló la reforma de la ley 22.903 en cuanto al valor del reembolso. En aquel entonces, quizá todavía pudieron haber pesado con poder de convicción en los autores de la ley todos aquellos antecedentes que, en doctrina italiana, mantenían vigente la crítica al instituto. Había nacido para morir,

[100] DASSO, ARIEL Á. – DASSO ARIEL G.: *"El valor del reembolso en el receso"* Cuadernos del Congreso de "*Derecho Societario y de la Empresa",* Córdoba, 1992, t. II, p. 369.

sentenció **Viterbo**, y fueron muchos los maestros italianos que siguiendo aquella sentencia ni siquiera pensaron en aplicar terapia.[101]

Las modificaciones introducidas por la reforma de la ley 22.903 en el art. 62 último párrafo en cuanto establece que los estados contables deben ser confeccionados en moneda constante, significan un parámetro ponderable de acercamiento a valores reales. Sin embargo, la solución, que continúa remitida a los valores resultantes del balance, no supera de ninguna manera todas aquellas que tienden a la adecuada determinación del valor de la participación social. La realización del balance en moneda constante no evitará las amortizaciones, los notorios apartamientos de los valores legales de los bienes del activo, las reservas ocultas, y tantos otros procedimientos que aun adecuados a las normas legales y reglamentarias respecto a su confección configuran a la postre un apartamiento notorio del valor real de la acción.

Al introducir una nueva regulación en virtud de la cual el balance que habrá de ser tomado en cuenta para la valorización de las acciones será el último realizado o que deba realizarse, queda superada aquella posición minoritaria que

[101] Aquella premonición tuvo eco porque la normativa resultaba frustrante del instituto, cuando establecía en el art. 2437 del Código Civil Italiano: *"el socio disidente con la decisión adoptada sobre el cambio de objeto, el tipo o transferencia de domicilio al extranjero, tiene el derecho a retirarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, de acuerdo con el último semestre promedio, si estos cotizan en Bolsa, o de otra manera como proporción de los activos resultantes con cargo al presupuesto del año pasado"* [*"I soci dissenzienti dalle deliberazione riguardanti il cambiamento dell´ oggetto o del tipo della societá e di ottenere il rimborso delle proprie azioni, in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell´ ultimo esercizio"*]
Este criterio, heredado de sus orígenes ya relacionados, fue el esterilizante del derecho de receso en Italia, allí donde nació el instituto más útil en la composición de los conflictos societarios, para morir, por estar mal regulado el aspecto económico de la acción que lo tutela: el valor que constituye la contraprestación de la participación que el socio restituye a la sociedad.
Inmerso como estuvo en aquel debate el instituto pareció condenado al olvido hasta que el Dec. Legs. 6/2003 lo despertó de su largo sueño y lo instaló en plenitud con el más avanzado reconocimiento en el derecho societario comparado del siglo XXI.

ante la falta de explícita solución en la ley anterior sostenía que el balance referido de la ley debía ser el ordinario o de ejercicio.[102] Además evita las dificultades que podrían acontecer cuando el ejercicio de un receso se hubiera verificado cuando el balance no estuviere aún aprobado o bien cuando ni siquiera hubiese estado confeccionado, en cuyo caso, obviamente la referencia para la determinación del valor habrá de realizarse respecto de ese balance pendiente de aprobación o de tratamiento.

A su vez si se tratara de acciones que se cotizan en bolsa, debe entenderse que "último balance que debió realizarse" es aquel que corresponde conforme a las normas reglamentarias aplicables a la sociedad en razón del régimen de balances bursátiles al que se encuentra sometida.

La ley 23.903 de 1983 acogió el derecho de receso en plenitud, con soluciones encomiables. Así, quedaron mejor determinadas sus causales, perfilada con mayor claridad la legitimación para el ejercicio; establecida en forma incuestionable la posibilidad de revocatoria; consagrado además con acierto el plazo para el reembolso, configurado en suma todo un sistema, claramente perfilado como uno de las más avanzados dentro de la legislación contemporánea, pero la ley de reformas ha perdido la excelente oportunidad de cerrar en forma completa una estructura legislativa orgánica que hubiere significado un verdadero paradigma en el ámbito de las leyes vigentes.

Hemos expuesto largamente nuestra opinión contraria al sistema vigente en la ley 19.550, fundamentando nuestra tesis en el sentido de la indubitable prevalencia axiológica de otros sistemas que, apuntando a la determinación de un valor real, determinan la realización de un peritaje judicial citándose los antecedentes de la legislación de Noruega, Suecia y Dinamarca

[102] SEGAL, RUBÉN; LAGOS RICARDO Y CILIBERTO, JUAN: "*Ley de Sociedades. Análisis jurídico contable*", La Ley, Buenos Aires, 1973, p. 554.

que acuden al arbitraje para la fijación del valor y aún al sistema japonés que determina que dicho valor será fijado por el tribunal.[103]

El anteproyecto de la Ley General de Sociedades de 1968 facultaba al recedente a requerir un balance especial conforme a valores reales, el que debería ser confeccionado por la sociedad y las asambleas dentro de los 3 meses de vencido el plazo máximo para ejercer el receso.[104]

Debe computarse, es cierto, que la referencia al valor resultante del último balance realizado mantiene la posibilidad de la inclusión de reservas, previsiones y dividendos pendientes de distribución.[105]

Sin embargo, no puede dudarse de que en líneas generales y además de las deficiencias acotadas al sistema de determinación del valor de las acciones según las constancias que exhiban los balances; la circunstancia de que dicho balance se ha confeccionado teniendo a la vista la posibilidad del receso, por aquellas mayorías que presumiblemente serán las que la aprobarán, y quienes no tendrán interés en que la reparación patrimonial del recedente sea cuantitativamente importante, altera absolutamente la posición de equilibrio, que como común denominador deber ser permanentemente exigida en todas las situaciones que se presenten en la regulación de este derecho.

---

[103] SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE DE: "*Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho comparado*", TEA, Buenos Aires, 1957, t. III, p. 181.
[104] RICHARD, EFRAÍN: "*Derechos patrimoniales de los accionistas*", Lerner, Córdoba, 1970, p. 226; FERNÁNDEZ, JUAN ESTEBAN: "*El derecho de receso de los accionistas en la Ley de Sociedades Comerciales*", en *Estudio de sociedades comerciales en homenaje de Carlos J. Zavala Rodríguez*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 212.
[105] ZALDÍVAR ENRIQUE; MANÓVIL RAFAEL; RAGAZZI, GUILLERMO Y ROVIRA ALFREDO: "*Cuadernos de derecho societario*", Abeledo Perrot, Buenos Aires, vol. II, 2ª parte, p. 412.

Ya los primeros comentarios a la ley al respecto fueron de crítica negativa.[106]

El sistema de la ley 19.550 e incluso el hoy vigente después de la reforma según ley 22.903 pueden tornar impracticable, por inconveniente, el ejercicio del receso por no contemplar el valor de las acciones, y no dejan al recedente más camino que el de la impugnación del balance, lo que supone los mismos problemas de complejidad, dilación y onerosidad, verdaderamente disuasivos del derecho de receder que existían con anterioridad a la reforma.

En juicio de valor teórico y práctico nos hace concluir que el momento negativo de la complejidad, la dilación y la onerosidad frecuentemente exhibido por los partidarios de la tesis que ha triunfado en la reforma se aduna directamente en la primera faz del sistema con la realización de un balance especial, lo cual será siempre más justo y útil que el correctivo de la impugnación, y en la práctica a menudo disuasivo del ejercicio del derecho de separación.

La doctrina actual es unánime al postular como objetivo de la liquidación una cifra que refleje, o al menos no se aleje notoriamente del valor real (art. 13 inc. 5 LSC), lo que debe hacerse con los mismos criterios contables que se deben emplear para los restantes casos de resolución parcial del contrato social según el criterio del art. 92 LSC. Conceptúa que el anteproyecto de reformas del año 2003 se orienta en ese sentido, pero que, sin embargo, a despecho de ese criterio, si bien se establece el criterio del valor real para la determinación de valor de las acciones, cuotas o participaciones en hipótesis de

[106] Con posición adversa a la solución legal de la reforma se expide claramente y con fundamentos ilevantables. GARCÍA CAFFARO JOSÉ L.: *"Derecho de receso en las sociedades anónimas"*, LL, 1984-A-81b y NISSEN RICARDO A.: *"Modificaciones estatutarias y derecho de receso"*, LL. 1983-D-584.

conflicto, no se lo establece para la determinación del valor del reembolso de las acciones en caso de receso. [107]

[107] ROITMAN HORACIO - Colaboradores AGUIRRE HUGO, CHIAVASSA EDUARDO, *"Ley de Sociedades Comerciales, comentada y anotada"*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. IV, p. 165.

La aplicación de la figura del administrador de hecho en la Sociedad Anónima Simplificada.

En homenaje a Efraín Hugo Richard, quien no solo fue mi mentor y mi director de tesis sino, además, un amigo y un ejemplo a seguir.

Laura Filippi[1]

1. Introducción

La sanción de la Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor ("LACE"), incorporó un nuevo tipo societario: la Sociedad por Acciones Simplificada ("SAS"). El nuevo tipo, admitió legislativamente la figura del "administrador de hecho", que hasta ese momento sólo tenía una mención legal en las Simple Asociaciones del Código Civil y Comercial de la Nación ("CCCN")[2], y para el caso de insolvencia.

Si bien dicha incorporación fue realizada fuera del cuerpo normativo de la Ley General de Sociedades ("LGS"), la jurisprudencia y la doctrina, la ha tenido como referencia para resolver casos en otros tipos sociales, aplicando los conceptos que se extraen de la LACE.

Recordemos que la figura del administrador de hecho, antes de la modificación del Código Civil (hoy CCCN), y la sanción de la Ley 27.349 no tenía previsión legal, pero había sido desarrollada ya por la jurisprudencia comercial -y por algunos otros fueros[3]- aunque su construcción y delimitación, habría sido desigual[4].

---

[1] laura@arechafilippi.com.ar

[2] Título II Persona Jurídica, Capítulo 2, Sección 2 art 191 y para el caso de insolvencia.

[3] Cam. Nac. Penal Económico Sala A "B. S. s/ inf. Ley 24769 s/ incidente de Apelación del auto de procesamiento sin prisión preventiva y embargo dictado a S.G.B.", Revista electrónica de derecho societario Nº 33 - Marzo 2008; Cam. Nac. Trabajo Sala V, "36875/2009/CA1 "Díaz, Hugo Diego Alberto c/ Pan Fresh S.A. y otro s/ despido" del 16/12/14; Idem: "38.384/08 Izzo Ricardo Roque c/Trinter SA y otros s/despido" del 29/05/13, inéditos. Cam Nac. Civil Sala K "Balbiani, Pedro Benedicto c/ Consorcio de Propietarios Las Heras 3767 y Otro s/ Nulidad de Asamblea" del 29/04/09. Inédito.

[4] Originariamente, CNCom Sala B, del 2 de diciembre de 1967. "Frigorífico Setti s/ Quiebra" Con comentario de Kushnir A. "Directores de facto y teoría de la apariencia" RDCO 2, pág. 239 y siguientes. El fallo fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 4 de setiembre de 1968; Idem. Sala B del 13/07/2006 "Nathan, Jurgen M. c. Crédito Mobiliario S.A. y otro" en www.laleyonline.com; Idem Sala D, del 12/05/2016 en "Calderas y Tanques La Marina SA S/ Quiebra S/ Acción de Responsabilidad

Respecto a la doctrina que ha tratado el tema específicamente de las SAS, y la regulación del administrador de hecho en el artículo 52, sigue una línea de asimilación del administrador de hecho y de derecho, más allá de los trabajos que la describen desde una visión general[5], y haciendo referencia a la Ley de SAS Colombiana[6], la que se cita como antecedente inmediato a la aquí comentada.

Así se ha sostenido que "Las figuras del administrador de hecho y del representante orgánico de hecho tienen como característica común que son sujetos que cumplen esas funciones, pese a no estar formalmente legitimados para hacerlo. Pese a no contar con un régimen general, entiendo que el administrador y el representante de hecho son conceptos predicables y con consecuencias en toda especie de persona jurídica. Los fundamentos para esta afirmación y sus alcances no puedo tratarlos aquí por una cuestión de extensión. Con todo, respecto de los fundamentos, menciono que la responsabilidad del administrador de hecho surge de normas y principios generales de nuestro ordenamiento (tales como la buena fe, la teoría de los actos propios y la teoría de la apariencia). En cuanto a lo segundo, como pauta general, lo que sucederá cuando haya un administrador o un representante orgánico de hecho será la aplicación de las mismas normas que se utilizarían de haber sido un administrador o un representante orgánico de derecho. En materia de responsabilidad, esto supone que los terceros podrán reclamar a la persona jurídica las consecuencias dañosas de lo actuado por sus administradores y representantes orgánicos de hecho en ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 1763 del Cód. Civ. y Com.)[7].

---

por la Sindicatura" www.pjn.gov.ar; Cam. Nac. Com. Sala A "Productos El Orden SA s/ Quiebra c/ Loizzo Alberto y Otros S/Ordinario" del 30/06/11; Idem Sala D, "Goldaracena De Elizalde, Isabel C/ Los Cedros SCA. (JA 7.6.06,2006-II) 11/10/05, entre tantos otros.

[5] RAMIREZ Alejandro "*SAS. Sociedad por acciones simplificada*" Ed. Astrea 2019, pág.253 y sgtes. Balbin Sebastián: "*Sociedad por Acciones Simplificada*". Ed. Cathedra Jurídica 2019 pág. 124 y siguientes. VILLANUEVA, Julia, "*El administrador de hecho en la SAS*", TR LALEY AR/DOC/2213/2019

[6] La norma tiene como antecedente el art. 27 de la Ley SAS de Colombia, aunque el art. 52, parte final de la ley, referida a la extensión de la responsabilidad, replica con igual redacción, el art. 137, LGS en relación a los socios comanditarios de la sociedad en comandita por acciones.

[7] SANCHEZ HERRERO, Pedro "*Responsabilidad de los administradores y representantes orgánicos de la SAS*" TR LALEY AR/DOC/1786/2021;

También se ha sostenido que en nuestro derecho existen antecedentes sobre el administrador de hecho que es aquél que sin ser nombrado en tal carácter ejerce las funciones "en bambalinas" como si lo fuere, de modo que no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede configurar el supuesto de administrador de facto, ya que no quedarían comprendidos los asesores, profesionales e incluso los socios en ejercicio de sus derechos, siempre que sus conductas no configuren el ejercicio de funciones de gestión operativa, empresaria, de cogestión ni representación social"[8], en cuanto a los requisitos necesarios de determinación y asimilación con el administrador de derecho.

Por su parte, la jurisprudencia ya había asumido dicha postura y en relación con las consecuencias por la actuación de dicho administrador de hecho, sostenido que: "Quedan comprendidos dentro del instituto de la acción de responsabilidad, entre otros el del administrador de hecho; y en ese caso es claro que sería írrito que aquél que sin tener derecho a ejercer determinada función la realiza de hecho, incurriendo en responsabilidad por dolo o por culpa, sea tratado con menor severidad que aquél que ejerce sus funciones conforme a derecho (cfr. Junyent Bas, "Responsabilidad Civil ante los Administradores Societarios", Ed. Advocatus, Córdoba 1996, pág. 42)[9].

Las disposiciones del segundo párrafo del art. 52 de la LACE, disponen expresamente que "*Las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS o las personas jurídicas que intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual*".

Lo que a nuestro entender, amplía el ámbito subjetivo de imputación de responsabilidad no solo a las personas humanas que sin designación formal intervengan positivamente en la gestión, administración o dirección de la Sociedad, sino también –y lo que es más llamativo- a las personas jurídicas que así lo hicieren. La novedad es que dispone sanción responsabilizatoria a las personas humanas y jurídicas "…*que intervinieren en una*

---

[8] RAGAZZI, Guillermo en "La Sociedad por Acciones Simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", AP/DOC77667/2017.
[9] CNCom Sala A "Productos El Orden SA S/ Quiebra C/ Loizzo Alberto y Otros S/Ordinario" del 30/06/11.

actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad…" así como extiende responsabilidad a aquello, aunque no hubieren intervenido cuando su actuación fuere *"habitual"*. Solidarizando así la responsabilidad de los administradores de derecho con los de hecho, al igual que lo han hecho las legislaciones de países como España[10] y el sentido de la doctrina que citaramos con anterioridad (Vid. Nota 6).

Respecto de las sanciones responsabilizatorias, en la legislación local y hasta la sanción de LACE sólo estaban reguladas las normas de responsabilidad previstas en los artículos 59, 157, 274 y concordantes de la LGS[11], al sujeto que estaba formalmente designado como administrador, y para el caso de la sociedad anónima ejerciera o no efectivamente el cargo o hubiera participado o no de la decisión[12], todo ello como consecuencia del incumplimiento de sus funciones deberes. Además, y para el caso de situaciones de control, los sujetos controlantes y "bajo cuyas instrucciones" actuaren los administradores, nuestra legislación no refiere a las normas de responsabilidad

---

[10] Art. 236, que expresamente dispone: Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. (…) 3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad". Ley de Sociedades Española y su Código Penal que establece: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre".

[11] Y más allá de las normas previstas en otros cuerpos legislativos y de aplicación para los administradores.

[12] Para resumir el tema de la responsabilidad solidaria puede verse CNCom., Sala C "Escapada Ana Sol y Otro C/ Cambios Norte SA s/ Ordinario", LL 23.3.17, Fº 119.985; LL 23.5.17, Fº 120.138 "La responsabilidad de los directores es concebida, en general, asociada a una idea: ellos son, se dice, responsables por la sola circunstancia de integrar el órgano, lo que significa que todos ellos serán responsables con prescindencia de cuál haya sido su concreta actuación individual (ver ROITMAN Horacio *"Ley General de Sociedades" Comentada y Anotada.* 3ª Ed. La Ley, Tomo V, Pág. 625 y siguientes; VERON Alberto, "*Tratado de las Sociedades Anónimas*", T. III, La Ley, Bs. As. 2009, pág. 554;; Cám Nac. Com. Sala B, noviembre 6, 1996, "Jinkus, Gabriel A. c/ Video Producciones Internacionales SA y Otros", LA LEY, 1997 D, 483 I, 1997 B, 2589 ED, 171273, entre otros.

de administradores antes citadas, sino normas responsabilizatorias por control (art. 54 primer y segundo párrafo LGS).

Es decir que la normativa relativa a SAS, no sólo amplió el ámbito subjetivo sancionatorio, incorporó al sujeto que sin título formal ejerce de hecho la administración como instituto jurídico, sino que, lo que es más importante, equiparó la responsabilidad del administrador de hecho, al administrador de derecho.

Y si bien la doctrina comparada, principalmente colombiana[13] seguida -como ya se adelantó- por la argentina considera que se ha incluido un concepto "amplio" de administrador de hecho, es esencial determinar sobre quien o quienes van a resultar aplicables las normas de responsabilidad patrimonial[14], y además por cuáles o qué actos.

En este sentido, tanto la doctrina nacional como extranjera entiende, en forma genérica, que *"administrador de hecho"* es "aquel que sin título, o sin válido título gestiona o concurre en la gestión de la sociedad con un poder de hecho correspondiente a aquel que la ley reconoce a los administradores de derecho[15]" o aquellos sujetos que ejercen en concreto los poderes típicos de administración sin que dicha administración se encuentre legitimada por un regular nombramiento o cuando dicho nombramiento se encuentra caduco o cesado[16], particularmente la doctrina nacional ha expresado "entiéndase por directores de hecho, de facto o indirectos, a quienes administran la sociedad anónima en función de un mandato tácito o más concretamente no en base al título jurídico por el cual se es administrador, sino en base del hecho de la

---

[13] HERNANDEZ MARTINEZ W "*La sociedad por acciones simplificada en Colombia: Innovaciones sustantivas y reflexiones*" en "La tipología de las Sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma" Embid Irujo José Miguel. y Oviedo Alban Jorge, Directores. Ed. Ibañez, Colombia Bogota 2017, Pág.203 y siguientes. REYES VILLAMIZAR Francisco "*SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada*" Ed. Legis, Primera Edición, Pág. 122.

