



DECONOMI

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

AÑO III - NÚMERO 1 - ABRIL DE 2020

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 | **DUCHAR**
C | **APACITAR**
O | **RIENTAR**
N | **UTRIR**
O | **RDENAR**
M | **EDITAR**
I | **NVESTIGAR**

Comité Editorial

Director general: Héctor Osvaldo Chomer

Director Área Comercial: Pablo Frick

Director Área Tributario: Eduardo Laguzzi

Director Área Recursos: Natalia Waitzman

Coordinadores:

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Sara Llorente

Liliana Taverna

Rodrigo Jaime

Comité de Honor:

Héctor Alegría

Salvador Bergel

José Casás

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

Julia Villanueva

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.

DECONOMI

ÍNDICE

Presentación – Nota del director por Héctor Osvaldo Chomer	Pág. 5
Doctrina	
“La configuración de la sección de calificación del concurso de acreedores en el derecho español” por Ana Belén Campuzano	Pág. 6
“La armonización del derecho societario en la Unión Europea: antecedentes y novedades” por Jesús Quijano González	Pág. 44
“Una aproximación al derecho mercantil del siglo XXI” por Israel Creimer, Ariel Ángel Dasso y Efraín Hugo Richard	Pág. 66
“Desarrollo sustentable, ambiente y los desafíos socio-económicos para el mundo y argentina, en los tiempos posteriores a la pandemia del coronavirus” por Juan Rodrigo Walsh .	Pág. 91
“Noticias sobre proyectos y esbozos de congresos jurídicos sobre la emergencia en el tema concursal” por Héctor Osvaldo Chomer y E. Daniel Truffat	Pág. 109

DECONOMI

NOTA DE DIRECTOR

Estimados Lectores:

En un tiempo difícil para todos la Revista debe seguir apareciendo sin lagunas ni excusas.

Por eso es que les presentamos en esta oportunidad dos artículos de dos prestigiosos Catedráticos españoles: La Profesora Ana Campusano y el Profesor Jesús Quijano.

Luego agregamos el fantástico Conversatorio desarrollado en el Primer Congreso Internacional de Derecho Económico y Empresarial UBA en el que intercambiaron ideas los Maestros Ariel Dasso, Efraín Hugo Richard y Israel Creimer, con mi coordinación.

La edición incluye un artículo de actualidad del Profesor Juan Rodrigo Walsh.

Por fin cerramos este número con la presentación de las Conclusiones de un grupo de estudio y meditación académica presentado por el Doctor Edgardo Daniel Truffat.

Prometemos seguir esforzándonos para alcanzar una mayor calidad editorial con contenidos valiosos y, por sobre todo y en estas épocas, estar presentes para acompañarlos.

Saludos cordiales y cuidense mucho.

Héctor Osvaldo Chomer

Director

“La configuración de la sección de calificación del concurso de acreedores en el derecho español”¹

por Ana Belén Campuzano²

I. EL DISEÑO LEGAL DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. La función sancionadora de la sección de calificación

En la legislación concursal española la calificación del concurso es aquella sección del proceso concursal legalmente prevista para establecer, en los casos que la propia Ley determina, los efectos civiles de la responsabilidad por la generación o la agravación de la insolvencia en la que pudieran haber incurrido el concursado, sus representantes legales y sus administradores —o liquidadores— así como, en su caso, los cómplices³. Se trata de una sección del concurso que ha evolucionado considerablemente desde unos orígenes vinculados a la represión penal de la insolvencia. La Ley Concursal cierra -hasta

¹ El presente trabajo se ha elaborado en el seno del Proyecto de Investigación “Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa”. RTI2018-099471-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).

² Catedrática de Derecho Mercantil - Universidad San Pablo CEU

³ El cuerpo central que recoge la normativa en materia concursal es la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Junto a ella se encuentran diversas normas de desarrollo, entre las que cabe citar, el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales; el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, que desarrolla el régimen de difusión y publicidad de las resoluciones concursales; el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, que regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía de los administradores concursales; el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, que regula el Registro Público Concursal; y la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, que aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Además, para la comprensión de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha de tenerse en cuenta que esta normativa ha sido objeto de sucesivas reformas de gran calado: el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal; la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 17/2014, de 30 de septiembre; el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, convalidado por la vía parlamentaria mediante la Ley 9/2015, de 25 de mayo; y el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que recibió el refrendo parlamentario mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio.

DECONOMI

el momento- la evolución de esta institución, contemplando sólo dos clases de concurso: fortuito y culpable (art. 163.1)⁴.