[14]MARTINEZ SANZ Francisco "*Ámbito subjetivo de la responsabilidad" en "La responsabilidad de los administradores de las sociedades Mercantiles*", 3 ed. Tirant lo Blanch, Madrid. P. 4.

[15] GALGANO Francesco "*Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'ecconomia*" Diretto da Francesco Galgano. Volumen VII "La società per azioni". Ed. Cedam, Padova 1984, pág. 270.

[16] ANTOLISEI Francesco "*Manual di diritto penale Leggi complementari",* Ed. Giuffrè Milano 1997 pág. 109.

administración, que puede ocurrir independientemente del título y de la investidura"[17].

En consecuencia, tanto es un administrador de hecho, el sujeto que en forma concreta ejercita los poderes típicos de la administración sin estar investido de un regular nombramiento ya sea porque la designación no haya tenido los requisitos que la ley o el estatuto disponen, o porque dicho nombramiento ha caducado o cesado –siempre, recordemos hablando en términos generales- cuanto aquél sujeto realiza funciones que le corresponden al órgano de administración - ya sean internas o de representación- prescindiendo totalmente de título suficiente para tal fin. En este último caso resaltaría el efectivo ejercicio de las funciones de administración y representación, siendo indiferente la ausencia de la relación jurídica con la sociedad administrada. En ambos supuestos, la cuestión es que el sujeto a quien se denomina administrador de hecho, ejerce efectiva y personalmente en forma autónoma, directa, independiente, permanente y sin oposición de la sociedad (o con su tolerancia) una actividad de gestión societaria equivalente al administrador de derecho[18][19].

Es de destacar también, que la LACE incorporó como presupuesto objetivo de imputación la "habitualidad", agregando la norma que dicha responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual. Esta condición, pudo tener su fuente, en las disposiciones de la propia Ley General de Sociedades, la que establece el criterio de actuación más o menos permanente (o habitualidad), se ha plasmado para las sociedades en comandita simple donde se prevé la inmixión habitual del socio comanditado en la administración, extendiéndole la responsabilidad por todos los actos de administración[20].

---

[17] SASOT BATES Miguel y SASOT Miguel "*Sociedades anónimas. El órgano de administración*". Ed. Abaco Bs.As. 1980., págs. 73 y siguiendo a Toesca.

[18] Aunque esta posición no es pacífica. A todo efecto vid. FILIPPI Laura. "*El administrador de hecho en la sociedad anónima*" Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Vol. XLI, 2006; y LATORRE CHINER Nuria "*El administrador de hecho en las sociedades de capital*" Ed. Comares Granada 2003.

[19] Esta conceptualización, es también la adoptada por la LACE, cuando expresamente se establece que la imputación de responsabilidad se hará al sujeto que sin ser administrador o representante legal interviniera en una "actividad positiva" de gestión, administración o dirección de la sociedad".

[20] ARTICULO 137: "El socio comanditario no puede inmiscuirse en la administración; si lo hiciere será responsable ilimitada y solidariamente. Su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubiera intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual (…).

La figura presupone a su vez, que la actuación se realice dentro de los límites típicos de los actos de administración y en su caso de representación[21], que esos actos sean realizados en forma permanente y que la actuación no sea una mera injerencia esporádica en la administración sino que su conducta implique el ejercicio positiva e independiente de los poderes que le corresponden a los administradores de jure o legalmente designados. Este ejercicio autónomo o independiente de las funciones de administración se complementa con la soberanía en las decisiones de gestión.

Ello así, la intromisión en el ejercicio de la función administrativa en forma ocasional no produciría los efectos de configurar a un administrador de hecho, siendo que dicha actuación debe ser personal, más o menos persistente y estable y a la vez, que los actos de administración sean realizados en forma repetitiva, proyectados en un considerable lapso de tiempo[22].

De otra forma, cualquier acto realizado directamente o por consejo de un tercero – en el sentido de un sujeto ajeno a la organización interna societaria – sería susceptible, por extensión, de configurar a un sujeto como "administrador de hecho" de la sociedad, alcanzándole las responsabilidades y obligaciones previstas para aquellos.

2. La reciente jurisprudencia.

---

[21] VILLANUEVA, Julia "*El administrador de hecho en la SAS*" en TR LALEY AR/DOC/2213/2019 donde refiere a la imputabilidad de los actos concluidos por los administradores de hecho a la sociedad.

[22] Sin perjuicio de lo expuesto, alguna jurisprudencia comparada ha calificado a un sujeto que tenía "injerencia relevante" en la sociedad como *administrador de hecho*. En este sentido la Cassazione Italiana del 19.12.85 se ha pronunciado en el sentido de calificar a un sujeto como "*administrador de hecho*" toda vez que había ejercido acto de gestión de primaria relevancia para la actividad social (cit. por BONELLI Francesco "La responsabilità degli amministratori" en Trattato delle società per azioni. Dirigido por Colombo y Portale Ed. Utet pág. 400). Esta solución parece ser al menos peligrosa, toda vez que los criterios que tienden a regular el correcto desarrollo e interpretación de la actividad societaria en un terreno tan difícil como el que se trata, deberían tender a establecer pautas más o menos objetivas de interpretación. Dejar librada a la interpretación jurisprudencial conforme la "calidad" del acto que se realiza y no a parámetros estables y ecuánimes la calificación de un sujeto, no es una solución adecuada.

A partir de la incorporación del administrador de hecho como instituto jurídico y dentro de la ley de SAS y a partir de una resolución judicial, se plantea si dicha inclusión, tomando en cuenta el concepto y alcance de la misma brindada por el artículo 52, segundo párrafo, es aplicable a otros tipos societarios.

Como ya se dijo, la jurisprudencia y la doctrina habían venido perfilando la figura del administrador de hecho, con límites imprecisos.

La novedad surgiría a partir de reciente jurisprudencia[23] la que dispuso revocar la resolución que extendió la quiebra a los accionados, con base en que estaba probado que habían tenido amplias facultades de administración del patrimonio de la fallida, compatibles con la calidad de administradores de hecho y de socios ocultos que les había sido endilgada por la sindicatura actora.

Para así decidir, tuvo en cuenta que no se habría probado la calidad de socio oculto del apelante, y porque en principio el art. 160 de la LCQ no incluiría, dentro de los legitimados pasivos que contempla, a quien habría revestido esa calidad respecto de un accionista. En el caso en comentario, el demandado apelante, habría sido administrador de hecho y controlante "externo" de la fallida, lo que según la Sala, ninguna de esas dos calidades habilita la extensión de quiebra pretendida, siendo esencial la calidad de socio para la aplicación de la norma citada.

Pero más allá de ese punto, lo cierto es que la Cámara, avanza respecto de los límites y perfiles de la figura del administrador de hecho, y sostiene que "el solo hecho de haber sido "administrador de hecho" no convierte al sujeto en "corresponsable ilimitado" por todo el pasivo social, ni le genera siquiera responsabilidad alguna de "tipo automático", lo cual sucede porque administrar de hecho una sociedad no es, en sí misma, una actividad ilícita".

Para así concluir la Sala, aplica la ley 27349: 52, y sostiene que no habría razón para no aceptar que esa es también la solución a aplicar en el resto de los tipos societarios.

---

[23] CNCom Sala C. Causa Nº: 23822/18 "Bonquim SA S/ Quiebra C/ Pausic Marcos Y Otro S/ Ordinario" del 09-06-2022.

Esta resolución, plantea dos temas diferentes, por un lado, limita la responsabilidad del administrador de hecho e indirectamente la equipara a los supuestos del administrador de derecho, resultándole inaplicable el artículo 160 de la LCQ. Pero lo que es más novedoso, es que abre la posibilidad a que se aplique la normativa de la SAS a otros tipos societarios y en ausencia de regulación específica, tal como sucede con la figura del administrador de hecho.

"El balance anual de las sociedades y sus efectos"

por **Jorge Fernando Fushimi**[108]

PREFACIO IN MEMORIAM EFRAÍN HUGO RICHARD.

Este trabajo es una reelaboración de un trabajo que elaboramos juntos en una obra dirigida por Martín Arecha en el año 2013. Se me ocurrió que -quizás- la mejor manera de homenajear a mi (nuestro) gran maestro y mentor de la Escuela Comercialista de Córdoba, era trabajar alguna evolución de los muchos trabajos que escribimos juntos.

Conocí a Hugo Richard cuando accedí como JTP por concurso a la Cátedra de Derecho Comercial de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC, en una cena en casa de Laura Filippi. Además de ellos dos, estaban la titular de nuestra cátedra Susana Galán de Rodríguez Pardina y el profesor asociado, José María Rodríguez Pardina (Pepe). Así, estuvimos juntos, en aquella mesa, quienes seríamos los últimos tres titulares de esa cátedra (bajo mi titularidad, los nuevos planes de estudio y la realidad legislativa, trocaron el nombre dos veces), que fuera fundada por Mauricio Yadarola en 1935. Esperaba ver al prócer, al mito, y en esa cena entrañable, conocí al querido Hugo quien -con los años- será profesor, maestro, amigo, confidente y mentor. Mis ancestros dirían *sensei,* que no sólo hace referencia al simple docente, sino a un concepto mucho más profundo ante el cual todos se inclinan: es el líder, el maestro, el que guía, el que coordina, el que aglutina, pero sin subir a ningún podio. No quiero entrar en competencias por el mejor o más bello panegírico, tampoco quiero ventilar mis sentimientos, sólo quiero rendir homenaje a Hugo, mi sensei. Entre Susana, Pepe y Hugo, me abrieron todas las puertas que me permiten hacer creer que puedo aportar algo a esta prestigiosa publicación a la que su director, Héctor Osvaldo Chomer tuvo la gentileza de invitarme.

---

[108] Este trabajo es una evolución, actualización y mayor desarrollo de nuestro trabajo conjunto: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: "El Balance Anual de las Sociedades. Constataciones y Efectos" en la obra colectiva: "Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos", Director: ARECHA, Martín, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013. I.S.B.N. Nº 978-987-1221-98-1.

I – LA CONTABILIDAD Y EL BALANCE

1. **El rol de la contabilidad en las sociedades**.

El sistema de información contable de un ente (persona individual o ente colectivo, con o sin fines de lucro), tiene por objeto rendir cuentas a quien corresponda y brindar información sobre la situación económica, financiera, patrimonial y de gestión de ese ente. Esto surge del art. 320 del Código Civil y Comercial (CCC) que obliga a todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Hemos celebrado esta norma, atento a su indiscutible carácter imperativo[109].

Múltiples y diversos son los usuarios de la información contable[110], entre los que podemos citar a los propios administradores del ente, a los socios (o accionistas), los futuros o potenciales inversores, los trabajadores, el fisco, los acreedores, los clientes, los proveedores, el sistema de seguridad social, entre otros. La contabilidad, y en particular los estados contables son herramientas esenciales para la toma de decisiones por lo que su carencia implica la más absoluta incertidumbre y los cursos de acción que sobre esa incertidumbre se tomen serán decisiones, pero de ninguna manera podríamos considerarlas como racionales[111].

---

[109] Nuestra ponencia: FUSHIMI, Jorge Fernando: "Contabilidad y Estados Contables en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: Lo bueno, lo nuevo, lo malo, y lo que faltó": en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Universidad de Mendoza y la Universidad Nacional de Cuyo, Libro del Congreso: "El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado", Tomo III, Pág. 1901, I. Ed. Advocatus, Córdoba 2016.

110 Así lo expresa la resolución técnica Nº 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE), expresa en su Segunda Parte, Capítulo primero, Punto A: "Dado que los interesados en la información que ofrecen los estados contables son tan numerosos y de variada gama (el estado, los diversos organismos de control, los inversores actuales y potenciales, los acreedores, los clientes y los propios administradores del ente, entre otros) existe un interés general en que los datos contenidos en dichos estados se presente adecuadamente, de modo que la información sea útil".

111 La Cámara CNCom, Sala B el 19 de marzo de 2012 en la causa "Regueira, Adela Carmen c. A. Regueira y Cía. S.A. s. medida cautelar, incidente de apelación" expuso que "El balance como tal tiene importancia en cualquier empresa, y cobra especial significado en la sociedad anónima para los socios y terceros por su triple función de hacer conocer el estado patrimonial de la sociedad, asegurar la integridad del capital; dar a conocer los negocios sociales y su consecuencia, la distribución de utilidades … Es por ello, y la indudable importancia de la aprobación de los balances, que la resolución que adopta esa decisión resulta, en principio, susceptible de suspensión cautelar…". No obstante "tomando en consideración que mediante este pleito se encuentran cuestionados el balance y los estados contables y con el objeto de proteger eventuales derechos de terceros que pretendan contratar con el ente, teniendo en cuenta que no están en juego exclusivamente los intereses de los socios (Richard-Muiño, "Derecho Societario" pág. 504, Ed. Astrea, 4ta. Reimpresión, año 2002), se hace necesario adoptar una solución que, sin desmedro de los derechos

Sobre la información condensada que se refleja en los estados contables, la resolución técnica Nº 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE), expresa en su Segunda Parte, Capítulo primero, Punto A, que "*los estados contables constituyen uno de los elementos más importantes para la transmisión de información económica sobre la situación y la gestión de entes públicos o privados, ya fueran estos con o sin fines de lucro*".

Hemos sostenido en oportunidades anteriores que: "*llevar libros de contabilidad es una carga para el comerciante individual, pero representa una obligación para los administradores societarios, pues aquellos rinden cuentas de sus operaciones, y los administradores de sociedades lo hacen frente a los socios y terceros, incluso el Fisco, a través de los balances*"[112] y también aclaramos que "*la documentación contable y la información que proporcionan los libros obligatorios (los que integran el sistema elegido por la sociedad) permiten a los administradores que actúen como buenos hombres de negocios, pues la ciencia contable ofrece ratios para demostrar la operatividad del patrimonio social, evitando la insolvencia u ofreciendo alertas sobre la inminencia de la crisis*"[113].

Centramos dos posiciones: a) La primera es que, en materia de sociedades comerciales, el llevar y mantener un sistema de información contable acorde a las necesidades empresarias supera el concepto de carga que fijó la doctrina en su oportunidad para los comerciantes individuales para convertirse en una obligación autónoma y complementaria de la obligación de rendir cuentas

---

involucrados en la contienda, supera una situación que pueda resultar paralizante y por ende perjudicial para el interés social. De tal modo, y en el marco de lo dispuesto por el cpr. 204 se ordenará la anotación marginal de la litis en el legajo de la firma accionada ante la Inspección General de Justicia (CNCom. Sala D integrada por los Dres. Monti y Díaz Cordero in re "Maya, Antonio c/ Instituto Argentino de Diagnóstico y Tratamiento S.A. s/ medida precautoria" del 01.06.05; id. Sala E in re "Kahl Amalia Lucia c/ Degas S.A. s/ sumario" del 07.02.07). Ello bajo caución juratoria de la actora y mediante oficio a librarse en la anterior instancia". Con esto la Cámara da una respuesta al álgido tema de la impugnación de los estados contables. Sobre el punto reafirmamos nuestra posición de que, así como en general las resoluciones asamblearias constituyen una "declaración de voluntad", la aprobación de los estados contables y del balance se corresponden a una "declaración de verdad", por lo que constatado en cualquier tiempo –sin plazos de caducidad- se determinara la falsedad de algún dato contenido, el balance puede ser revisado.

[112]FUSHIMI, Jorge Fernando - RICHARD, Efraín Hugo: "La certeza de la ciencia contable y la desaparición de libros de la sociedad que se presenta en concurso". En la obra: NUEVOS APORTES AL DERECHO CONTABLE (IV Jornada Nacional de Derecho Contable), pág. 297 publicado por Instituto Autónomo de Derecho Contable (IADECO). Editorial Errepar, Bs. As. 2011.

[113] FUSHIMI, Jorge Fernando - RICHARD, Efraín Hugo: "La ciencia contable y la diligencia de los administradores societarios". En la obra: NUEVOS APORTES AL DERECHO CONTABLE (IV Jornada Nacional de Derecho Contable), pág. 107 publicado por Instituto Autónomo de Derecho Contable (IADECO). Editorial Errepar, Bs. As. 2011.

de todo comerciante. b) La segunda posición fijada es que la obligación de llevar un sistema de información contable es inherente a la diligencia del buen hombre de negocios.

Creemos que una errónea interpretación del artículo 331 del CCC que impide a cualquier autoridad, hacer pesquisas de oficio –bajo cualquier pretexto- para inquirir si las personas llevan o no libros arreglados, ha llevado a una creencia generalizada de que la contabilidad en general y los balances en particular, son una carga que el comerciante –en este caso comerciante social- puede o no observar bajo el único riesgo de ser juzgado por los libros de la contraparte en caso de conflicto entre comerciantes. Sin embargo, desde la ley tributaria ya desde hace largo tiempo, se ha considerado que la falta de registraciones contables no sólo es un incumplimiento a los deberes formales del contribuyente (cfr. art. 39 Ley 11.683, t.o. 1998 y sus modificaciones), sino que también es un indicio legal de defraudación fiscal (art. 47 inc. d Ley 11.683, t.o. 1998 y sus modificaciones), además de haberse atribuido el fisco nacional la facultad de verificar el cumplimiento de este deber formal (arts. 33 y 35 Ley 11.683, t.o. 1998, y sus modificaciones), lo que relativizó el concepto de carga de llevar contabilidad y –aunque fuese sólo respecto del Fisco Nacional- determinó que es una verdadera obligación del contribuyente cuyo cumplimiento puede ser exigido y fiscalizado aún de oficio por el organismo tributario. Los códigos tributarios provinciales han seguido el mismo camino que la ley de procedimientos tributarios nacionales por lo que la obligación se extiende a todo el territorio nacional, aunque la facultad de exigir registraciones sólo resida en las autoridades fiscales. Nos ha resultado infructuoso el intento de hallar algún jurista que se expida en sentido contrario a lo manifestado por nosotros aquí.

Escribimos en cierta oportunidad: "*La ley de Sociedades Comerciales Nº 19.550 también ha consagrado un nivel preponderante a la contabilidad entre los artículos 61 a 73 (ambos inclusive), y ha ratificado la obligación de llevar un sistema contable, incluso más complejo que el que -en líneas generales- fija el Código de Comercio. No se advierten en esta o en ninguna otra norma la exención de la obligatoriedad de llevar un sistema contable*". A partir de esta afirmación, explicábamos que la Resolución Técnica Nº 8 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas -por su parte-

establece la obligatoriedad de la presentación de Estados Contables en forma comparativa con el ejercicio anterior, lo que permite brindar al usuario de esa información, una importante herramienta para que, con un solo instrumento, pueda fijarse una mínima tendencia al brindar al menos dos puntos de referencia. Hoy, en virtud de las reformas introducidas por las Leyes 26.994 y 27.444, y en particular el artículo 320 del CCC, como expresábamos más arriba, la obligación es insoslayable. Más aún, el rígido sistema de secreto fiscal que protegía a la información del contribuyente que disponía el organismo fiscal nacional (DGI, AFIP, hoy ARCA) en art. 101 de la Ley 11.683, sufrió un fuerte cambio a partir de la ley Nº 27.430, con respecto de los balances y estados contables de naturaleza comercial presentados por los contribuyentes o responsables, para los cuales no regirá, atento a su carácter público[114].

Las técnicas de análisis de estados contables, permiten obtener ratios y coeficientes que van marcando el íter financiero y económico del ente que surgen de la propia información vertida por ella, lo que permite detectar tanto al órgano de administración como a cualquier otro usuario de la información contable, anticiparse a la crisis, revelando el estado de preinsolvencia o de insolvencia, momento a partir delo cual se impone adoptar las medidas necesarias para evitar perjuicios a la sociedad, los socios y los terceros.

La jurisprudencia de Córdoba, en el mismo orden de ideas, ha sostenido: "*La mentada pauta axial (*refiere al art.902 Cód. Civil*), comprende desde los cuidados más elementales cuyo incumplimiento puede importar culpa grave (art. 274 LSC) hasta aquellos que llevan sólo a configurar la culpa leve in abstracto (dada la remisión dispuesta por el primer dispositivo al art. 59 ibídem). Como consecuencia de ello, son susceptibles de engastar en el estándar jurídico del buen hombre de negocios, además del deber de asumir una conducta diligente, contar con idoneidad y poner los administradores toda su pericia para conservar el patrimonio social, y aún más, tratar de incrementarlo, la obligación de informar y dar formales cuentas de su gestión de administración (CNCom., Sala D, 25.02.1993, Loschi, Aldo L. c/ ChannelOne SA y otros, www.laleyonline.com.ar), justificando la transmisión de los bienes sociales, y*

[114] Cfr. Art. 101 inc. f), Ley 11.683 y sus modificatorias, incorporado por art. 221 de la Ley N° 27.430 B.O. 29/12/2017.

confeccionando los estados contables de conformidad a lo prescripto por el ordenamiento comercial (art. 51 y 52 CCom.), de modo tal, que ello haga factible conocer con exactitud y veracidad las ganancias obtenidas, las pérdidas sufridas y la evolución del patrimonio social, es decir, la real situación económico-financiera de la sociedad…", lo que no sucede si "…*carece de los libros contables pertinentes como de documentación respaldatoria que le otorguen verosimilitud. En otras palabras, de todo lo analizado puede extraerse que los administradores procedieron indebidamente, manteniendo activa la sociedad, y a la vez que se la liquidaba de "hecho", sin al menos haber mantenido resguardo en llevar los libros contables en forma de manera que encuentre respaldo la salida de bienes, ingresos recibidos como contrapartida, o los pagos que aducen los administradores haber realizado*[115]*".*

Si se advirtiera ante la impugnación de la resolución de Asamblea que aprobó un balance, que el mismo tiene errores, corresponde rectificarlo en una Asamblea posterior[116], revocando aquella decisión anterior.

En materia concursal hemos fustigado el lugar común de desaparición los libros sociales de contabilidad, conforme el trabajo en nota precedente.

2. Las funciones del capital social. Cifra de retención para determinar utilidades y el mantenimiento de su función de garantía.

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social[117], de manera unánime se acepta que el

115 Cám 3ª. Civ.yCom de Córdoba., Sentencia N° 123 del 14 de Junio de 2011 en la causa: "Sindicatura en Laboratorio Lister S.R.L. - Quiebra Propia C/ Pujol Marcelino Javier y Otro - Acción Ordinaria - Acción De Responsabilidad - Recurso De Apelación". - (Expte.. N°1279150/36).-

116 La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala Primera, el 27 de septiembre de 2012 atendió la causa "Basa Inversores S.A. c/ AMPEX S.A. sobre acción de nulidad, de daños, de remoción y de responsabilidad de los directores"

117 Podemos citar, entre otros: LE PERA, Sergio: "Sobre la futilidad de la noción de capital social" LL, T.1986-b, Pág. 972; ARAYA, Miguel C. "El Capital Social" DPyC – Sociedades, Ed. RubinzalCulzoni, Sta Fe 2003, Pág. 213; ARAYA, Miguel C. "Capital y patrimonio" JA-1996, t. IV. Pág. 676; FOURCADE, Antonio Daniel, en "El patrimonio neto en las sociedades comerciales" Ed. Osmar D. Buyatti, Buenos Aires 1998; RAMÍREZ BOSCO, Lucas: en "Responsabilidad por infracapitalización societaria", Ed. Hammurabi Bs.As. 2004 NISSEN, Ricardo en el prólogo a la obra de Ramírez Bosco citada; LE PERA, Sergio en prólogo a la obra "Régimen de Utilidades en las Sociedades Anónimas" de la autora CHINDEMI, Marcela H., Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2004. VERLY, Hernán: "Apuntes para una revisión del concepto de capital social" LL-1997-A, Pág. 756; LISDERO, Alfredo R. "Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria" ED t.191, pág. 804; GALIMBERTI, María Blanca: "El capital social en una era de grandes cambios" DSEyCErrepar, T.IX, 1998; BOLLINI SHAW, Carlos (h): "Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social" ED-1976, T.65, Pág. 813; REINOSO, José L. "Capital social: mínimo legal y

capital social cumple al menos tres funciones: a) Función de productividad; b) Función de garantía; c) Función de determinación de los derechos del socio. No es objeto tratar aquí sobre la validez –o no- del capital social tal como lo tenemos legislado, pero sí podemos afirmar que algunos de los cuestionamientos pueden ser subsanados a través del uso de ciertas herramientas de técnica jurídica y contable que también han generado controversias doctrinarias: nos referimos al uso de los resultados no asignados[118] y los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital.

Hoy adquiere relevancia la función de garantía del capital social.

Sin descartar referirnos a la infrapatrimonialización y a las responsabilidades que de ello resulta por la función operativa que debe tener el capital y patrimonio social, estamos tratando de rescatar la desleída función de garantía del capital social en las legislaciones societarias, configurando la causal disolutoria de pérdida del capital social, imponiendo la capitalización o liquidación, y el apartamiento de esas soluciones deviene en responsabilidades por los daños que se causaren, fundamentalmente los eventuales saldos insolutos o impago de créditos posteriores.

Un importante ensayo de Eva Holt[119]z impone algunas reflexiones. Resalta la distinguida jurista uruguaya la cita de Miguel C. Araya[120]:"Esa pérdida de capital, no debe ser confundida con la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos. La pérdida de capital social se caracteriza por la disminución del patrimonio neto, precisamente en razón de las pérdidas del ejercicio, que cuando alcanzan cierta envergadura (art. 206 LSC), imponen su reducción y si son totales, la disolución de la sociedad salvo medidas alternativas (art. 94 inc.5 LSC). Obviamente la pérdida total del capital social dispara la responsabilidad

suficiente para el cumplimiento del objeto social" JA-1997. t.IV, Pág. 731; JURADO, María A. "El Capital Social y la Realidad Económica actual", en la obra colectiva: "CUESTIONES DE DERECHO SOCIETARIO. EN HOMENAJE A HORACIO P. FARGOSI", VÍTOLO, Daniel R. Director. Ed. Ad-Hoc. Bs. As. 2004, pág. 333; RICHARD, Efraín Hugo: "Sobre el Capital Social", en "Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, pág. 107 y en http:www.acader.unc.edu.ar.-

118 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo: "Notas sobre resultados no asignados (en torno a nuevo fallo)", en La Ley, marzo 2010.

119 "La infracapitalización societaria en el derecho y doctrina uruguaya", pág. 89 y ss.. del *Anuario de Derecho Comercial n° 14*, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo, marzo de 2012

120 ARAYA, Miguel C. "Debate actual sobre el capital social" en *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Buenos Aires 2011, tomo II págs. 1109.

prevista en el art. 99 LSA, si no se opta por los caminos señalados en el art. 96 LSA.

Coincidimos en que es cuestionable la responsabilidad de administradores en caso de infracapitalización, y nula la de los socios salvo casos de fraude y abuso de derecho.

Por eso hemos ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- dispara la responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. En ese sentido Fourcade[121] apunta que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciar revertirla con las operaciones en curso.

Ello además de deber expresarse en la primer Memoria –conforme el tipo social- deja en claro el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LSA.

Obviamente que es la "insolvencia" la que dispara las acciones de responsabilidad, no siendo obligatoria –aunque si natural- la existencia de un proceso liquidativo –societario o concursal- que determine la pérdida (daño), aunque la mera "desaparición" de la sociedad, rectius: de su patrimonio ejecutable, generará la legitimación activa y pasiva.

Apunta la jurista uruguaya que en ese derecho es causal de disolución la pérdida que reduzca al capital a menos del veinticinco por ciento "Lo cual no se produce de pleno derecho, arts. 159 No. 6, sino que puede ser evitada en tanto los socios resuelvan reducir o reintegrar capital, art. 160 –refiriendo a un artículo de su autoría: "Orden público en la ley No. 16.060, Montevideo 2006, pág. 33-. No obstante, la colega entiende que "ante situaciones de pérdida patrimonial de las sociedades, todos los integrantes de los órganos societarios (incluso de las reuniones o asambleas de socios o accionistas) de las mismas,

121 FOURCADE, Antonio "Sociedades comerciales. Parte especial", Ed. Advocatus, Córdoba 2001, pág. 114.

estarán en el futuro alertas y serán proactivos en la búsqueda de soluciones que eviten la continuación del drenaje de recursos. Y ello por la sola existencia de las graves consecuencias que apareja dicha pérdida, según se ha expuesto precedentemente, cuando la misma pueda conducir a que en situación concursal el patrimonio neto social sea negativo". Se verá así, en definitiva, la concordancia con nuestras opiniones.

Recordemos algunas de las normas del derecho uruguayo. La ley de sociedades dispone en su art. 159 ap. 6° que es causal de disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio social a una cifra inferior a la cuarta parte del capital social integrado; el art. 160 que no se disolverá si los socios reintegran total o parcialmente ese capital. Congruentemente el art. 164 determina la responsabilidad de administradores si continúan el giro en esas condiciones, sin reintegrarse el capital social, señalando que ello es sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y es probable que el grupo de control que no reintegró el capital y continúe el giro se vea afectado por las previsiones del art. 189 sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica. Otra norma coherente con el art. 159 es la reducción obligatoria del capital social si la pérdida alcanza el 50% del capital social. En cuanto al aumento del capital social se determina el derecho de preferencia de los accionistas en el art. 319, y la posibilidad de dejar de lado ese derecho en el caso de capitalización de obligaciones, conforme al art. 330. - A su vez la ley de concursos dispone su aplicabilidad en caso de insolvencia, la que determina entre otros supuestos del art. 4 en su apartado 1° como la pérdida del capital social cuando exista un pasivo superior al activo comprobado por "normas contables adecuadas", imponiendo a los administradores la presentación en concurso dentro de los 30 días de haberse advertido tal situación por los administradores societarios, previsto por el art. 10: "conocido o debido conocer su estado de insolvencia".

Adviértase como la ley uruguaya recoge las interpretaciones y efectos que hemos puesto de resalto de las normas técnico contables.

Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, que la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- calificó como solución preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido

un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-.

La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país.

"*La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresaria es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna", y –eventualmente- la capitalización del pasivo*.

3. El balance anual.

En estricta técnica societaria – contable, llamamos balance general al estado de situación patrimonial[122], pero el uso general de la expresión hace referencia al conjunto de estados contables que debe presentar la sociedad, es decir, el referido estado de situación patrimonial, el estado de resultados, el estado de evolución del patrimonio neto, las notas y los anexos expresados en el artículo 65 de la Ley 19.550 de sociedades comerciales y sus modificaciones (en adelante abreviaremos LSC) a los que se agrega el estado de flujo de efectivo prescripto por las resoluciones técnicas 9 y 11 de la FACPCE.

Asimismo, para favorecer la interpretación y la comparación de la información suministrada, la información se debe presentar en moneda homogénea al cierre del ejercicio y en forma comparativa con el ejercicio anterior. Esta forma de presentación de la información contable redunda en beneficio directo de todos los usuarios de la misma que, de un simple golpe de vista, puede analizar la evolución[123] de los principales componentes de los estados contables

122 Cfr. Art. 63 Ley 19.550 y Resolución Técnica Nº 8 FACPCE, segunda parte, Capítulo II, puntos C y D.
123 Un sentido no funcional del balance puede advertirse en el fallo de la CNCom, Sala D, el 10 de agosto de 2012 in re "Cicchilli, Oscar y otro c/ Quais S.A. s. medida precautoria": "comparte la corriente jurisprudencial que sostiene que, como principio general, las decisiones asamblearias que aprueban los estados contables de un ejercicio no son susceptibles de ser suspendidas, puesto que se agotan con su resolución, sin que exista materia alguna que permita hablar de ejecución de la decisión respectiva" – con cita de profusa jurisprudencia a la que aconsejamos acceder

y representarse mentalmente el sentido de la evolución del giro comercial y de la gestión administrativa, sin contar con que a esta información se debe adicionar la memoria (sobre la que nos explayaremos en el punto siguiente) y –de corresponder- el informe de la sindicatura o el informe del consejo de vigilancia y eventualmente la auditoría contratada por ésta, si no coexiste con la sindicatura.

Pero, el balance anual sirve para los terceros quienes –en el mejor de los casos- reciben la información contable de los últimos tres meses (como ocurre con las sociedades cotizadas, por ejemplo) y en forma usual, de manera anual para ser presentado ante el órgano de gobierno y para que éstos terceros adopten las decisiones pertinentes.

Sin embargo, no son los estados contables anuales los que sirven de tablero de control al órgano de administración, ya que no se puede aguardar 365 días para tomar conocimiento de la marcha de los negocios, o intentar acciones correctivas. Por ello es que el sistema de información contable no se limita exclusivamente al balance anual, sino que se conforma de las registraciones y los reportes parciales y estados contables que a modo de corte pueden realizarse. Debemos convenir que los sistemas informáticos actuales, tanto en

---

directamente-. La primera instancia había rechazado la medida cautelar solicitado, lo que fue confirmado por la Cámara, que señaló que "el balance no es otra cosa que la descripción estática de la situación patrimonial de la sociedad en un momento determinado…-claro que esto como la otra afirmación contenido en el párrafo precedente nos merecerá una consideración- el deber de confeccionar anualmente el balance está íntimamente vinculado con el principio de solidaridad entre los ejercicios sociales, lo que significa que un balance carece de valor y de interés si no se lo compara con los balances precedentes…. De allí que para confeccionar los estados contables de determinado ejercicio se toman como punto de partida los resultados habidos en el ejercicio anterior. Ello lleva a concluir por la admisión de la suspensión cautelar en aquellos casos en que, o bien existen graves y manifiestas irregularidades que ponen en serio peligro la continuidad del giro social (extremos que … no fueron demostrados), o bien cuando la resolución asamblearia que sirvió de antecedente se encuentra suspendida…". Pero los ministros de la Cámara agregan algo más: "Es doctrina reiterada…para decretar la suspensión de una asamblea cuestionada se condicionan a la existencia de motivos graves y a la posibilidad de que se consumen hechos que cusen perjuicios irreparables…Los *motivos graves* que autorizarían la suspensión (LSC 252) deben meritarse en función no sólo del perjuicio que podría ocasionar a terceros, sino fundamentalmente para el interés societario… debiendo rechazarse la solicitud cautelar cuando no se han indicado y menos aún demostrado, siquiera subsidiariamente, los concretos perjuicios que *para la sociedad* se seguirían en caso de no suspender la decisión asamblearia impugnada…". Sólo apuntaremos que los efectos de la aprobación de un balance no se agotan con su aprobación y el balance implica una proyección sobre el futuro. Particularmente por aspectos que suelen minimizarse al referirse a la función de garantía del capital social, pero imponiendo advertir que de los resultados de ese balance se derivan derechos individuales inderogables de los accionistas al dividendo, que resulta frustrado cuando en el mismo balance –sin puntos del orden del día posteriores para resolver- se incluyen "resultados no asignados", sobre todo si se calcula sobre ellos la remuneración del directorio, y –fundamentalmente- cuando del proyecto de balance que se aprueba resulta declarada por la sociedad la existencia de una causal de disolución por pérdida del capital social (art. 94 inc.5° LSC) o cuando menos de una pérdida parcial que impone su reducción, sin aparecer punto posterior del orden del día para adoptar las soluciones que imperativamente impone la ley societaria. Ese balance luego es presentado ante un juez concursal justificando la apertura de un concurso preventivo para que los acreedores soporten la cuestión que debieron soportar los socios con el reintegro del capital si pretenden continuar operando.

materia de hardware como de software y la accesibilidad de los mismos han convertido a una tarea compleja en un reporte muy sencillo de corte a la fecha que el empresario decida. Es decir, para los terceros ajenos al ente, la herramienta para la toma de decisiones es el balance general anual, pero para los administradores, es todo el sistema de información contable el que le brinda la información útil y pertinente para la toma de decisiones en tiempo real y no de manera diferida.

Adelantándonos al desarrollo de este trabajo, debemos decir que no puede admitirse como excusa absolutoria de responsabilidad que una situación que implique una crisis para la sociedad recién pudo ser advertida al concluir el ejercicio contable, al presentarse los balances, ya que ello no se ajusta a la realidad. O no debería aceptarse como pretexto de quien pretende presentarse como un leal, prudente y diligente hombre de negocios.

4. **La Memoria**

La memoria es una pieza clave que integra y complementa a los estados contables y es obligación impuesta al administrador el informar sobre el estado de la sociedad en que se haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad.

El artículo 66 LSC enumera el contenido mínimo de la Memoria, lo que implica que su contenido puede ser ampliado lo necesario. No se debería perder de vista que integra conjuntamente con los estados contables la debida rendición de cuentas de los administradores sociales a los propietarios del capital[124].