El concurso de acreedores, junto a las funciones solutoria y conservativa, cumple, también, una función represora o sancionadora del deudor concursado o de los administradores del concursado persona jurídica cuya conducta, positiva o negativa, hubiese generado o agravado el estado de insolvencia ocasionando así un perjuicio a los acreedores. Esta función de represión civil se concreta en la formación y tramitación de la sección sexta del concurso o sección de calificación (art. 183-6º LC), que finaliza necesariamente con la sentencia de calificación, en la que el concurso se califica como fortuito o culpable y que contendrá una serie de pronunciamientos en los que se determinarán las consecuencias concretas que de ella se derivan (arts. 172 y 172 bis LC). Esta función represora conecta con las otras funciones del concurso de acreedores asistiéndolas para su consecución. La función represora puede cumplir simultáneamente una función solutoria en aquellos casos en los cuales la sección sexta se abre –o reabre- como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación en el concurso y este es calificado como culpable. En este supuesto, el juez del concurso tiene la facultad de condenar a los administradores de la sociedad deudora a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial (art. 172 bis LC) y, así, a la vez que se reprime la conducta de aquellos que generaron o agravaron la insolvencia interviniendo dolo o culpa grave, se permite aumentar el grado de satisfacción concursal. Asimismo, se observa la conexión entre la función represora y la tan deseada función conservativa del concurso. La pieza de calificación cumple, en este sentido, la función de evitar que la insolvencia se agrave y que el deudor llegue al concurso en un estado que posibilite la continuación de la actividad. Para lograr que las empresas lleguen a tiempo al concurso cabe establecer ciertos incentivos, algunos de ellos directamente relacionados con la calificación del concurso. Si el

⁴ En relación con la sección de calificación concursal, entre otros, ROJO, A. – CAMPUZANO, A.B. (Dir.), *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, Pamplona, 2013; MARTÍNEZ MUÑOZ, M. *La calificación del concurso de acreedores*, Pamplona, 2019; MACHADO, J. *El concurso de acreedores culpable (calificación y responsabilidad concursal)*, Pamplona, 2006; PÉREZ BENITEZ, J.J. “Problemas procesales de la calificación del concurso”, *ADCo*, núm. 14, 2008, págs. 149-184; SANCHO GARGALLO, I. “La calificación del concurso”, en AA.VV., *Las claves de la Ley Concursal*, Pamplona, 2005, págs. 545-580; SARAZÁ, R. “Responsabilidad concursal y grupos de sociedades”, *ADCo*, núm. 10, 2007, págs. 229-264.

DECONOMI

concurso se solicita voluntariamente, y a tiempo, no se aplicará la presunción de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia (art. 165-1º LC), como tampoco se abrirá la calificación en caso de que se produzca el cumplimiento íntegro de un convenio no gravoso (art. 167 LC).

Pero, no es menos cierto, que la sección de calificación del concurso cumple de manera autónoma la función de reprimir, en general, futuros comportamientos dolosos o gravemente culposos que puedan dar origen a nuevas situaciones de insolvencia y paralelamente, en particular, la tarea de eliminar del tráfico a aquellos deudores que con su comportamiento doloso o gravemente culposo originaron o agravaron la insolvencia de una sociedad. Este fin se logra mediante la sanción de inhabilitación (art.172.2-2º LC). Si el concurso fuera calificado como culpable, la sentencia que así lo declare deberá contener, necesariamente, *la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos*. Con esta disposición se evita que en el futuro se produzcan comportamientos similares por parte de aquellos que ya demostraron su ineptitud para administrar. Desde esta óptica, la función represora del concurso persigue, además, precaver a los terceros titulares de patrimonios de una posible administración descuidada mediante la inhabilitación para administrar patrimonios ajenos que se aplica a los sujetos responsables. Por ello, el concurso de acreedores, y en particular la sección de calificación del concurso, además de proteger intereses privados, se configura como un mecanismo de salvaguarda del interés público, lo que queda patente en la presencia del Ministerio Fiscal como sujeto con legitimación originaria para proponer la calificación del concurso (art. 169 LC), y es que al Estado le interesa la protección del crédito, el mantenimiento del principio de seguridad en el tráfico económico, la defensa de la lealtad en las transacciones comerciales y, en general, eliminar el daño que las insolvencias empresariales suponen para los intereses sociales y la economía pública⁵.

⁵ La *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 21 de noviembre de 2007* destaca la importancia de la sección de calificación en el concurso y la finalidad de defensa tanto

DECONOMI

Ahora bien, desde una perspectiva histórica, la Ley Concursal suaviza la función sancionadora del concurso, pues la sección de calificación no se abre en todos los procesos concursales. Existe un supuesto en el que no se entrará a valorar la conducta del deudor: en caso de convenio no gravoso que resulte íntegramente cumplido (art. 167 LC)⁶. En este supuesto, en el que el concurso concluye con un resultado “deseable”, se establece un incentivo al concurso de acreedores cuya finalidad es fomentar que las empresas utilicen el proceso concursal como modo natural de solución de las crisis empresariales y que, además, lo utilicen a tiempo. Se pretende, ante todo, paliar el problema de la apertura tardía del proceso concursal. El estímulo consiste en que no se formará la sección de calificación del concurso –la sexta- cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, entendiendo por tales las clases

de intereses privados como públicos que esta cumple. Así, señala que *los efectos de la calificación pueden ser personales y patrimoniales. Dualidad que permite afirmar que la calificación concursal tiene una doble función, ya que no solo atiende a los intereses privados de los acreedores afectados, lo que explica las medidas patrimoniales dirigidas a su resarcimiento, sino también un interés público y general consistente en que los sujetos afectados por la calificación al menos de manera temporal no puedan seguir actuando en el tráfico económico gestionando bienes ajenos porque su actuación dolosa o con culpa grave lo justifica, evitando así que puedan afectar negativamente con su comportamiento en el futuro a terceros potenciales acreedores.*

⁶ PEREZ DE LA CRUZ, A. “Reflexiones sobre la calificación del concurso y sus consecuencias en la nueva Ley concursal”, en *Estudios sobre la ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, V, Madrid, 2004, págs. 4999-5012. Señala la *Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4ª, de 19 de septiembre de 2011*, que *la calificación tampoco es la finalidad del concurso, sin perjuicio de su dosis de interés público y de su mayor o menor importancia práctica, incluso disuasoria o preventiva de actuaciones reprochables en el tráfico jurídico y mercantil que la Ley tipifica. A diferencia de otras secciones, o de la regulación anterior de carácter más bien represivo, presidida por la sospecha tradicional de que “quien quiebra defrauda” y un mayor interés público que privado, que imponía la depuración de responsabilidades, incluso como presupuesto de las penales (arts. 886 ss. Código de Comercio), la Ley actual no ha seguido tal sistema sino que la apertura de la sección sexta de calificación no es siempre obligatoria ni imprescindible, al tener como presupuesto que se haya aprobado un convenio con una quita o una espera que excedan del límite legal o se hubiera abierto la fase de liquidación. En la misma línea, el Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm 1, de Madrid de 13 de octubre de 2006, indica que la Ley Concursal no atribuye al proceso concursal la “función represora” en todos los casos, sino sólo en aquellos en que concurren determinadas circunstancias que el legislador ha valorado como de especial gravedad y que merecen el reproche previsto (...). Con independencia de las circunstancias que deben concurrir para que el concurso pueda ser calificado de culpable, la Ley Concursal siquiera permite abrir la Sección Sexta si no es en el caso que se apruebe un convenio que establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases una quita superior a un tercio de sus créditos o una espera superior a tres años (art. 163.1-1º LC), en el de apertura de la fase de liquidación (art. 163.1-2º LC). (...) El carácter sancionador que debe atribuirse a los pronunciamientos que eventualmente pueden dictarse en el ámbito de la sección sexta, impide aplicar por analogía las previsiones para su apertura a casos distintos o a supuestos diferentes que los expresamente previstos en la Ley.*

DECONOMI

de acreedores privilegiados recogidas en la lista elaborada por la administración concursal (art. 94.2), una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido (art. 167 LC), es decir, si el deudor satisface todas sus deudas en menos de tres años o si paga inmediatamente una parte sustancial de las mismas⁷. De este modo, si el deudor