124 Menoscabando ese documento informativo, ante la falta de Memoria, en primera y segunda instancia se rechazó la pretensión de otorgar la suspensión preventiva de resoluciones asamblearias aprobando estados contables. La CNCom, Sala B, el 7 de noviembre de 2011, en “Raviele, Fernando Esteban y otros c/ Martínez, Jorge Eduardo y otros s/ Ordinario. Los actores sostenían en la apelación que las objeciones no eran meramente formales, que se carecía de Memoria y no existió explicación del Presidente en el curso de la Asamblea, y que se debe otorgar la intervención “al menos con grado de veeduría en virtud del peligro que se cierne sobre el patrimonio social”. Esta última se considera no otorgable sino en casos de excepción “a la cual puede recurrirse una vez agotadas todas las instancias para conjurar el peligro potencial”, lo que se intentó en otro juicio y “pasados casi dos años de la primer pretensión de intervención, ha podido continuar operando en el rubro en el que desarrolla sus actividades y se encuentra tramitando un concurso de acreedores homologado… que importa la existencia de un órgano sindical y de un comité de acreedores, que resultan un resorte de protección contra este tipo de accionar”. En cuanto a la “pretensión de

Analizamos algunos de los puntos que hacen a la integridad del capital social: El inciso 1) establece que se debe informar sobre "las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y pasivo". La expresión "variaciones significativas" podrá parecer vaga o imprecisa, sin embargo, refleja acabadamente la obligación del administrador de informar aquello que implique salir de las variaciones normales. Va de suyo que si el pasivo superara el activo la variación es evidentemente significativa y debe ser informada en la memoria. El inciso 2), por su parte, establece que debe reflejarse en la memoria una adecuada explicación sobre los gastos y ganancias extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando fueren significativos. La previsión es perfectamente razonable, ya que el pasivo no aumenta per sé, sin una contrapartida en aumento del activo o sin una reducción del patrimonio neto. Los rubros mencionados en el inciso 2 tienen directa influencia en los resultados, los cuales inciden directamente en el aumento o disminución del patrimonio neto. El inciso 3) también guarda estrecha relación con nuestro eje argumental al exigir que los administradores expliquen las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente. El preservar ganancias como forma de autofinanciación del ente debe ser explicitado bien sea como medida para el crecimiento, bien sea para reforzar la función de garantía del capital. El inciso 5) es clave para prevenir la crisis empresaria al establecer que los administradores deben informar sobre la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones. Obviamente que la ley no se refiere al futuro de la economía o del mercado (contexto en el que, en general, la sociedad comercial no influye), sino de las operaciones necesarias para el cumplimiento del objeto social y el crecimiento patrimonial del ente o su preservación. En el caso de la crisis, debería contener las operaciones económicas y financieras necesarias para superarla y poner en conocimiento de los socios el plan de

---

suspender cautelarmente las decisiones asamblearias… sería también desestimada. No se advierte peligro en la demora…. Respecto de los estados contables de tres ejercicios que fueron aprobados… se señala en primer lugar que sea cual fuere el alcance y relevancia concreta que en la especie se asigne a la ausencia de la Memoria…, ese déficit no es suficiente para declarar la existencia de motivación grave que exige el art.252 LSC…analizadas las quejas de los apelantes no se advierte que se haya denunciado la existencia de datos falseados o de cuentas mal realizadas, pues sólo invoca la existencia de pérdidas o la falta de ciertos datos… Véase que los aludidos balances no parecen revelar otra cosa diferente que el real estado financiero de la sociedad y los datos negativos parecen evidenciar que no se ha ocultado la realidad del ente". Es advertible la falta de valoración de la Memoria por parte de la judicatura societaria y concursal.

empresa que los administradores prevén llevar adelante. El inciso 7) también es de nuestro interés, ya que prescribe que se deben informar los rubros y montos no mostrados en el estado de resultados — artículo 64, I, b—, por formar parte los mismos parcial o totalmente, de los costos de bienes del activo. Tradicionalmente el costo se expresa como la diferencia que surge de la existencia inicial de mercaderías (en general, comprendiendo materia prima, insumos, productos en proceso, productos semielaborados, etc) más las compras de bienes afectados a la venta y restándose la existencia final. En nuestras clases sobre impuestos explicamos que tanto la existencia inicial como las compras son datos que no pueden modificarse arbitrariamente ya que sobre ellas se informa a los organismos fiscales (la existencia inicial fue la existencia final del ejercicio anterior y las compras se informan mensualmente al liquidar el Impuesto al Valor Agregado y sin tener en cuenta otros regímenes informativos), pero –en cambio- la existencia final depende de dos factores: cantidad y precio que pueden "manipularse" de manera tal que incidan notoriamente en las ganancias y las pérdidas y, como dijimos, las pérdidas influyen en la pérdida del capital[125]. Por tal motivo, informar los rubros que componen el costo es de fundamental importancia para tener una idea acabada de la composición de los resultados del ejercicio.

El artículo 64 LSC que trata sobre los estados de resultados también contiene una disposición sobre el contenido de la memoria (lo que refuerza nuestra tesis de que la enumeración del artículo 66 no es taxativa). Luego de detallar el contenido del estado de resultados expresa la norma referida que "cuando no se haga constar algunos de estos rubros, parcial o totalmente, por formar parte de los costos de bienes de cambio, bienes de uso u otros rubros del activo, deberá exponerse como información del directorio o de los administradores en la memoria". Esto refuerza el hecho de que una de las

125 Para facilitar la comprensión de los que no son profesionales en ciencias económicas. La ganancia bruta surge de restar a las ventas (de bienes o servicios), su costo. Es decir, si Ventas-Costo=Ganancia bruta, entonces significa que hay una relación inversa entre costo y ganancia bruta (ello implica que, si aumenta el costo, disminuye la ganancia y si disminuye el costo aumenta la ganancia). Por su parte, dijimos que el Costo=Existencia Inicial + Compras Existencia final, lo que implica que la existencia final tiene una relación inversa con el costo y directa con la ganancia (si aumentan las existencias finales, disminuye el costo y aumenta la ganancia; o si disminuyen las existencias finales, aumenta el costo y disminuye la ganancia).

principales causas por las cuales se produce la disminución del patrimonio neto es a través de las pérdidas.

Al generar la existencia de una persona jurídica, al recurrir a la tipología societaria, los socios deben formalizar una previsión, un plan con respecto al desenvolvimiento de la actividad para cumplir el objeto social, para determinar su dotación, no bastando simplemente determinar el capital social como cifra etérea y genérica. Los directores y administradores deben tener un proyecto, un eje conductivo de evaluación del rendimiento del negocio, cuya existencia o inexistencia servirá para determinar el cumplimiento del "standard" de buen hombre de negocios en su conducta, constituyendo la *Memoria Anual* un ejemplo de esa planificación para los directores de las sociedades por acciones, tendiendo a determinar el riesgo operativo de la sociedad, la necesidad de reservas facultativas, la existencia de utilidades líquidas y realizables, que no pueden resultar de una simple comparación patrimonial, con la retención de la cifra del capital nominal y de las reservas legales.

El administrador de una sociedad tiene que formalizar ese plan o mirada prospectiva, como medio para la discusión, información, explicación y control de su propia gestión[126]. En frecuentes oportunidades hemos podido advertir que la memoria es un relato que no se compadece para nada con lo que expresa la realidad que emerge de los estados contables y un compendio de esperanzas, sueños, anhelos y buena voluntad que lejos está de las posibles perspectivas futuras que arrojaría un estado contable proyectado partiendo de la tendencia que marcan los últimos tres estados contables anuales.

La resolución de la IGJN nº 6/2006 imponía cierto contenido a la Memoria fue rápidamente sustituía. La misma no sólo importaba formular un plan de empresa, sino una apreciación sobre la avizoración de una crisis, sensiblemente anterior al supuesto de una crisis instalada, poniendo la cuestión en manos de los socios.

La Memoria de los administradores y las notas complementarias (arts. 66 y 65, ley 19550) debe expresar las razones en torno a la determinación de

126 MARZAL, Antonio *Empresa y Democracia económica* Ed. Argot, Barcelona 1983.

reservas facultativas que excedan las legales[127], que permitan determinar que son razonables y corresponden a una prudente administración[128], las causas "detalladamente expuestas" por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo, y, fundamentalmente, la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones[20], como también todo lo acaecido entre el cierre del balance y la confección de la memoria (art. 65 1º f, ley 19550). Las perspectivas de las futuras operaciones importan anticiparlas en su orientación y determinar el posible impacto económico y resultados de las mismas, que deben tener una vinculación directa con el plan de reservas facultativas y política de dividendos. Implica sin duda una planificación de las operaciones futuras y de su prospectiva. En todo un "plan de negocios". La fallida reforma de la ley general de sociedades intentada en el año 2019, por la comisión integrada por los Dres. Manóvil, Rovira, Ragazzi, Calcaterra, Liendo Arce y Liuba Lencova Besheva, en un proyectado artículo 65 (sobre la memoria), inciso 6) preveía que la misma debía informar sobre "*La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar"*. Esto no hacía sino reconocer la necesidad de la exteriorización y publicidad del plan de empresa y valoramos enfáticamente esta inclusión que no pudo concretarse[129].

La Memoria se integra a un sistema de las relaciones de organización, imponiendo diligencia a los administradores y constituyendo un instrumento funcional para el cumplimiento del objeto social. Representa a su vez, en caso de crisis, un verdadero sistema preconcursal, al imponer avizorar y afrontar las crisis de las sociedades, en el que el contenido de la Memoria toma así su verdadero carácter, imponiendo el análisis preventivo de toda situación de crisis ajustando el rol del sistema concursal.

127 Explicación clara y circunstanciada.

128 Arg. art. 70 ley 19550 que autoriza el cuestionamiento de la constitución de reservas facultativas excesivas. [20] Art. 66 apartado 5, en concordancia con las notas que impone el art. 65 apartado f de la ley 19550.

[129] FUSHIMI, Jorge Fernando: nuestra ponencia al XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, "Sobre regímenes contables en los proyectos de reforma al CCCN y LGS. Siguen los errores y unos pocos aciertos", publicado en el Libro de Ponencias del Congreso ("Hacia Un Nuevo Derecho Societario"), editado por Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y editorial Advocatus, Córdoba, 2019. Tomo I, Pags. 457-466.

II – LA PREPARACIÓN DEL BALANCE Y DE LA MEMORIA.

1. La función preventiva de crisis de las normas societarias.

A lo largo del tiempo y en este mismo trabajo, hemos venido sosteniendo que la verdadera prevención de las crisis económicas y financieras empresarias no debe buscarse en la legislación concursal que –en rigor- no tiene esa función preventiva, sino en la legislación societaria. La legislación concursal sólo prevé algunas formas de soluciones que procuran evitar la quiebra, o, de no hallarse éstas, liquidar a la empresa de manera forzosa a través del mecanismo de la falencia. Las denominaciones "concurso preventivo" o "acuerdo preventivo extrajudicial", pese a la terminología empleada no tratan sobre la prevención de la insolvencia ni de la crisis empresaria, sino sólo de la prevenir la quiebra.

La legislación societaria, en cambio, al tratar sobre la sociedad *in bonis*, ha previsto diversas hipótesis que permiten evitar que la empresa deba arribar a los mecanismos concursales.

Concretamente, estamos refiriéndonos a la parte de la legislación societaria que regula la pérdida del capital, y todo el plexo normativo referido a la responsabilidad del administrador societario, como así también a los instrumentos que indican el estado de crisis: los estados contables y la memoria.

La pérdida del capital social, como causal de disolución, impone iniciar el proceso de liquidación, pues actúa de pleno derecho al constatarse en el balance esa situación. Se trata de las causales de inmediata constatación, que actúan de pleno derecho, *ipso jure* u *opelegis*, generando la responsabilidad prevista por el art.99 LSA para administradores y socios. La declaración de la causal se genera al aprobar un balance con patrimonio neto neutro o negativo.

La propia ley argentina ofrece en el art. 96 el remedio para no iniciar la liquidación de la sociedad: "En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento". La solución es similar en el actual Código de Comercio venezolano, y de la mayoría de los países. La paradoja se plantea cuando administradores societarios, ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida del capital social, proceden a presentar en concurso preventivo –no sería diferente la cuestión ante

la apertura de un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial- sin haber seguido aquel camino.

Sobre la cuestión arroja luz el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CS) del 20 de octubre de 2009, mediante el cual la Corte formula un *obiterdictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de "Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo", basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. A través del voto de la mayoría- presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente "Arcángel Maggio S.A."[130].

No ingresaremos en los aspectos centrales del fallo en torno a la arbitrariedad, la obstaculización del voto, la afectación del derecho al debido proceso, lo predatorio de la propuesta y la afectación del derecho de propiedad o a la sustracción de uno de los principales activos a través de no ejercer una suscripción preferente sobre una controlada.

El *obiterdictum* es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario. –Es iluminada la afirmación: "El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores".

El calificar al concurso como "última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos", reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis., por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los

130 BOQUIN, Gabriela y NISSEN, Ricardo Augusto Nissen: "U*n ejemplar fallo en materia de transparencia de los procesos concursales"*, en "El Cronista Comercial" del 21 de octubre de 2009, pág. 3.

acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-[131].

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-. Afrontar esas causales de disolución, importa una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

La afirmación de la Corte pone en el centro de la cuestión la omisión de la "preconcursalidad societaria", o sea el uso de las técnicas concursales o preconcursales sin intentar las previsiones que marca el derecho específico de la organización societaria, a fin de beneficiarse con quitas y esperas impuestas por las mayorías logradas –con diversas "técnicas" como la relatada en el voto de la mayoría-

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que "Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente."[132]

2. Resultado de la preparación del balance por los administradores y la determinación de patrimonio neto neutro o negativo.

131 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "La quita en concursos de sociedades y su Tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)" t. 1 p. 635 de los libros de los Congresos VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, "P*or un mejor derecho concursal".*

132 BELTRAN SANCHEZ, Emilio La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.) "La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital", Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a pág. 154 parágrafo "5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad".

Cuando los administradores preparan el proyecto de balance advierten la existencia de patrimonio neto neutro (activo y pasivo se igualan) o negativo (el pasivo es mayor que el activo) deberían expresar en la Memoria referencias sobre ese aspecto. Los socios cuando aprueban o consideran ese balance, aunque no lo aprobaren toman conocimiento de la situación y desde ese momento la causal de disolución por pérdida del capital pasa a ser de indubitable y pleno conocimiento imponiendo las conductas previstas por la ley. ¿Ante esa constatación debe cesar la actividad normal y proceder a la liquidación? Sin dudar no. Aún en la causal de vencimiento del plazo los socios pueden decidir la continuación. En el caso de la causal de pérdida del capital social la liquidación puede ser evitada por el reintegro del capital social o la capitalización.

Atento la norma del art. 96 LSA la causal de disolución puede enervarse y, en tal sentido, Nissen sostiene que la reversión debe producirse dentro de los 60 días por aplicación analógica de lo previsto respecto a la causal de cancelación de oferta pública (inc. 9º art. 94). La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance. Se escuchan importantes opiniones sobre que la sociedad puede continuar operando pese a la pérdida del capital social, porque puede apreciarse revertirla con las operaciones en curso. En nuestra opinión, además de deber expresarlo en la primera Memoria –conforme el tipo social- se mantiene el riesgo de responsabilidad de administradores y socios por las nuevas operaciones conforme el art. 99 LSA, de no ser exitoso ese apartamiento de la norma imperativa, o sea enjugar las pérdidas.

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La misma presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores. Los socios al ratificarla sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades parecería que también han asumido esa responsabilidad.

La reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a

consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicio de otras vías como es la transformación o la escisión. Nada impide esa reorganización en cuanto no esté destinada a burlar a los acreedores o perjudicar a los empleados. Los administradores como buenos hombres de negocios deben planificar e informar a los socios sobre la crisis y la viabilidad de la empresa,

Ello impone pensar si la sociedad puede concursarse si se encuentran pendientes causales de disolución que no han intentado ser afrontadas por los socios, como expresamente dispone la legislación colombiana.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte-, la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad.

3. Reflejos de la crisis empresaria:

La crisis económica patrimonial de una sociedad, particularmente la constatación de la pérdida del capital social, configurando una causal de disolución y la imposición de responsabilidad de no solucionarla o iniciar de inmediato la liquidación, ante la resolución asamblearia aprobando un balance con patrimonio neutro o negativa, genera una serie de dilemas para los administradores –para no asumir responsabilidad-, que trataremos de apostillar.

a. **En la Memoria**.

La pérdida del capital social puede ocurrir por un evento catastrófico (no resultan desconocidas a uno de estos autores, por ejemplo, las pérdidas sufridas por las personas y empresas ubicadas en las zonas próximas a la ciudad de Fukushima en marzo de 2011 afectadas casi de manera simultánea no sólo por uno de los terremotos más fuerte de la historia del Japón, sino también por un tsunami y un accidente nuclear) y sabemos que no hay Memoria que pueda

contemplarla[133]. Pero, en el devenir empresario normal el capital se va consumiendo paulatinamente, a través de sucesivas pérdidas que, si no son revertidas en breve, pueden concluir en la pérdida del capital. La ley societaria argentina ha previsto diversos mecanismos tales como la reducción del capital por pérdidas (reducción voluntaria que sólo procura adecuar la cifra nominal del capital a las pérdidas acumuladas hasta el momento), la reducción obligatoria del capital cuando las pérdidas acumuladas superan a la suma de las reservas (voluntarias, estatutarias y legales) y la mitad del capital social, hasta desembocar finalmente en la causal de disolución por pérdida del capital que se produce cuando las pérdidas son mayores que todas las demás cifras "positivas" del patrimonio neto. A partir de ese momento, significa que el pasivo iguala o supera al activo social. Es una clara manifestación de la función de garantía del capital social y de tutela de los acreedores sociales.

La consideración de las pérdidas no pueden ser soslayadas en la Memoria, si bien no hay un deber específico de informarlas salvo cuando fueran extraordinarias, la realidad es que no es razonable esperar que un ente comercial refleje pérdidas y menos aún que las mismas se extiendan en el tiempo y sean de tal magnitud que impliquen la reducción obligatoria o la pérdida del capital. A partir de allí se impone no sólo explicarlas, sino también establecer el plan de empresa que implique la superación o bien detallar a los socios la necesidad de recomponer la situación patrimonial (realizando aportes, capitalizando pasivos, o reintegrando las pérdidas habidas), si así lo desean, o bien plantear la necesidad de buscar soluciones alternativas (reorganización societaria, nuevas formas de financiamiento, negocios participativos, etc). Lo que resulta inadmisible es lo contrario, es decir, minimizar las pérdidas acumuladas, negarlas, buscar soluciones mágicas (en los casos más ingenuos) o convertir a la insolvencia en un negocio lucrativo.

[133] Curiosamente, ambos autores pudimos constatar que -pese a semejante hecho catastrófico y totalmente fortuito e involuntario- es posible superar la crisis, con otros recursos de planificación empresaria y lo plasmamos en nuestra ponencia conjunta: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: "El crowdfunding como propuesta alternativa a la quita- El caso Yagisawa Shouten Co.", en el X Congreso Nacional de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, publicada en el libro de ponencias de la Jornada, Tomo II, pág. 109 a 118. Ampliamos este estudio en nuestro artículo: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: "La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas", en Doctrina Societaria y Concursal Errepar Nº 373, Diciembre de 2018, Tomo XXX, Pág. 1143-1158

Estas reflexiones, nos llevarán, en el año 2024 a emprender el estudio del sistema de Alertas Tempranas prescripto por la Directiva CE 2019/1023, que plasmaremos en nuestras ponencias al respecto, como recepción por parte de la doctrina europea de anticiparse a la crisis y evitar los fenómenos de cesación de pagos y de insolvencia[134].

b. **En el Orden del día de la Asamblea o reunión de socios, en el dilema de cumplir la ley o exteriorizar la crisis ante el mercado.**

Al confeccionar el proyecto de balance, decidiendo la convocatoria a reunión de socios, con un orden del día congruente, y ponerlo a disposición de los accionistas 15 días antes de la Asamblea, y sin perjuicio de las observaciones que se hicieren en la Memoria, los administradores enfrentan el dilema referido al iniciar este parágrafo.

Es obvio que, como hemos visto, deben informar a los socios, por el deber de lealtad y diligencia para con ellos y para con la sociedad misma, pero publicitar la situación en el edicto, abriendo las vías que prevé el art. 96 LSC, sea llamando a reintegrar, capitalizar o disponer la liquidación, como correspondería al aprobarse el balance con patrimonio neutro o negativo, podría ser una ortodoxia negativa frente al mercado y los acreedores.

No obstante, algo deberán hacer y sobre ello volveremos de inmediato.

En ese sentido es muy interesante la resolución de una Cámara Comercial Nacional que revocó la negativa de la Inspección General de Justicia de inscribir un aumento de capital en el trámite de liquidación, dirigido a solventar la totalidad de las deudas de la sociedad, ante su patrimonio negativo[135].

---

[134] Nuestras ponencias conjuntas: RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: "Reflexiones en torno a las alertas tempranas" ponencia al XII Congreso Argentino de Derecho Concursal y X Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia, en el Libro de Ponencias del Congreso "El Derecho Concursal en el Siglo XXI" Tomo 1, Editorial D&D SRL Buenos Aires, 2024, pág. 336 a 343, y RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: "Derecho contable argentino, alertas tempranas y reestructuración extrajudicial", ponencia al XII Congreso Argentino de Derecho Concursal y X Congreso Iberoamericano sobre Insolvencia. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso "El Derecho Concursal en el Siglo XXI" Tomo 1, Editorial D&D SRL Buenos Aires, 2024, pág. 360-368.