⁷ La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 31 de enero de 2019*, gira en torno a cuál debe ser la correcta interpretación de los presupuestos legales para la apertura de la sección de calificación en caso de aprobación de un convenio, conforme a la regulación contenida en el artículo 167.1 de la Ley Concursal. Señala la sentencia que *tanto en la regulación originaria como la actual (la posterior a la Ley 38/2011), la regla general es que procede la apertura de la sección de calificación salvo cuando se hubiera aprobado un convenio “poco gravoso” (término empleado por la sentencia de 29/2013, de 12 de febrero) y mientras no se acuerde la apertura de la liquidación como consecuencia de la frustración del convenio. La razón de que no se abra en estos casos la sección de calificación radica en que, en atención al contenido del convenio, se estima que las consecuencias de la insolvencia del deudor común para sus acreedores no han sido tan gravosas como para que se haga necesario exigir responsabilidades por la generación o agravación de la insolvencia. En lo que difieren la regulación originaria y la actual es en lo relativo a qué ha de entenderse por convenio “poco gravoso”. En la redacción originaria estaba muy claro, como se puede apreciar de la dicción del artículo 163 de la Ley Concursal (...) Tal y como estaba redactado, en sentido afirmativo (“procederá la formación de la sección de calificación”), no había duda de que bastaba para ello que el convenio aprobado contuviera una quita superior a un tercio o una espera mayor de tres años, ya fuera para todos los acreedores o para alguna clase. De esta forma, el estándar de convenio “poco gravoso” exigía que para ninguna clase de acreedores se hubiera aprobado una espera superior a tres años o una quita mayor de un tercio. El problema de interpretación legal que suscita el presente recurso viene provocado por la reforma introducida con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que además de trasladar la regulación de la apertura de la sección de calificación del artículo 163 al artículo 167.1 de la Ley Concursal, alteró su formulación, pues pasó a estar redactado en sentido negativo (...). Esta formulación negativa con la misma doble especificación respecto del contenido del convenio aprobado, de una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años, y de que fuera para todos los acreedores o para los de una o varias clases, en la que se emplea una conjunción disyuntiva y no copulativa, cambia el sentido. Da a entender que basta con que la quita sea inferior a un tercio o la espera inferior a tres años, sin que se den las dos a la vez, o que lo fuera para alguna de las clases de acreedores, para que ya no proceda abrir la sección de calificación, y por lo tanto para que estemos ante un convenio “poco gravoso”. Una reforma legal posterior, en concreto la introducida por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, aunque no resulte de aplicación, ilustra cómo debe interpretarse el precepto (párrafo segundo del art. 167.1 LC). Frente a una interpretación literal de la norma, que podía suponer una amplia facilidad para eludir la apertura de la sección de calificación, cabía cuestionarse si era esto lo que pretendía la Ley 38/2011, y si no habría sido fruto de un error de redacción no deseado al establecer la excepción de los convenios “no gravosos” a partir de la reseñada formulación negativa. Pero la reforma operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que hubiera permitido corregir esta redacción para aclarar el supuesto equívoco, ha puesto de manifiesto que no existía tal equívoco. Esta última reforma ha mantenido en lo que ahora interesa la formulación negativa de la excepción a la apertura de la sección de calificación en caso de aprobación de un convenio, junto con el uso de la conjunción disyuntiva “o”, y se ha limitado a aclarar que dentro de la mención a las clases de acreedores, se incluye también la prevista en el artículo 94.2 de la Ley Concursal. Al respecto, es muy significativo lo que afirma la exposición de motivos, que justifica esta modificación por la necesidad de clarificar las dudas interpretativas existentes en torno al término “clases”. En consecuencia, aunque nos parezca que la interpretación literal del precepto puede dar lugar a que se eluda la apertura de la calificación en casos en que el contenido del convenio para la mayoría de los acreedores podría considerarse muy gravoso, la Ley lo ha previsto expresamente así y cuando ha tenido oportunidad de rectificarlo no lo ha hecho. BAENA, P.J. “Los presupuestos legales para la no formación de la sección de calificación del concurso en caso de aprobación judicial del convenio”, *ADCo*, núm. 48. 2019; RODRÍGUEZ RUIZ DE*

DECONOMI

ofrece una solución razonable a sus acreedores, no sufrirá sanción concursal alguna, lo que tiene especial interés en caso de personas jurídicas para evitar la especial responsabilidad que puede imputarse a los administradores y liquidadores de derecho o de hecho en la sección de calificación (art. 172 bis LC). Esta opción legal no puede ser desconocida por el juez del concurso: si el deudor consigue la aprobación judicial de un convenio con quitas o esperas inferiores a los referidos límites legales, no se formará la sección de calificación, lo que constituye un poderoso estímulo para que inste su propio concurso cuando sea todavía posible una satisfacción de los créditos en grado razonable, aunque, como es lógico, corresponderá a los acreedores decidir si aceptan el referido convenio o prefieren otra solución que consienta formar la sección de calificación. Todo ello se entiende, además, sin perjuicio de que la sección de calificación haya de formarse precisamente como consecuencia del fracaso del convenio que determine la apertura de la fase de liquidación (arts. 142 y 143).