135 El fallo está referido a la apelación contra la resolución de la IGJ que "declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos lo resuelto como punto 2° del orden del día en las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas del 09.08.09 y 11.12.10 respectivamente, denegando con ello la inscripción de los aumentos de capital y modificación del estatuto allí resueltas, motivando la sentencia de la CNCom, sala A. del 6 de febrero de 2012 en la

c. LA APROBACIÓN DEL BALANCE CON PATRIMONIO NETO O NEGATIVO.

Insistimos que la resolución asamblearia o de la reunión de socios aprobando un balance anual del que resulta un patrimonio neutro o negativo, configura la declaración del órgano de gobierno societario de la existencia de la causal de disolución de la sociedad, prevista en el art. 94 inc. 5°LSC. Se trata de una declaración de verdad, imputable al órgano de gobierno de la sociedad que, tácita pero indubitablemente, declara constatada una causal de disolución, generando los efectos previstos por la ley.

No se trata simplemente de un proyecto de balance, sino de un acto jurídico imputable a la sociedad, con los efectos consiguientes.

Y ellos imponen la liquidación de la sociedad (arts. 101 y ss. LSC), y en el caso de continuar el giro generando la responsabilidad solidaria indubitable de los administradores prevista por el art. 99 LSC, respecto de terceros y los socios, con una manifestación genérica respecto a la responsabilidad de éstos "sin perjuicio de la responsabilidad de éstos", que abre tema para el análisis, como en la última jurisprudencia referida.

A ese camino y esa responsabilidad el art. 96 LSC da una vía de solución "la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento".

El reintegro impone su consideración en el orden del día y es una forma de confesión de la pérdida del capital social. El aumento de capital sería

causa "Inspección General de Justicia c/ Orígenes AFJP sobre organismos externos". La Inspección fundo el rechazo en que la sociedad "estaría inmersa en un proceso liquidatorio conforme lo establece el art. 101 y ss. LSC. Agregó que el procedimiento de aumento de capital previsto en los arts. 188 y ss. del ordenamiento societario, conlleva la voluntad social de continuar la actividad que tiene por objeto la sociedad". La fiscal general propició "la revocación de la resolución administrativa y la inscripción de los aumentos de capital oportunamente efectuados por los accionistas de Orígenes AFJP S.A. –en liquidación-. La sociedad apelante "Refirió que no existiría norma alguna que obste un aumento de capital en un caso como el de autos, donde la sociedad se encuentra en liquidación y no cuenta con activos suficientes para hacer frente a sus pasivos. La Cámara entendió que "lo cierto es que los accionistas de cualquier sociedad anónima en liquidación tienen derecho a provocar y realizar aumentos de capital de la sociedad destinados a llevar a cabo una liquidación ordenada y sana de la misma, previendo que los activos puedan no ser suficientes para cancelar los pasivos y evitando así una eventual quiebra de la sociedad". Admitiendo el recurso interpuesto. Aparece totalmente congruente la actitud de los accionistas como de la judicatura, en un aspecto pocas veces asumido y tratado, que venimos sosteniendo como preconcursal.

un llamado neutro, pero tanto aquel como éste abren la posibilidad de receso[136], sin bien sin duda con resultado neutro, simplemente liberatorio de la obligación de reintegrar. Quizá, como lo hemos sostenido[137], la capitalización de deuda podría ser la solución fiscal y socialmente más interesante.

d – SOBRE LAS CONDUCTAS A SEGUIR PARA EVITAR RESPONSABILIDAD ANTE EL BALANCE CON PATRIMONIO NEUTRO O NEGATIVO.

En orden al dilema que hemos planteado, pongámonos en las diversas conductas que podrían asumir los administradores en la convocatoria a Asamblea cuando presentan un proyecto de balance del que resulta patrimonio neutro o negativo.

d1. Ni Memoria ni Orden del día contienen previsiones sobre la pérdida del

capital.

Aprobado el balance del que resulta confesada la pérdida del capital social deberán actuar congruentemente para evitar responsabilidad. Se suele señalar que el plazo sería de 60 días para cumplimentar lo dispuesto por el art. 96 o iniciar la liquidación, por analogía con el plazo previsto para atender la causal de disolución del inc. 9° del art. 94. No lo descartamos, pero si en el interín se agravara la situación generando daño a acreedores –p.ej. toma de deuda o disminución del activo, no se relevarán de responsabilidad-.

La situación sería similar, pese a exteriorizarse una mayor diligencia en el caso de que la Asamblea que aprueba el balance deficitario llame a nueva asamblea para considerar la situación, los riesgos de la previsión del art. 99LSC serían similares.

136 DASSO, Ariel A *Tratado del Derecho de Separación o Receso del Socio y del Accionista*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012, pág. 193 y ss..
137 FUSHIMI – RICHARD "La quita en concursos…" cit..

Se ha sostenido la posibilidad de la continuidad del giro social sin mención alguna. No tenemos duda de esa posibilidad, pero debe quedar en claro que se trata de libertad bajo responsabilidad. Si el giro social es exitoso y las ganancias enjugan dicha pérdida no habría existido daño. Pero si ello no es así, la responsabilidad de administradores y de socios de control que hayan apoyado esa solución será indubitable ante los acreedores.

d2. La correcta mención en el orden del día del reintegro del capital o liquidación

sería una publicitación del estado patrimonial.

A ello nos hemos referido negativamente por razones pragmáticas. Una solución sería el llamado a aumento de capital en el orden del día.

Ello llevaría a que aprobado el balance con la pérdida del capital social, fueran los socios, en forma inmediata, los que resolvieran la capitalización para evitar responsabilidad.

La capitalización de aportes irrevocables formalizados con anterioridad o en el acto puede ser una solución para la sociedad, pero ello puede generar un cuestionamiento por afectar el derecho de suscripción preferente. La solución sería que los aportes irrevocables fueran aceptados bajo condición resolutoria de que alguno de los socios hiciera uso del derecho de suscripción preferente y acrecer, en cuyo caso se cancelaría con esa suscripción el aporte irrevocable devolviendo el equilibrio entre el interés social a capitalizar y el derecho de suscripción preferente aparentemente preterido. Recuérdese que la afectación del derecho de suscripción preferente, de no ser posible cancelar la emisión, deriva en una indemnización por el triplo.

d3. Otra solución más equilibrada

Una solución más equilibrada sería llamar al Aumento del capital social por capitalización de pasivo, previsto en el art. 197 LSC, evita que los socios tengan que reintegrar el capital. La suspensión del derecho de suscripción

preferente puede condicionarse a que los socios no asuman directamente el pago de esas deudas, liberando a la sociedad.

d4. En caso de asamblea unánime.

Obviamente que si estuvieran presentes todos los socios –asamblea unánime-, aún sin punto del orden del día a tratar, y particularmente cuando se constatare la pérdida del capital social, podrían de común acuerdo adoptar las opciones del art. 96 LSC, incluso autorizar la capitalización de pasivos (previsto en el art. 197 LSC), siempre sujeto a que los titulares de esos créditos aceptaren esa modalidad cancelatoria.

III – MEDITACIONES FINALES.

Hemos resaltado el rol de la documentación contable, particularmente el balance en la vida de las sociedades, con un efecto interdisciplinario para la buena marcha de la sociedad, el contralor de terceros, incluso de la AFIP, y de las particulares circunstancias de esa documentación ante la crisis social, tratando de introducirnos en el dilema de los administradores y el equilibrio de los derechos de los socios y de terceros.

No desconocemos que las crisis empresarias tienen diversas causas, inclusive –como mencionamos- el caso fortuito o la fuerza mayor, o que pueden existir circunstancias especiales que las desencadenen de manera inesperada o imprevisible. Esas crisis no nos desvelan. Nos preocupan aquellas que pueden estar desde la génesis de la empresa (con una evidente infracapitalización sustancial) y las que se van produciendo gradualmente llevando al ente a funcionar durante largos períodos con resultados magros o negativos, incompatibles con las necesidades económicas y financieras del ente, hasta llegar a actuar con patrimonio neto negativo (pérdida del capital). Explicamos aquí que esta involución se refleja en el sistema de información contable y se hace conocer a los socios con los balances anuales, y a partir de aquí se plantea nuestra verdadera preocupación. ¿Qué deben hacer los administradores, descartando las soluciones mágicas?

Nos desvela que la falta de diligencia de los administradores se traslade de manera forzosa a los acreedores y a toda la sociedad e incluso se premie con la homologación judicial a acuerdos preventivos a todas luces perjudiciales, y que en definitiva la solución concursal termine siendo no sólo un blanqueo de prácticas reñidas con el buen gobierno societario, sino también un ejemplo a imitar por el resto de las empresas.

Nuestro desvelo no es un sistema “moral”, sino el correcto funcionamiento del sistema societario y concursal que hace al valor justicia y al valor seguridad jurídica, conceptos ambos indispensables para el buen funcionamiento del sistema capitalista.

Los efectos societarios y concursales de lo aquí expuesto son evidentes, pero si hace falta motivaran nuevos trabajos pero ya no conjuntos como prometimos originalmente.

Córdoba, Agosto de 2025.

"Responsabilidad limitada de socios y acreedores involuntarios vulnerables. Cuestionando un dogma."

por Silvana Mabel García

Maestro, te has marchado del plano terrenal.

Pero tus enseñanzas jamás dejarán de

iluminar nuestras mentes. Gracias, por tanto.

1. Introducción

Es doloroso separarse físicamente de un ser, como vos querido Hugo, que supo brindarse con tanta generosidad, en ideas, conocimientos y oportunidades de formación y crecimiento de jóvenes -y no tanto- que alguna vez abrazamos la pasión por el Derecho.

Pero no nos despedimos. Seguimos dialogando con vos por medio de estas líneas, que exponen ideas quizás insolentes, pero con la convicción -compartida-, que sólo animándonos a cuestionarnos en nuestras certezas, avanzamos en la construcción del "buen derecho".

El tema que abordamos, no es sólo de Derecho Societario (tu campo de siembra preferido) porque vincula o puede vincular también al otro, que transitaste con tus enseñanzas, el del Derecho de la Insolvencia. No te sonará nuevo, porque ya sostuvimos atrevidamente estas opiniones con anterioridad[138] y de algún modo te detuviste en ellas. Pero queremos insistir en su exposición, con la esperanza de que otros juristas "recojan el guante", y surjan de seguro las disidencias, que como siempre dijiste, sirven para cimentar la

[138] "¿Limitación de responsabilidad frente a acreedores involuntarios? Ponencia presentada en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario 4,5 y 6 de Setiembre 2019.

Ciencia del Derecho[139]. Además, queremos repensar y ampliar algunos de los conceptos antes desarrollados. En síntesis, aportar algo más al debate.

Lo que se nos ocurrió preguntarnos es lo siguiente: frente a los acreedores llamados involuntarios, ¿podría el régimen societario excluir la responsabilidad limitada de socios que originalmente no lo son?

2. Los acreedores involuntarios. Los acreedores vulnerables

Para empezar, a estas alturas de los desarrollos doctrinarios, se ha alcanzado cierto consenso en la conceptualización de esta "clase" de acreedores, a quienes se caracteriza como sujetos que han devenido acreedores de un cierto deudor, no porque así lo eligieron, sino por razones ajenas a su voluntad, incluso a veces en contra de su voluntad. No asumieron voluntariamente el riesgo de dar crédito al deudor[140].

Muchos son extracontractuales y los puede haber también contractuales, como es el caso del paciente dañado por una mala praxis médica, o el consumidor de un producto defectuoso, o el transportado que sufre daños, etc. En esos supuestos el crédito se origina en un hecho ilícito que sucedió durante el cumplimiento de un contrato.

---

[139] En algo te "provocamos" querido Hugo, podemos inferirlo de tu ponencia conjunta con Jorge Fushimi -quien tan amablemente nos aportó su contenido- donde refieren a estas alocadas ideas, proponiendo otro punto de vista: "Acreedores vulnerables o hipervulnerables de una sociedad concursada o en quiebra. ¿Problema de los acreedores o de los socios?", en el XI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IX Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, organizado por el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Provincia de Buenos Aires), del 18 al 22 de octubre de 2021. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso, Derecho Concursal – Perspectivas Actuales, Tomo I, Instituciones y Principios Concursales, pág. 257, Ediciones DyD SRL, Bs. As. 2021. ISBN: 978-987-8353-50-0, Libro digital CDD 346.078.

[140] Ver por todos: RASPALL, Miguel A; "Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los nuevos privilegios concursales" RCCyC, marzo 2009, pág.74.

En la evolución referida a la caracterización de estos acreedores, fue ganando influencia otro “género”, por el impacto de los tratados de Derechos Humanos y la necesidad de tutela diferenciada, preferida, de los “acreedores sujetos vulnerables”.[141]

Sin embargo, ambas categorías no se confunden. Porque es claro que no todo acreedor involuntario es necesariamente un sujeto vulnerable. Podemos pensar, por ejemplo, en un acreedor por daños causados a su valiosísima propiedad por obras de una construcción vecina.

Y aquí es donde ajustamos parte de nuestras ideas originales del tema que planteamos. Y nos acercamos, en este aspecto, a las propuestas de tu ponencia conjunta con Jorge Fushimi citada con anterioridad. Porque la “excepción” a la responsabilidad limitada de socios que sugerimos y desarrollamos enseguida, no debería aplicar frente a todo acreedor involuntario, sino frente a aquel que pueda calificar, al mismo tiempo, como sujeto vulnerable, o como preferimos denominarlo: sujeto en situación de vulnerabilidad[142].

3. Responsabilidad limitada de socios: ¿un dogma?. Claroscuros de su justificación.

Por supuesto que nuestra propuesta final -que más abajo delineamos - significa ni más ni menos, que dar por tierra con el que bien puede

[141] “El acreedor en situación de vulnerabilidad frente a los procesos de insolvencia”, VITOLO, Daniel Roque EBOOK-TR 2024 (Gómez Leo-Dasso), 865 TR LALEY AR/DOC/726/2024

[142] “El principio de protección de vulnerables impone una solución concursal preferente” Ponencia presentada en el XII Congreso Argentino de Derecho Concursal y X Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia. CABA, 16-19 octubre 2024, Facultad Derecho UBA. Libro de Ponencias, digital, Ediciones D&D, CABA, Tomo III, pág.253, 8 páginas, ISBN 978-631-6500-84-7

indicarse como "dogma"[143] del derecho societario: el de la necesidad de garantizar la responsabilidad limitada de socios frente a los acreedores sociales cuando así ha sido asumida en virtud del contrato y/o del tipo de sociedad.

Lo calificamos como dogma, porque se presenta como tal, es decir, una construcción conceptual que no se cuestiona y que incluso se sostiene como un fundamento del sistema. Hay de nuestra parte cierto atrevimiento intelectual si se quiere, pero no es la primera vez que se presenta esta idea, también en otra época hubo cuestionamientos de la índole que exponemos.[144]

Resultaría una gran insensatez poner en duda los beneficios que la responsabilidad limitada de socios aporta a la economía capitalista moderna[145]. La limitación de responsabilidad es un engranaje que torna más eficiente la asunción de riesgos, facilita la ampliación de las perspectivas de un emprendimiento y la consolidación del capital. Sin embargo, bien se puntualiza que a lo largo de su evolución histórica se han hecho explícitas las ventajas de

[143] La cultura jurídica argentina de corte iluminista, que heredamos de la codificación napoleónica, nos ha hecho propensos a construir principios universales inmutables, muy poco permeables a la descomunal diversidad de la realidad y al vertiginoso flujo del tiempo. Creo que el Código Civil y Comercial ha sabido captar un profundo y casi imperceptible cambio cultural en nuestro Derecho. Pareciera ser una gran oportunidad de comenzar a *repensar las cárceles que alguna vez construimos a nuestras ideas."* (Del dogma al principio en la responsabilidad de administradores societarios: el caso de la responsabilidad objetiva por las obligaciones fiscales, CUERVO, Rodrigo; RC D 105/2018 Tomo: 2017 2 Responsabilidad objetiva – II Revista de Derecho de Daños)

[144] HANSMANN Henry / KRAAKMAN Reinier; "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", Yale Law Journal vol. 100, no. 7, 1991, pp. 1879–1934 disponible en inglés al 12-8-25 en https://core.ac.uk/download/pdf/160249715.pdf

[145] Describen esos beneficios ampliamente: CODERCH, Pablo Salvador y otros; "Derecho de daños y responsabilidad ilimitada en las sociedades de capital", InDret, 3/2003, Barcelona, julio 2003, pág.5, disponible al 12/8/25 en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/145_es.pdf. Los autores citan, como una de las primeras referencias en materia de fundamentos analíticos del dogma de la responsabilidad limitada desde una perspectiva del análisis económico del derecho de sociedades, a la obra de EASTERBROOK Frank y FISCHEL Daniel: "The economic structure of corporate law", Chicago University Press, Chicago, 1991.

la responsabilidad limitada, pero se ha omitido considerar, generalmente, los costos y distorsiones que genera. [146]

Es bueno recordar, previo a los análisis que siguen, que el privilegio de la responsabilidad limitada de socios fue el fruto de una decisión política, más que de la elaboración de una doctrina jurídica que la fundamentara completamente. Su consagración fue posterior a la creación de la personalidad jurídica societaria, y sus fundamentos, más que jurídicos, son de política económica y social. Una regla que apunta a la reducción del riesgo a ser asumido por los emprendedores, en especial aquellos que tienen aversión a dicho riesgo. Paradójicamente, la responsabilidad limitada de los socios constituye un apartamiento respecto de las reglas básicas de la economía de mercado, en la que en teoría el empresario carga con el riesgo de su gestión. Se advierte también, que buena parte de los argumentos favorables a la responsabilidad limitada de los socios son relevantes para sociedades cotizadas, pero no son éstas las que gozan de mayor difusión práctica en países latinoamericanos, sino que constituyen una ínfima minoría de las sociedades con ese tipo de responsabilidad de socios.[147]

Asimismo, cuando se estudian los fundamentos de esta prerrogativa, se advierte que fue consagrada para amparar y promover el accionar lícito de la autonomía privada, pero no se traslada sin más al ámbito de los comportamientos ilícitos, ni cuando se causan daños a terceros.[148] La falta de un examen detallado de la cuestión se debe a que se ha evaluado la misma desde una sola perspectiva: la del interés de los socios y los incentivos para la inversión.[149]

---

[146] CABANELLAS, Guillermo; "El problema de la responsabilidad limitada de los socios", Revista Jurídica de la Universidad de San Andres, disponible al 12/8/25 en https://revistasdigitales.udesa.edu.ar/index.php/revistajuridica/es/article/view/69

[147] Op.cit. pag.15

[148] HANSMANN Henry / KRAAKMAN Reinier; op.cit. pág 7

[149] CABANELLAS, op.cit. pág 11

Desde este ángulo, toda extensión de la responsabilidad limitada se ve como un incentivo adicional. Se omite, sin embargo, que tal extensión tiene, a su vez, un costo para los acreedores de la sociedad, que no pueden accionar contra el patrimonio de sus socios, creándose así una asimetría, que requeriría, al menos, una explicación.

Y es posible afirmar, que la justificación detallada de la responsabilidad limitada de los socios ha tenido lugar en las últimas décadas, sobre la base de los instrumentos del análisis económico del derecho.[150]

Pero al parecer, no es tan cierto que el progreso económico es incompatible con la ilimitación de responsabilidad de socios. El profesor y académico español Angel Rojo Fernández Río, en la conferencia que nos impartió en la Facultad de Derecho de Rosario, en oportunidad de su homenaje y titulación como "Doctor Honoris Causae" por la UNR, nos relató que el Estado de California había logrado durante el siglo XIX un proceso económico muy auspicioso, y hasta el año 1931 se regían por la regla de la responsabilidad a prorrata de los accionistas, que estaba en la ley de sociedades y hasta garantizada como principio constitucional de ese Estado. Refirió también a una corriente de opinión, (en la doctrina norteamericana, con reflejos también en Europa) que estaba poniendo en tela de juicio los beneficios de la limitación de la responsabilidad de las sociedades de capital.[151]

Se habla también de la necesidad de "resetear el capitalismo" y que las modernas teorías económicas y corporativas que imperan en las más prestigiosas universidades del mundo propugnan un capitalismo responsable[152],

---

[150] Idem, pág.18

[151] La conferencia desgrabada, consta transcripta en el libro de ponencias del VI Congreso Argentino de Derecho Concursal –IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario, 2006, tomo IV, pág.201

[152] MARTORELL, Ernesto E.; Capitalismo, primer mundo y control corporativo: ¿otra vez la Argentina pretende saltar al pasado? LA LEY 16/04/2021, 16/04/2021, 1

una economía del bien común, inclusiva y sostenible, en el que se priorizan valores humanos, el bienestar de las personas, la comunidad y el medioambiente.

4. **Ante acreedores involuntarios y vulnerables ¿podría ser de otro modo?**

Entonces, frente a acreedores involuntarios en situación de vulnerabilidad, ¿podría justificarse de algún modo que socios "*ab initio*" responsables limitadamente deban en cambio responder de modo ilimitado?

Como bien remarcaron en la ponencia que venimos citando, nuestra propuesta es de "*lege ferenda*", es decir, planteamos que esta ilimitación de responsabilidad se legisle en un futuro, de manera excepcional.

En cambio, Hugo y Jorge proponen que esa misma solución resulta de *"lege lata",* por adopción de la normativa en materia de responsabilidad societaria, que involucra, tal lo que sostienen, no únicamente a la LGS sino también al ordenamiento del CCyC, en función de la compatibilización de previsiones de ambos regímenes impuesta por el art. 150 CCyC. Luego expresaremos nuestros resquemores respecto a ello.

¿Cómo justificar la responsabilidad ilimitada de socios -que originariamente no lo son-ante acreedores involuntarios vulnerables?

Señalemos algunas razones y argumentos:

a- Los acreedores en general pueden autoprotegerse frente a una responsabilidad limitada, exigiendo garantías, incorporando el riesgo de incobrabilidad al precio del contrato. En cambio, los acreedores involuntarios nunca pudieron resguardar su acreencia porque ni siquiera tuvieron la intención de dar crédito al deudor. Y si le sumamos la condición de sujeto en situación de vulnerabilidad, es más evidente su desprotección.

b- Bajo el paraguas protector de la responsabilidad limitada, las empresas muchas veces se embarcan en proyectos de alto riesgo, y cuando suceden hechos dañosos, terminan "externalizando" y trasladando injustamente las consecuencias a sujetos vulnerables. Por ello se alega que estas técnicas son utilizadas en forma estratégica por empresas para resguardar sus bienes del ataque de futuras víctimas, y desalientan la toma de medidas preventivas en el desenvolvimiento de actividades riesgosas, imponiendo los costos a los damnificados, pues cuando los dañadores no son capaces de resarcir la totalidad de los perjuicios que puedan ocasionar, menor es la disuasión que tienen para desarrollar actividades riesgosas.

c- Si se sanciona con la ilimitación de responsabilidad a los socios, eso podría servir de incentivo para mantener o incrementar la capacidad patrimonial de la sociedad para poder afrontar el riesgo empresario asumido.

d- Cuando la sociedad cae en quiebra, y el producido de la liquidación no alcanza para satisfacer al involuntario vulnerable, quien soporta el riesgo de la actividad antes beneficiosa para socios, es el sujeto injustamente afectado. Y si para protegerlo, se lo "prefiere" de algún modo en el reparto, se traslada el riesgo a los demás acreedores. Coincidimos aquí con tus reflexiones y las de Jorge cuando afirman que "la introducción de un acreedor involuntario, en particular el vulnerable, a la masa pasiva falencial, implica -de alguna manera- la privatización del pasivo para con tales acreedores", quienes terminan por hacerse cargo de obligaciones ajenas. Entonces, ¿porque no responsabilizar -expresamente- a los socios?

e- En algunos ordenamientos, por daños al medio ambiente, o por tributos, por ej. se impone responsabilidad a socios más allá de su

participación en el capital. Podrían los involuntarios en situación de vulnerabilidad ser otra clase de créditos exceptuados.

f- En la insolvencia de personas humanas (en ordenamientos extranjeros)[153] este tipo de créditos suele excluirse de la *discharge*. La garantía patrimonial de socios en casos de insolvencia societaria pondría una cuota de equidad ante situaciones análogas. Por ejemplo: el milenial emprendedor que inventa un producto de limpieza que causa ceguera a un consumidor, no se libera de la deuda indemnizatoria; si ese mismo emprendedor es socio de una SAS cuyo patrimonio resulta insuficiente para dar cobertura al crédito, por la desaparición por quiebra de la persona jurídica, de hecho se libera de cargar con esa deuda.

g- Se ha referido a los desincentivos que generaría esta ilimitación de responsabilidad, para el mercado, la inversión, o la circulación de acciones. Pero podrían reducirse si existieran seguros adecuados. Podría imaginarse incluso que los socios asumieran esos riesgos eventuales si se los estimula con otros beneficios concretos (fiscales, por ejemplo).

Sin embargo, en cuanto a la contratación de seguros, aunque resulta una respuesta adecuada, no puede desconocerse que si los activos para responder son ab-initio escasos, resulta en un desincentivo para su contratación. Ello se debe a que una cobertura de responsabilidad total, implica el pago de primas por una serie de daños que, en definitiva, no se deberán atender, sencillamente porque se carece de bienes. Puede decirse entonces, que cuanto mayor sea la insolvencia del potencial dañador, menor será la entidad de la amenaza que lo impulsa a prevenir daños, ya que nada tendrá que perder aún si es condenado a resarcir a la víctima.

[153] CABALLERO GERMAIN, Guillermo; "Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor", publicado en Revista Ius et Praxis, año 24, Nro.3, 2018, pág.144

h- La responsabilidad limitada de socios, resultaría también, frente a todas esas dificultades de protección de acreedores involuntarios vulnerables, un modo de prevención del daño (art.1710 CCyC), pues la conciencia de la necesidad de responder pese a la personalidad jurídica diferenciada, por una disposición que asigna responsabilidad a otros sujetos, induce correctamente a la prevención de riesgos.[154]

Debemos recordar que la norma del art.1710 -íntimamente vinculada a garantías constitucionales-, ha alcanzado el rango de principio general de nuestro ordenamiento jurídico.

En nuestra propuesta, esa "ilimitación" de responsabilidad de socios frente a acreedores involuntarios vulnerables, no necesariamente debe ser regulada como estricta o a ultranza.

a- Podría imponerse únicamente para el caso de insolvencia de la persona jurídica.

b- Sólo a socios controlantes quizás. Este también es un aspecto en el que nos acercamos en las opiniones, ya que si bien Uds. (Hugo y Jorge) proponen imputar responsabilidad por aplicación de las normas que antes citamos, estiman que constituye "un problema a resolver por administradores y socios de control".[155]

c- Responsabilidad ilimitada, pero a prorrata de la participación societaria.

[154] COSSARI, Maximiliano; La necesidad de prevenir daños ante la eventual insolvencia del demandado en el Código Civil y Comercial, LA LEY 11/12/2014 , pág.3
[155] Op cit., nota 2

d- Como un *supuesto de excepción* a la responsabilidad limitada, y con fundamento en la "condición o calidad" del sujeto acreedor (aquí también morigeramos nuestra tesis original)

e- No directa, sino subsidiaria de la social.

5. **Otras posibles soluciones. Su cuestionamiento.**

¿Y por qué responsabilidad ilimitada legislada expresamente y no otras respuestas de protección por parte de socios?

En las ideas que desarrollaron conjuntamente en la ponencia que nos retorna al debate, Uds. sugieren que la atención de los créditos de acreedores involuntarios vulnerables se concrete por administradores y socios de control, como producto del ejercicio de acciones de responsabilidad.

Es una alternativa, no lo negamos, pero nuestra propuesta intenta esquivar las álgidas discusiones que se presentan entre los juristas en punto a los presupuestos, alcance y normativa aplicable a los efectos de actualizar, en el caso concreto, la responsabilidad; las que se agravan cuando se vincula o condiciona esa responsabilidad al supuesto de infracapitalización societaria. Un importante precedente refiere a la vinculación entre responsabilidad de socios por infracapitalización y acreedores involuntarios, admitiéndola bajo ciertos matices.[156] ¿Cómo no enredarse en tal caso, en los interminables debates sobre la auténtica función de garantía del capital frente a acreedores sociales?

[156] CNCom, Sala D, 4-2-20, Interindumentaria S.R.L. c/ Fábregas Ernesto Emilio y otros | quiebra s/ ordinario MJ-JU-M-123856-AR | MJJ123856 "…la problemática que relaciona el fenómeno de la infracapitalización con el concepto del socio como "inversor" que, en las sociedades de cuotas o de capital, limita su responsabilidad trasladando el riesgo, solamente se plantea, a mi modo de ver, con relación a la "gran sociedad". Es en este último supuesto, en efecto, que racionalmente aparece la exigencia de mantener la responsabilidad limitada del socio "inversor" frente a una subcapitalización societaria –con traslación del riesgo de la insolvencia a los terceros- ya que, como regla, habría de prevalecer el criterio según el cual la función económica de la sociedad no se podría cumplir a no ser que, precisamente, se admita la responsabilidad limitada de los socios (conf. Ascarelli, T., Principios y problemas de las sociedades anónimas, Imprenta Universitaria, México, 1951, p. 22). Acaso sólo podría admitir algún matiz la consideración de la situación de los acreedores involuntarios (extracontractuales) en comparación con los que, por el contrario, han entrado voluntariamente en relación con la

La literatura moderna ha dado cuenta de la crisis de la función de garantía del capital (delineada históricamente como contrapartida de la responsabilidad limitada), tan propio del Derecho Continental, y la consagración en Europa de nuevos tipos societarios que desestiman el capital mínimo. La exigencia de un capital mínimo, además, se califica como el "eslabón más débil" de la cadena de disposiciones que pretenden otorgar protección a los acreedores por medio de una aproximación legal.[157]

Los efectos de la capitalización insuficiente han sido objeto de importantes disputas doctrinales en la Argentina, y vos Hugo, sin dudas, su más ferviente expositor.

Consideraciones similares caben respecto de la posible "extensión de responsabilidad" que tiene cierta recepción en la jurisprudencia, fundamentalmente de índole laboral. Pero también se señala que ello no cuenta con un sustento normativo suficiente en la legislación laboral, y evoluciona en base a criterios jurisprudenciales, extremos notoriamente imprecisos, dando lugar a niveles importantes de inseguridad jurídica e impredecibilidad.[158] Un reciente precedente de nuestra SCJN,[159] pone de resalto la dificultad en tornar operativa esta extensión de responsabilidad.

Otra alternativa para responsabilizar a socios vendría de la mano de la desestimación de la personalidad jurídica del ente social. Pero conocemos también la exigencia de aplicación hiper restrictiva de este mecanismo, que tornaría harto dificultosa la concreción de la responsabilidad por los créditos que tratamos.

Sumado a que no es posible resumir con precisión los extremos que traen como consecuencia la desestimación de la personalidad societaria.

---

sociedad informándose sobre la existencia de dicho fenómeno y, por ello, contratado con garantías o con precios que incluyen una prima de riesgo

[157] GOLDEMBERG SERRANO, Juan Luis; " Mecanismos de protección a los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada infracapitalizada. Análisis crítico y propuesta de solución", Revista Chilena de Derecho Privado, Nro27, pág 163, disponible al 12/8/25 en https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722016000200004&script=sci_abstract

[158] CABANELLAS, op.cit, pág 36

[159] CSJN, Oviedo, Javier Darío c/ Telecom Argentina S.A. y otros s/ despido, 10-7-25, Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE)

En términos generales, tal desestimación tiene lugar cuando la personalidad societaria y sus efectos entran en conflicto con una regla jurídica de un valor superior al que corresponde al régimen de personalidad jurídica. Se trata de una cuestión que deja un amplio campo a la prudencia judicial y que presenta fuertes incertidumbres en su aplicación. La jurisprudencia evalúa un conjunto de elementos, muchos de ellos de vagos contornos, para determinar la aplicabilidad o rechazo de la desestimación tornando imprevisible, con un mínimo razonable de seguridad, la solución aplicable en cada caso.[160]

Por lo tanto, las reglas sobre desestimación de la personalidad societaria solo muy imperfectamente permiten morigerar las consecuencias lesivas de la limitación de la responsabilidad de los socios, resultando un elemento impreciso, limitado, de costosa aplicación y sujeto a altos niveles de discrecionalidad.

Podría pensarse también que las normas contenidas en el sistema concursal sirven a los efectos de paliar las consecuencias negativas de la traslación de riesgos a sujetos acreedores que no pudieron precaverse ante ellos. Pero son también de institutos de aplicación restrictiva (caso de las acciones de extensión de quiebra, y de responsabilidad de representantes y terceros) Tratándose de la extensión de quiebra, los supuestos de aplicación a socios, operan en la práctica como si se tratara de “tipos penales” que no pueden interpretarse de modo amplio según se interpreta. Y en el caso de las acciones de responsabilidad, con una limitación inicial en cuanto al factor de atribución que se exige para la responsabilización (sólo dolo).

La elevación al rango de “preferidos” o “privilegiados” de estos créditos, es una solución que hemos propugnado también, para minimizar la probabilidad de que sus créditos permanezcan impagos. Pero no es generalmente compartida, y en definitiva, como expusimos más arriba (d-) traslada el riesgo de incobrabilidad a otros acreedores.

Por ello buscamos una respuesta diferente que se incluya expresamente en las normas.

[160] CABANELLAS, op.cit, pág 23

6. **Síntesis final.**

Arribando al final de este “diálogo” que quisimos entablar con vos Hugo, y como síntesis de nuestra ponencia un tanto reformulada luego de tu propuesta conjunta con Jorge Fushimi, no propiciamos imponer una responsabilidad ilimitada de socios amplia o genérica. Pensamos que ella debería preverse legalmente ante el supuesto de quiebra del ente social, para la hipótesis en que el producto líquido de la ejecución de bienes no resultara suficiente para dar satisfacción al crédito reconocido del acreedor involuntario en situación de vulnerabilidad. Ante esa realidad concreta, la responsabilidad ilimitada de socios controlantes debería garantizarse, pero a prorrata de su respectiva participación social. También corresponderá actualizar previamente, cualquier cobertura asegurativa que pudiera existir para esa contingencia.

Podría entonces legislarse como una responsabilidad subsidiaria, no solidaria y de excepción.

Y llegamos al final de nuestro diálogo imaginario.

Disculpas, Maestro querido, por seguir provocando respuestas, que de seguro nos llegarán del estudio y profundización en tus enseñanzas, tanto tiempo cimentadas en el campo académico y docente. Y así nunca dejaremos de conversar.

"El plan de empresa como una directriz de la ley concursal argentina"

por Francisco Junyent Bas

Proemio in memorian Efrain Hugo Richard.

La publicación de una colaboración en homenaje a Hugo Richard, no podría nunca abordar todos los temas que el querido maestro y amigo manejo con versación y análisis crítico en el ámbito del Derecho Comercial.

A modo de introducción solo diré que Hugo, si bien, formalmente fue profesor de derecho societario, manejaba diversas áreas disciplinarias, tanto en el derecho comercial como el derecho civil.

Un aspecto de su pensamiento, en orden al derecho concursal, fue tratar de explicar la necesidad de que, en los concursos de sociedades, tenía la prolijidad de puntualizar que no refería a la persona humana, sino al ámbito empresario, era la necesidad de articular un plan de empresa que justificara la alternativa concordataria y permitiera, por un lado, otorgar transparencia a la presentación en concurso preventivo y por el otro, hacer conocer a los acreedores las alternativas de reorganización y reactivación que justificaba el acuerdo que se proponía.

Por ello, nos ha parecido bien hacer un pequeño abordaje sobre esta problemática, comenzando con recordar los nuevos vientos que soplan en el derecho concursal y que sustentan el quehacer empresario en los casos de crisis.

De esta forma comenzamos nuestra labor.

I. Los nuevos vientos del derecho concursal.

I.1. La empresa como sustento de la nueva cosmovisión.

El advenimiento de la empresa produjo una modificación radical en la concepción del derecho concursal: de ser un derecho encaminado a

salvaguardar el derecho de los acreedores, pasó a reordenar las alternativas saneatorias que permitieran mantener la actividad económica.

Desde esta perspectiva, y haciendo pié en las sucesivas modificaciones del derecho comparado, la normativa falimentaria mantiene los clásicos institutos del concurso preventivo y la quiebra, pero incorpora procedimientos alternativos de saneamiento empresario y en especial previos al concursamiento propiamente dichos.

En los últimos años se debaten los presupuestos de apertura del juicio concursal con el objeto de adelantar la tutela jurisdiccional y cobran nuevas fuerzas las regulaciones que tienden al salvataje de la empresa.

Asimismo, las dificultades económicas de índole general fueron receptadas por la legislación como alternativas de apertura de procedimientos extrajudiciales que permitieran reorganizar la actividad productiva, sin el costo de las vías procesales clásicas.

En una palabra, los cambios socio-económicos reclamaron la adecuación de la normativa falimentaria pues, como recuerda Rivera [161] un esquema concursal ordenado y eficaz se vincula derechamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países.

Tal como enseña Alegría[162], la ley de concursos no es solo un texto legal sino que, se constituye en un instrumento de política legislativa dentro del universo económico que debe estar dirigido a dar satisfacción a concretas aspiraciones del cuerpo de la comunidad.

La afirmación precedente se pone de relieve en la preocupación que organismos financieros, como el FMI y el Banco Mundial tienen respecto de los regímenes concursales de todos los países y, en esta línea, se ha elaborado un informe denominado “Por Procedimientos de Insolvencia Ordenados y Eficaces”.

Esta característica de la legislación concursal la dota de notable movilidad y ha conducido, en los últimos años, a numerosas reformas tanto en

[161] Rivera, Julio Cesar, ob.cit.
[162] Alegría, Hector, Algunas cuestiones de derecho concursal, Bs. As., Argentina, Abaco, 1975, pag. 22.

la legislación europea, como en la normativa estadounidense que intentan sentar las bases de un nuevo derecho concursal.

I.2. La separación del hombre de la empresa.

La reforma de la legislación francesa tiene un hito fundamental en la ley 67.563 del 13 de julio de l967, que incorporó la continuación de la empresa a la normativa falimentaria. Como enseña Cámara[163] el régimen concursal francés estructuró tres procedimientos, a saber: el procedimiento extraordinario de suspensión de las ejecuciones, reservado para ciertas empresas que estaban en dificultades financieras; y dos procesos ordinarios: el reglamento judicial, similar a nuestro concurso preventivo, y la liquidación de bienes, el proceso falencial propiamente dicho.

La ley francesa de 1967 introdujo como novedad la separación entre "el hombre" y "la empresa", postulando la supervivencia de ésta siempre que fuera viable, con prescindencia de la conducta de aquél. Tal es la nueva filosofía del derecho de la insolvencia, que fuera señeramente manifestado por Houin y que diera origen a la manifestación teórica "principio de la prevención" como forma de intentar evitar la liquidación de la empresa si ella es viable y al margen de la actuación de sus dirigentes.

De esta forma, la empresa, aunque no sea propiamente un sujeto de derecho, es valorizada como una organización productora de riqueza, que debe conservarse separada del empresario en tanto sea viable económicamente.

Cámara destaca la modificación radical ocurrida en la concepción del derecho concursal: de ser un derecho encaminado a salvaguardar el derecho de los acreedores, pasa a ser un derecho donde prevalecen los intereses de la economía.

Desde el momento en que la "noción de empresa" se mantiene en la superficie, ya no es posible considerar el derecho de las sociedades sin hacer referencia a aquélla.

[163] Cámara, Hector, Concurso preventivo y la quiebra, Depalma, Bs. As. , Argentina, vol. III – A, pag. 60.

Toda propuesta de reforma no puede ser más que un esfuerzo constante por considerar los intereses que confluyen en la empresa y a “salvarla o sanearla económicamente” y permitir su supervivencia más allá de la suerte del empresario.

I.3. La legislación alemana.

La Insolvenzordnung (InsO) del 5 de octubre de 1994 introdujo en Alemania un nuevo procedimiento judicial unitario para el tratamiento de las situaciones de insolvencia o crisis económica de la empresa.

La normativa aludida unificó el ordenamiento en materia de convenio y procedimiento liquidatorio, atemperando el derecho de los acreedores a la inmediata satisfacción de sus créditos con la posibilidad del saneamiento de la empresa.

Tal como lo señala el texto legal, el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la explotación de su patrimonio y el reparto de sus frutos, o mediante un plan de insolvencia en el que se articula un plan de empresa dirigido al saneamiento de esta última.

La nueva legislación mantiene la satisfacción de los acreedores como eje del sistema concursal, pero otorga a los interesados la posibilidad de recuperar la empresa a través de un convenio de continuación acordado en un plan específico de insolvencia.

La finalidad recuperatoria se refleja en el presupuesto material de apertura del procedimiento que presupone la concurrencia ya sea, del estado de insolvencia, ya sea de la “amenaza de insolvencia”, como así también, la denominada situación de “sobreendeudamiento” que se define en la propia ley como aquella en la cual el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas.

La ordenanza dispone que se ha de tener en cuenta la continuación de la empresa cuando sea verosimil su recuperación.

Desde el punto de vista subjetivo, la normativa germana mantiene el típico principio de unidad de disciplina en virtud del cual el expediente de insolvencia resulta aplicable con independencia de la condición civil o mercantil del deudor y alcanza tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.

La doctrina[164] explica que en el derecho alemán la apertura del procedimiento no se efectua tanto en consideración a la persona cuanto al patrimonio; esto es, es un procedimiento que no se estructura desde la titularidad formal del sujeto sino más bien, de la entidad patrimonial objetiva y autónoma.

La ordenanza alemana destina todo un título a reglamentar las situaciones de insolvencia en las que pueden concurrir los consumidores o, en general, las personas físicas que desarrollan pequeñas actividades económicas.

La regulación de estos pequeños procedimientos se fundamenta en la simplificación del trámite y especialmente en la concesión de un plan de recuperación especialmente dirigido a evitar la apertura del proceso liquidatorio.

La legislación alemana admite la unidad del procedimiento con un sistema de doble ingreso ya que pueden pedir su apertura tanto el deudor, como los acreedores que acrediten un interés legítimo y hasta tanto se adopte una decisión por parte del tribunal éste se encuentra autorizado para nombrar un administrador provisional del patrimonio que será el encargado de administrar los bienes del deudor y de auxiliar al juez para examinar la concurrencia de los presupuestos del procedimiento y las posibilidades de viabilidad económica que presenta la empresa.

La comunidad de acreedores aparece representada a través de dos órganos: la comisión y la junta de acreedores.

Esta última, es el órgano representativo competente para decidir sobre la marcha de la administración y los acuerdos adoptados en especial en orden a la aceptación del plan de empresa.

[164] Gozalo López, Vicente, Universidad de Cantabria, La reforma del derecho concursal aleman, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, Enero-Marzo, n°215, 1995.

La ordenanza permite la satisfacción de los acreedores por medio de un plan específico de insolvencia, dirigido a la conservación de la empresa, que tiende a evitar su liquidación y que requiere de la homologación judicial.

La aprobación judicial otorga al deudor la recuperación del derecho de administrar los bienes de conformidad con el plan y bajo control y vigilancia del comité de acreedores.

I.4. El derecho estadounidense.

En la legislación de bancarrotas estadounidense, el capítulo undécimo regula, bajo el título de "Reorganización empresaria", las alternativas de saneamiento empresario.

En la ley norteamericana la propuesta tendiente a la reorganización y salvataje empresario la pueden presentar tanto el deudor como los terceros interesados, y debe consistir en un acuerdo con los acreedores y en la compra de la empresa insolvente, aspectos ambos que se someten al voto de las diversas clases de acreedores y de los accionistas y/o socios que, a estos fines, conforman una clase más que debe votar la propuesta.

El juez concursal, al igual que en el moderno derecho europeo, puede imponer el plan de saneamiento, aunque no se logren las mayorías legales, si entiende que contempla el interés general.

Esta facultad de imponer el acuerdo a los acreedores es llamada "cramdown", que etimológicamente significa "hacer tragar", es decir, forzar el acuerdo.

La ley norteamericana distingue dos formas de bancarrota: la liquidación o bancarrota *strictu sensu*, tratada en el Capítulo 7, y la reorganización, que abarca los Capítulos 11, 12 y 13. Además, aparte del concurso normal, por así llamarlo, contempla el "pequeño concurso", que es un proceso simplificado, y también el *discharge* para el pequeño deudor que si es de buena fe puede ser liberado.

Como explica Verónica Escuti[165], la ley estadounidense regula una serie de aspectos que en alguna medida han influido en la ley 24.522.

La sección 1122 del Capítulo 11 de la ley estadounidense autoriza al deudor a categorizar a los acreedores en función de la naturaleza de los créditos. El criterio fundante de la categorización norteamericana es la *equity* o equidad, que es la piedra angular del sistema del common law. La norma extranjera no estipula categorías mínimas que el deudor deba establecer, y éste debe ser el criterio de interpretación de nuestro art. 41.

Con respecto al Comité de Acreedores, las secciones 1101 y 1102 de la ley que comentamos prevén la constitución del Comité de Acreedores y de Accionistas. Con respecto a estos últimos, la ley estadounidense revela gran peculiaridad, pues los accionistas constituyen una categoría concursal similar a la de los acreedores.

La ley estadounidense contempla un periodo de exclusividad para el deudor, pero no limita el rescate empresario a ciertos sujetos como nuestra ley, sino que también faculta al titular de un pequeño concurso a acceder a esta alternativa de reorganización empresaria.

Por su parte, la sección 1113 del Capítulo 11 también contempla la renegociación de los contratos laborales, reconociendo expresamente la participación de los sindicatos, aspecto que también ha sido recibido en la legislación patria.

Ahora bien, el aspecto principal del salvataje norteamericano se configura de la siguiente forma: una vez presentado el plan de reorganización por el deudor o, en su caso, los terceros oferentes, este plan debe ser homologado por el tribunal competente. Si el programa no vulnera las distintas clases de créditos u obtiene la conformidad de la mayoría de acreedores de cada clase, nada obsta a su aprobación judicial. Ahora bien, aunque el plan no obtenga las conformidades de la mayoría de los acreedores, el juez lo mismo puede aprobarlo, siempre que sea “justo o equitativo y no discrimine

[165] Escuti, Verónica, Un capítulo más de la legislación concursal, ED 26/02/96.

injustamente". Esta especial facultad del juez concursal es lo que se denomina "cramdown", y está prevista en la sección 1129 del Capítulo 11.

La viabilidad del cramdown en la legislación americana está condicionada a una serie de estándares jurídicos establecidos por la ley, tales como: el mejor interés o *best interest*, y la prioridad absoluta o *absolut priority*.

Por la regla del mejor interés ninguna de las clases perjudicadas y disidentes puede recibir un valor inferior al que recibiría en el caso de una liquidación efectuada bajo el Capítulo 7 o liquidación falencial ordinaria. En cuanto a la denominada "prioridad absoluta", hace referencia al respeto de ciertos créditos que deben satisfacerse según un orden jerárquico, similar a nuestros privilegios. De este modo, si en virtud de la prioridad absoluta una clase de acreedores es "aplastada" por el plan homologado, las clases inferiores no recibirán ningún tipo de compensación.

En una palabra, las diferencias entre la legislación estadounidense y nuestra ley son importantes y no pueden dejar de reconocerse para evitar trasplantes foráneos que no contemplen la realidad y particularidad de cada nación.

I.5. La reforma concursal española.

La legislación concursal española ha sido modificada integralmente mediante la sanción de la ley 22/2003 publicada en el Boletín Oficial del Estado N°164 del 10 de julio del 2003 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 01 de setiembre del 2004, y las posteriores reformas que se introdujeron con motivo de la pandemia.

La reforma concursal española se funda en un conjunto de principios que la doctrina denomina: unidad legal, unidad de disciplina, unidad de procedimiento y unidad jurisdiccional.

El principio de unidad legal se concreta en la unificación de todos los aspectos materiales y procesales en un único texto sin más excepción que la de

aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de ley orgánica, tal como lo explica Pozo Martinez[166].

La unidad de sistema o de procedimiento, establecida en la nueva normativa, se caracteriza por ser un proceso de "entrada única aunque de salidas diversas". El legislador español ha optado por establecer un acceso único para todo tipo de concurso a través de una fase común la cual, una vez tramitada, derivará hacia varias soluciones comunes: por un lado, hacia una solución conservativa, o sea, la fase de convenio y, por el otro, hacia una vía liquidatoria.

La ley expresamente toma partido a favor de la alternativa conservativa a la que considera como la solución normal del concurso y a la que, a su vez, fomenta con una serie de medidas siempre orientadas al objetivo fundamental del logro de la satisfacción de los acreedores.

El juez del concurso se erige en el órgano rector del procedimiento lo que concreta el principio de unidad jurisdiccional e impone la "vis atractiva" sobre las pretensiones que se dirigen en contra del deudor concursado.

La nueva normativa concursal opta por denominar el procedimiento establecido como concurso de acreedores, denominando "concurso voluntario" al procedimiento pedido por el propio deudor y "concurso necesario" al pedido por los acreedores.

El presupuesto objetivo de la declaración de concurso viene determinado en la ley en torno a la insolvencia definida ésta como un estado en el que el deudor no puede cumplir puntualmente sus obligaciones por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, pero también se habilita la apertura en el caso de inminencia de insolvencia.

La manifestación en el plano jurídico del estado de insolvencia requiere que el tribunal dicte el auto de declaración de concurso que ha de contener las medidas necesarias para impulsar el procedimiento disponiendo, los efectos sobre las facultades de administración del deudor, las medidas cautelares necesarias para la integridad patrimonial, el llamamiento de los

[166] Pozo Martinez, José L., La nueva legislación concursal española, R.D.C.O., Derecho Comparado, 2004, A, pag. 661.

acreedores para la comunicación de sus créditos y la publicidad de la declaración del concurso.

La nueva configuración orgánica de la normativa concursal perfila el órgano de administración concursal de un modo diferente al que había existido en la legislación derogada estructurando un órgano colegiado conformado por un profesional jurídico, un auditor de cuentas y un acreedor.

A su vez, los acreedores encuentran en la “junta” el órgano fundamental en la fase de convenio que tiene por finalidad aprobar las propuestas de acuerdo, ya sea, del deudor o de los acreedores.

En una palabra, la principal actuación de la junta de acreedores se concreta en la deliberación y votación de las propuestas correspondientes, de conformidad a los art. 124 y 125 de la ley concursal española.

EL principal efecto que la declaración del concurso provoca sobre el deudor es la limitación, en mayor o menor medida de su capacidad de obrar, a través de la intervención o la suspensión de sus facultades patrimoniales de administración, sea que se trate de concurso voluntario o necesario.

Los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores se manifiestan en la necesaria integración de todos ellos en la masa pasiva concursal.

La ley española articula dos posibles soluciones del concurso: una, la fase de convenio y otra, la liquidación.

La etapa de convenio se caracteriza por su flexibilidad en cuanto al contenido de las propuestas de quita o de espera o bien de ambas a la vez; eso si, con ciertos límites para evitar abusos y una excesiva onerosidad para los acreedores.

En la propuesta resulta fundamental el denominado plan de pagos o de viabilidad, cuya presentación resulta obligatoria, con independencia al tipo de propuesta al que se haga referencia, y que ha de contener una valoración sobre los recursos previstos para el cumplimiento de las obligaciones incluidos en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes.

En convenio requiere el voto favorable de la mitad del pasivo ordinario del concurso.

En caso de fracasar la alternativa concordataria se produce la apertura de la fase de liquidación.

Un aspecto relevante de la nueva legislación española lo constituye la calificación del concurso que tiende a valorar la conducta del deudor, ya sea, como fortuita, culpable o fraudulenta.

II. Esquema legislativo argentino.

II.1. La legislación patria.

El breve “raconto” que hemos realizado permite visualizar el giro copernicano producido en el derecho concursal que de constituir un esquema falimentario de ejecución colectiva de los bienes del deudor fallido pasa a articular alternativas preventivas de la insolvencia con la finalidad de sanear la empresa y reintroducirla en el mercado.

La primigenia hegemonía del proceso falencial sobre el concurso preventivo resulta una rémora histórica, que conlleva a que, en la misma legislación, es decir ley 24.522 según modificaciones de la ley 25.589, coexistan principios generales incorporados en la etapa liquidativa que, en realidad, debieran sustentar las diversas alternativas del proceso concursal.

Un ejemplo meridiano lo constituye el artículo 125 de la L.C. en cuanto establece que, declarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley y solo pueden ejercitar sus derechos en la forma prevista en la misma.

La norma indicada no hace otra cosa que predicar que la situación de insolvencia se rige por la legislación especial y, por ende, es un principio general aplicable tanto al concurso preventivo, como a la quiebra.

Además, la integración “aluvional” de la legislación concursal apareja una doble regulación en aspectos que debieran tener un tratamiento unitario, verbigracia: el fuero de atracción y el proceso verificatorio.

De tal modo, hoy en día los tres institutos más importantes de la legislación concursal a saber: el acuerdo preventivo extrajudicial, el concurso preventivo y la quiebra reflejan "asincronías" que requieren de una depuración metodológica para evitar una serie de dudas en orden a la aplicación del ordenamiento al caso concreto.

II. 2. Bases para una reforma del derecho concursal argentino.

II. 2. a. La unidad legal, de disciplina y de procedimiento.

Las enseñanzas del derecho comparado y de la propia jurisprudencia patria permiten advertir que existen una serie de aspectos que deben debatirse y eventualmente, reformularse para conformar las bases de una reforma.

Así, el derecho comparado muestra que por un lado se han seguido los principios de unidad legal, de unidad de disciplina y unidad de procedimiento como ejes del derecho concursal, mientras desde otra perspectiva podría cuestionarse cada uno de éstos aspectos en orden a una adecuada regulación.

El principio de unidad legal significa que en una misma ley se encuentran regulados todas las alternativas de saneamiento empresario y/o liquidación universal cualquiera sea el sujeto al que afecte la insolvencia.

Esta directriz se conecta con la unidad de disciplina que asegura un tratamiento igualitario a todas las personas jurídicas alcanzadas por el fenómeno de la crisis empresaria y es rescatado actualmente, en forma enfática por la nueva legislación española.

II. 3. El concurso de la gran empresa.

En esta inteligencia, las directivas de abordaje de la crisis empresaria de los grandes emprendimientos han encontrado en las alternativas extrajudiciales, un camino jurídico más idóneo para reordenar la empresa y obtener la "absolución", ya sea de la crisis, ya sea, de la insolvencia misma.

En esta línea, no cabe ninguna duda que la gran empresa no puede sujetarse al procedimiento común, pues, los impactos de las dificultades

económicas tienen tal magnitud en la comunidad que requiere de lo que la doctrina francesa ha denominado “señales de alarma” para detectar “ab origene” el proceso de crisis empresaria, evitando que se instale el estado de cesación de pagos.

De allí, que la ley alemana habilite en el caso de personas jurídicas como presupuesto objetivo de apertura de un procedimiento concursal, lo que denomina el sobreendeudamiento o la amenaza de insolvencia, buscando justamente el adelantamiento de la tutela jurisdiccional.

A su vez, las alternativas de salvataje mediante la intervención de terceros deben potenciarse en el caso específico de los emprendimientos relevantes, desplazando si es necesario al empresario y habilitando la transferencia del establecimiento industrial.

En una palabra, cuando se trata de empresas de magnitud su impacto social y su relevancia como fuente de trabajo requieren que la legislación contemple estos aspectos habilitando fórmulas de rehabilitación que permitan su reinserción en la actividad productiva.

II.4. La insolvencia de la persona física.

Desde el otro costado, la insolvencia de la persona física, del pequeño consumidor, o si se quiere de empleado, impone también un procedimiento abreviado y ágil, que más allá de la salida concordatario o liquidativa, permita una rehabilitación que lo reinserte en la actividad económica.

La jurisprudencia demuestra que la insolvencia de los empleados requiere la tutela del tejido social en orden a la satisfacción de los acreedores, pero, sin dejar de lado la dignidad del deudor y su necesidad de mantener un trabajo digno que le permita rehabilitarse.

Hoy, la doctrina reclama un procedimiento para los pequeños concursos que tenga en cuanta los aspectos reseñados, como así también disminuya los costos y tiempos del procedimiento ordinario.

En este sentido, tanto la legislación alemana como la italiana reglan el pequeño concurso aún cuando es esta última la que tiene un mejor desarrollo

considerando en forma expresa la insolvencia del consumidor y pequeños procedimientos equiparables reglados en los artículos 304 y siguientes de la Insolvenzordnung (InsO).

Entre estos procedimientos se regula expresamente el concurso de la persona física consumidor, la herencia y el patrimonio de la comunidad conyugal.

II. 5. El procedimiento ordinario.

II. 5. a. El esquema procesal de entrada única.

Con relación al procedimiento general del concurso preventivo y la quiebra, pareciera fundamental respetar lo que la legislación alemana y española denominan “unidad de sistema”, o sea, un esquema procesal de “entrada única”, ya sea, a petición del deudor, o de los acreedores y salidas diversas buscando, en primer lugar, la solución reorganizativa mediante la fase de convenio y, sólo en caso de fracaso de ésta, articular la via liquidatoria.

El derecho comparado demuestra que el convenio es la solución normal del concurso, y que, por ende, sea concurso voluntario, sea concurso necesario, ambas alternativas confluyen a idéntico procedimiento.

II. 5. b. La unidad de sistema.

Este principio de unidad de sistema permitirá unificar la serie de efectos sobre las relaciones jurídicas preexistentes que se producen como consecuencia de la apertura del procedimiento, evitando la dualidad de regulaciones como las que hoy tiene el ordenamiento patrio.

Así, el fuero de atracción, el vencimiento de plazos, la suspensión de intereses, la verificación de créditos y la continuación de los contratos deben ser aspectos que se correspondan con la etapa sustancial en que se encuentre el proceso concursal.

En igual sentido, el sistema concordatario, a la vez que se corresponde con el principio de autonomía de la voluntad de las partes que “arreglan” el modo de satisfacción de los acreedores, legitime al juez para

evaluar, con sustento en la opinión técnica de la sindicatura la viabilidad del acuerdo y, la posibilidad de imponer su aplicación en la medida que respete el interés general del concurso.

Hoy, la legislación argentina no puede seguir ignorando la necesidad de reglar el plan de empresa que estructure las pautas de viabilidad de la propuesta del deudor y/o de los terceros, sea en el periodo de exclusividad o en la intervención de terceros o salvataje, tal como preconizaba el maestro Hugo Richard en numerosas intervenciones y publicaciones.

En este sentido, la normativa concursal[167] debe contener pautas objetivas que eviten el abuso en la etapa concordataria, ya sea, de propuestas irrisorias, o de acreedores "hostiles".

III. La etapa de convenio.

III. 1. La plantilla de acreedores: los art. 36 y 45 de la L.C.

Uno de los aspectos más interesantes del nuevo esquema concordatario de la ley concursal lo constituye la conformación de los acreedores que integran la plantilla o base de cómputo para las mayorías regladas en el art. 45 de la L.C. y, en su consecuencia, para la existencia de acuerdo en los términos del art. 49 de la L.C.

Un punto polémico resulta la eventual incorporación de acreedores privilegiados, renunciantes a dicha calidad, con posterioridad a la resolución de categorización del art. 42 de la L.C., pero antes de la culminación del período de exclusividad, ante la ausencia de un plazo expreso para ejercer dicha facultad.

Recuérdese que el art. 50 de la ley 19.551 establecía que los acreedores privilegiados podían votar haciendo renuncia expresa a su privilegio, manifestada antes o al tiempo de votar.

Así, en el esquema del ordenamiento citado, este tipo de acreedores podía integrarse a la plantilla que conformaba el concordato, o sea, el acuerdo homologado.

[167] Junyent Bas, Francisco, Las facultades del juez concursal, Advocatus, Cba, Argentina, 2004.

La actual legislación parte de la directiva del art. 36 de la L.C. que señala que la sentencia verificatoria es definitiva a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y bases del acuerdo, pero nada dice de la situación de los acreedores privilegiados.

III. 2. La configuración del acuerdo preventivo.

El "juego" sistemático del período de exclusividad del deudor y del salvataje reglado en el art. 48 configuran un sistema concordatario complejo que favorece el saneamiento de la empresa, aún cuando habrá que lamentar las limitaciones subjetivas de la denominada "doble vuelta".

El sistema o esquema de la doble alternativa en la formulación de propuestas concordatarias implica la existencia de *dos períodos diferenciados*: i) el primero, denominado de exclusividad, en donde sólo el deudor está legitimado para realizar propuestas; ii) el segundo, en donde vencido el plazo para que el concursado obtenga la conformidad de sus acreedores y si éste no la obtiene, cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas o cooperativas, o sociedades en las cuales el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, se faculta a acreedores o terceros para que puedan presentar propuestas de acuerdos.

III. 3. El alcance de la resolución del art. 42 de la L.C.

La ley otorga al juez la facultad de aprobar las categorías propuestas por el deudor, lo que se obtiene mediante el dictado de una resolución fundada que establezca los respectivos agrupamientos.

La resolución de categorización de acreedores constituye, juntamente con la sentencia de verificación, el otro pilar en donde la L.C. estructura las bases de la propuesta de acuerdo preventivo.

Pese a lo dicho, no puede ignorarse que el "concordato" o "convenio judicial" tiene como fundamento la propuesta del deudor y la categorización sólo tiende a modalizarla y flexibilizarla, por lo que se hace imprescindible el plan de empresa que sustente los diversos extremos de la reorganización empresaria.

III. 4. Relación entre categorización y propuesta.

III. 4. a. La preeminencia de la propuesta.

El actual esquema concordatario pareciera privilegiar la categorización que debe realizar el deudor y aprobar el juez como paso previo a las propuestas.

Esta primera lectura de los dispositivos legales ha traido aparejado un sin número de disquisiciones que no contemplan la realidad del proceso concordatario.

En efecto, aún cuando resulte una obviedad, cabe puntualizar que lo relevante en todo acuerdo lo constituye la propuesta del deudor que puede contener o no la categorización de sus acreedores pues, esta última se deriva simplemente de las diversas condiciones y características de la masa pasiva.

Va de suyo que, como ocurre en numerosos casos, la existencia de una sola propuesta queda sin contenido la categorización que se hubiese formulado y aprobado.

Dicho de otro modo, el deudor debe dirigir su plan de reordenamiento económico financiero, o sea, las propuestas concordatarias, teniendo en cuenta a los acreedores que hayan obtenido la condición de concurrentes mediante su incorporación en el pasivo concursal.

En esta inteligencia entonces, la categorización de los acreedores constituye un régimen accesorio a las propuestas que no puede condicionar la facultad del deudor y/o del cramdista, en caso de doble vuelta, para modificar el acuerdo.

Adviértase que, la propia ley otorga una última oportunidad negociadora en la audiencia informativa establecida en el art. 45 de la L.C. que justamente tiene como sentido no sólo el de dar información, sino de eventualmente, poder modificar la propuesta para obtener las conformidades correspondientes.

III. 4. b. El plan de empresa

A la luz del derecho comparado, y de la propia experiencia del derecho judicial patrio, resulta imprescindible que la legislación distinga entre el concurso de la gran empresa y el proceso que atañe al pequeño consumidor, empleado o cuentapropista reglando procedimientos diferentes.

En el procedimiento ordinario general, debe estipularse, que, al menos al hacerse pública la propuesta, esta se integre en “un plan de empresa” que permita analizar lo que se ha denominado “la prueba del máximo esfuerzo”, su relación con “la satisfacción de los acreedores” y el porcentaje de las mayorías obtenidas, su incidencia y “relevancia como dadora directa e indirecta de empleo” y su inserción en la comunidad, como pautas objetivas de homologación.

De tal modo, la concursada no solamente debe acompañar un régimen de administración como requiere actualmente el art. 45 de la LCQ, sino que este debe sustentarse en un plan de empresa que expliqué adecuadamente como se va a encarar la gestión empresarial para recuperar rentabilidad y así poder justificar el acuerdo que se pretende de los acreedores.

Es sabido que en una economía “compleja” y “con pocas reglas” no es fácil formular el aludido plan, pero también es cierto que todo programa debe ser leído dentro de un contexto socioeconómico y desde esta inteligencia no puede convertirse en una “valla” para lograr el acuerdo sino, por el contrario, en su justificación y transparencia negocial, coadyuvando a “rescatar” a los procesos concursales como alternativas validas para el saneamiento empresario, con respecto de los intereses involucrados.

En síntesis, unas pocas líneas que siguen el camino que intento explicar permanentemente el querido amigo que hoy homenajeamos.

"Iglesias, confesiones, comunidades y entidades religiosas y el llevado de contabilidad regular"

por E. Daniel Truffat[168]

I.- EL HOMENAJEADO.

El Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Casa de Estudios de la que soy un añoso y orgulloso egresado) me ha hecho el honor de solicitarme un trabajo para incorporar en este número homenaje al querido Maestro Dr. Efraín Hugo RICHARD, como en su momento la Editorial Errepar me pidió una líneas frente a su partida[169]. Trascribo lo que allí propuse. Por varias razones –entre otras- porque todo lo predicado respecto de Errepar puede decirse también en el terreno del afecto de Richard hacia esta Revista universitaria[170].

"*Falleció el Dr. Efraín Hugo Richard. Destacado y prolífico jurista, ejemplar docente universitario y querido amigo de esta Revista y Editorial.*

El Profesor Richard fatigó las páginas -éstas y las de revistas colegas o de innúmeros libros- con una pluma elegante y una lógica implacable. Como destacado miembro de la Escuela cordobesa de Derecho Mercantil, mostró la ductilidad de moverse, como si fuera jurídicamente ambidiestro, en las dos vertientes más notables del derecho comercial: el derecho societario y el derecho concursal. Esto no le impidió interesarse en figuras contractuales complejas e, incluso, en la dura temática de las previsiones del derecho de los seguros.

Aunque a él le gustaba esconder pudorosamente su faceta moralista y encubría su pensar con la invocación de la búsqueda de la eficiencia, lo cierto

---

[168] Abogado, UBA, 1984 – Doctor en Derecho y Ciencas Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2006 – Profesor honorario U. San Pablo T, Tucumán, 2014 – Posdoctor, Universidad de Bologna, 2023

[169] Homenaje al Dr. Efraín Hugo Richard, 25 de julio de 2025

[170] De Richard se pueden decir muchas cosas buenas (de hecho este ejemplar-homenaje contiene la enumeración de muchas de ellas) pero si hay una virtud muy destacada era su leal aprecio por las Universidades públicas, su imbricación con la de Córdoba y el apoyo perenne a todas las otras (sin retacear, al mismo tiempo, apoyo a las múltiples universidades privadas que lo convocaron como habitual disertante). En verdad Efraín Hugo era un gran amigo, en una línea sarmientina, de la EDUCACIÓN.

es que Richard pretendía un derecho que tributara a lo justo y a lo correcto, sin restricción de la autonomía de la voluntad pero marcando puntillosamente el amplio espectro de la responsabilidad que viene como lógica consecuencia de esa libertad.

Imperdible en su hora sus análisis sobre las compras apalancadas, en tiempos lejanos de privatizaciones, así como su permanente y potenciada inquietud sobre las propuestas concordatarias que reputaba írritas cuando la formulaban sociedades.

El querido profesor honró las enseñanzas y ejemplo de sus maestros -nada menos que Cámara y Quintana Ferreyra- y, a su vez, construyó un vasto océano de discípulos -en todos los rincones de la Patria e incluso, por su activa participación en el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en España, Italia y varios países latinoamericanos-.

Asimismo, enseñando la importancia de las Instituciones alumbró hace tres décadas y media y dirigió desde entonces y hasta hace unas semanas, el Instituto de Derecho Empresarial de su querida Academia Nacional de Córdoba. Cuna de múltiples creaciones intelectuales y entramado al cual se aferran varias generaciones de juristas tanto cordobeses como del resto de la República.

Richard exponía y publicaba con intensidad y tesón. Meticuloso, obsesivo, indomable hay una cantidad infinita de sus trabajos escritos, tanto libros, como artículos, o ponencias- donde el Maestro batallaba con convicción sobre lo que creía adecuado y correcto-. No dudaba en presentar polémicas con colegas más jóvenes, a quienes nada les concedía en el debate, pero con quienes discutía con altura y afecto, sin pretender nunca una primacía como aquella que su historia le hubiera permitido invocar.

Su estilo inquieto pivoteaba sobre las construcciones colectivas. Pese a su particular brillo propio cuando hablaba de "dinámica grupal" mencionaba un parámetro en el que creía sinceramente.

La ausencia vence a las palabras. Pero no puede con los afectos. Esta Revista y su Editorial, las autoridades de ella, sus colaboradores permanentes y sus infinitos colaboradores ocasionales, compartimos la convicción de que el Dr.

Richard, por todo lo dicho y por su trato cálido y zumbón, supo hacerse merecedor de nuestro sincero reconocimiento y cariño.

En consecuencia, querido Efraín Hugo Richard, Ud estará siempre presente en estas páginas"

II.- EL TRABAJO EN HOMENAJE.

En julio del año pasado se dictó la Resolución General IGJ 15/2024 que importó un giro copernicano respecto de múltiples soluciones que portaba la Resolución General IGJ 7/2015.

No es mi intención ingresar en el debate que subyace entre un texto y otro, porque es evidente que comporta la expresión de concepciones antagónicas sobre el rol del Estado, sobre la utilidad de la actuación estatal en el terreno de la regulación societaria o, al revés, su abstención y básicamente sobre las potestades de la propia Inspección General de Justicia.

Un análisis detallado del nuevo régimen, sus virtudes y defectos, exige una labor paciente y donde se ejerza la intención de combatir las propias vehemencias para brindar un comentario científico y medianamente objetivo. Estos tiempos de tanta intensidad en las expresiones dogmáticas (donde públicamente se postula que estamos en una "guerra cultural") no es popular el querer encontrar diagonales que expliquen los regímenes legales y acotar las observaciones a las cuestiones técnicas. Siempre se corre el riego de ser incluido sin escalas en el escenario de los tibios, esos que Dios vomitará. Este breve trabajo no asume tales riesgos –que, en mi humilde opinión, exigen más valentía que pararse sin dudas en un extremo u otro- porque se focaliza en un tópico que dudo irrogue disidencias. Tal vez en futuros empeños quepa ponerse el sayo y asumir que la tibieza no es lo mismo que pesquisar el "justo medio"[171].

Sentado ello quiero tomar de la Resolución General 15/2024 la decisión que expresamente autoriza a las iglesias, confesiones, comunidades o

[171] Personalmente he valorado previsiones del "ancien régime": 178. "Resolución General IGJ 7/03: ¿Nuevos vientos o un huracán en el tratamiento de las sociedades extranjeras?" E.D. ejemplar del 19 de noviembre de 2003; 182. "Objeto social único: un paso más de la I.G.J.", Infobaeprofesional.com, 07.06.2004, entre otros

entidades religiosas , el contar con un sistema de contabilidad regular con apoyo en libros y registros rubricados; así como suprime la necesidad de ampararse en otras figuras jurídicas –tales como las asociaciones civiles y fundaciones-. Las referidas iglesias o confesiones o comunidades o entidades podrán obtener voluntariamente su toma de razón bajo sus estatutos particulares, por ante la IGJ, a efectos de quedar habilitadas para obtener los registros previstos en los arts. 322 y 323 CCC.

Que las iglesias son lo que Favier Dubois llama "nuevos obligados contables" no ofrece dudas. Se trata de personas jurídicas privadas que no tienen fin de lucro pero que deben llevar contabilidad "*como una forma de rendición calificada de cuentas por la administración de intereses de terceros"* [172]Ello sin perjuicio de lo explicado "infra" sobre su incidencia en caso de juicio[173].

Entre los derechos humanos esenciales –tanto que figura en los inaugurales arts. 14 y 20 CN- está el practicar libremente el culto de cada quien. Previsión que se completa, obviamente, con la posibilidad de realizar cuanto acto privado que no afecte a terceros o a la moral y buenas costumbres, le plazca a quien lo realice (CN, art. 19). Si bien la relación de cada quien con la Divinidad o con su Conciencia es un tema esencialmente espiritual resulta obvio que al organizarse en comunidad tal obrar se entrecruza con previsiones que hacen al mundo material y por ende creditorio. Y aquí se abre la necesidad, ya que se cuenta con bienes y con cierta actividad económica, de poder llevar contabilidad regular.

La relación con los bienes, además, muchas veces se tiñe de sacralidad. Con fuerte énfasis en las confesiones católica, ortodoxa, judía, anglicana, luterana, más tenue en otros cultos cristianos reformados, hasta llegar

[172] De la página que lleva el citado jurista "Panorama y Evaluación de los Registros Contables en el Código Civil y Comercial", 3 de diciembre de 2015 (https//favierduboisspagnolo.com/category/derecho-contable/)

[173] Uno de los grandes latiguillos de Richard era predicar "libertad con responsabilidad" en todo lo atinente al derecho asociativo. Es obvio que le interesaba sobre manera la terrible situación (y, al mismo tiempo, la magnífica oportunidad) de quien recibe la confianza de terceros para aplicar fondos colectados en pluralidad para emprendimientos comunes. Esto realza el deber de "rendición calificada de cuentas" de la que habla Favier Dubois y es donde cobra particular trascendencia la contabilidad prolija y seria. Y es, obviamente, donde el tópico referido –más allá del documento que lo contiene, de clara impronta societaria registral (una Resolución General de la IGJ)- se combina con los intereses del homenajeado, justificando la elección del tema.

a la negación de todo carácter sagrado en algunas religiones (el cristianismo científico, por ejemplo). Esto suscita problemas teóricos –frente a activos que quedan fuera del comercio- y, consecuentemente, muchas veces suscita discusiones sobre la ejecutabilidad de tales bienes (véase el ejemplar fallo "Comunidad Jerusalen" y el comentario del suscripto: "Los lugares sagrados son inejecutables", J.A. 2013-II, fasc. Nro. 9, mayo de 2013

Algo muy interesante de la Resolución General y el enfoque que adopta es que concede plena libertad, para hacer las cosas bien –y tomarse las ventajas, precisamente, de ese obrar correcto.

La importancia del llevado regular de libros emerge del art. 330 CCC que predica:

"ARTICULO 330.- Eficacia probatoria. La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los requisitos prescritos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba.

Sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario. El adversario no puede aceptar los asientos que le son favorables y desechar los que le perjudican, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, debe estarse a las resultas combinadas que presenten todos los registros relativos al punto cuestionado.

La contabilidad, obligada o voluntaria, prueba en favor de quien la lleva, cuando en litigio contra otro sujeto que tiene contabilidad, obligada o voluntaria, éste no presenta registros contrarios incorporados en una contabilidad regular.

Sin embargo, el juez tiene en tal caso la facultad de apreciar esa prueba, y de exigir, si lo considera necesario, otra supletoria.

Cuando resulta prueba contradictoria de los registros de las partes que litigan, y unos y otros se hallan con todas las formalidades necesarias y sin vicio alguno, el juez debe prescindir de este medio de prueba y proceder por los méritos de las demás probanzas que se presentan.

Si se trata de litigio contra quien no está obligado a llevar contabilidad, ni la lleva voluntariamente, ésta sólo sirve como principio de prueba de acuerdo con las circunstancias del caso.

La prueba que resulta de la contabilidad es indivisible"

La resolución encuentra sólida base para lo decidido en el art. 320 CCC en tanto admite el llevado voluntario de contabilidad, su inscripción y la habilitación de sus registros o la rúbrica de libros.

Esta decisión –cuya adopción por los Registros provinciales ha sido "instada" por un decreto presidencial (el nro. 486/2025)- parece absolutamente destacable. Hace a la seguridad jurídica, iguala posiciones en caso de disenso en juicio y primordialmente, elimina supuestos donde buena gente tuviera que decidir entre sus convicciones últimas y la aplicación del Derecho. En un escenario mucho más dramático, por cierto, ello recuerda el debate sobre la posibilidad (inconstitucional por cierto) de imponer a Testigos de Jehová mayores de edad, transfusiones contra su voluntad (declarada en instrumento público o aún presunta). Las personas, en un Estado felizmente democrático y de derecho –tal y como es nuestra sufrida República- no debe ser puesta frente a tal contradicción en lo posible. La Resolución en comentario viene a crear un fresco camino para evitar tal contraposición[174].

Especialmente en un país que, como el nuestro, es hijo de la inmigración. Como dice el magnífico y disrruptivo Daniel E. Herrendorf: "*Todos somos, o tenemos padres o abuelos o bisabuelos extranjeros. La Constitución es una frontera abierta "a todos los hombres de buena voluntad que quieran habitar en suelo argentino" y con los hombres de buena voluntad llegan, por supuesto, sus culturas, su modos de vivir, sus preferencias, su idiomas, sus*

[174] Alguien podría postular que se trata de una concesión política efectuada primordialmente al amplio espectro evangélico –cercano en general a concepciones políticas propias del actuar gobierno nacional-. Pero tal análisis resultaría injusto, en mi opinión, vista la enorme amplitud en la regulación del instituto (el llevado de contabilidad por organizaciones religiosas), el espíritu de libertad que trasunta; y en simultáneo, la enorme pluralidad de ese universo confesional

nombres.."[175] Agrego: obviamente sus iglesias, confesiones religiosas, sus modos de vincularse con lo transcendente[176].

[175] Autor citado, "Los Derechos Humanos ante la Justicia", capítulo "En nombre del Hijo", comentario al caso "Stegemann", pág. 344

[176] Escribo esto y pienso en el pueblito santafesino de inmigrantes suizos que solo visité una vez, donde mi bisabuelo era el maestro de la primaria y enseñaba por igual a hijos de franco o germano parlantes, quienes iban a misa o al oficio religioso en la iglesia o en el templo que estaban una frente al otro, plaza mediante; mientras construían juntos a la Argentina.