Además, no toda insolvencia que finalice con un resultado gravoso para los acreedores será finalmente sancionada. Lo será aquella en la que en su generación o agravación haya intervenido el dolo o la culpa grave del deudor (arts. 164.1 y 165) o en la que concurren otras determinadas conductas que determinarán en todo caso la calificación culpable (art. 164.2). Este desaseveramiento de la Ley Concursal respecto al régimen de quiebras no hace sino reafirmar aún más la idea de que la función represiva del concurso está vigente en nuestro ordenamiento, lo cual es coherente con el hecho de que sólo aquellos comportamientos merecedores de reproche serán los que lleven aparejados una sanción. En el derecho concursal actual la declaración en concurso de acreedores, por sí sola, no implica represión o estigma del deudor –por eso la Exposición de Motivos de la Ley Concursal habla de la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil- pero, en determinados supuestos establecidos legalmente, si se produce la apertura de la sección de calificación, entre cuyos fines se encuentra sancionar civilmente determinadas conductas⁸.

VILLA, D. “La no apertura de la sección de calificación en el concurso tras convenio concursal poco gravoso: análisis de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Supremo [1ª] de 31 de enero de 2019”, *ADCo*, núm. 48, 2019.

⁸ La *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2010*

DECONOMI

Así, la función represora tiene carácter especial en la medida en que tan sólo opera en determinados concursos. El presupuesto objetivo para la formación de la sección de calificación consiste bien en la apertura de la fase de liquidación, bien en la aprobación de un convenio especialmente gravoso — expresión que utiliza la Exposición de Motivos de la Ley Concursal—. La efectividad de esta función de represión es, pues, eventual. En primer lugar, porque pueden existir concursos real y efectivamente culpables (esto es, concursos en los que la insolvencia haya sido causada con dolo o culpa grave por el deudor) que, sin embargo, no den lugar a la formación de esa sección por no concurrir ninguno de los dos presupuestos objetivos señalados. En segundo lugar, porque, aun cuando exista culpa en la causación o generación de la insolvencia o culpa en el agravamiento de esa insolvencia, puede suceder que dicha culpa no sea grave, sino media o leve, y sólo el dolo o el grado mayor de la culpa son tenidos en cuenta por la Ley a los efectos de la calificación. En aquellos concursos en los que la insolvencia ha sido generada o agravada por simple culpa del deudor persona natural o de los administradores del deudor persona jurídica no procede la calificación del concurso como culpable. Concurso culpable no es aquel en el que la insolvencia ha sido causada o aumentada por culpa del deudor, sino sólo aquel en el que en la generación o en el agravamiento de la insolvencia haya intervenido el dolo o la culpa grave del deudor (arts. 164.1 y 165) o en la que concurren otras determinadas conductas que determinarán en todo caso la calificación culpable (art. 164.2).

En definitiva, la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio. Y aunque es cierto que un proceso concursal no es un

*destaca que la sección de calificación no es un proceso de investigación general acerca de la actuación económica de la concursada o de las personas afectadas por la calificación, ni sobre la certeza o inexactitud de las causas que dan lugar a la declaración de concurso, sino que se dirige a dilucidar si se han llevado a cabo hechos que tienen encaje en alguna de las hipótesis legales de calificación de concurso culpable, bien en la general (art. 164.1 LC), bien en las específicas (arts. 164.2 o 165 LC). Y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 30 de junio de 2011, indica que el legislador no atribuye a la situación de insolvencia un carácter peyorativo, negativo o perjudicial que pueda justificar por sí sola una reacción sancionatoria. El régimen sancionador encuentra su justificación y fundamento en la propia conducta (desvalor de la acción) del deudor común (dolo y culpa grave) y en el resultado (desvalor del resultado) consistente en el agravamiento o causación del estado de insolvencia. Así, el criterio legal de atribución de responsabilidad no se fundamenta en la insolvencia (art. 2 LC), sino en la conducta activa u omisiva del deudor respecto a la producción o agravación de la misma. GARCÍA-CRUCES, J.A. “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, *La Reforma de la Legislación Concursal (ROJO)*, Madrid, 2003, págs. 247-321.*

DECONOMI

proceso penal- se mantiene la independencia entre la calificación concursal y la eventual calificación penal de las conductas⁹- también es cierto que la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio y que algunas de las causas por las que un concurso puede calificarse como culpable pueden ser constitutivas también de una infracción penal. En la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 7 de mayo de 2019*, se plantea un supuesto en el que una entidad bancaria interpone demanda de protección jurisdiccional civil del derecho al honor contra los periodistas que escribieron varios artículos que la entidad consideraba que constituían una intromisión ilegítima en su honor y contra la editora -y su director- del periódico digital que los publicó. Un primer artículo versaba sobre las cuentas anuales presentadas por la entidad en un concreto ejercicio económico; los otros, sobre la implicación de otra entidad bancaria, posteriormente integrada en ella, en actividades de blanqueo de capitales y de alzamiento de bienes en una sociedad que se encontraba en concurso. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que se recurrió, consideraron que la conducta de los demandados estaba amparada por el ejercicio legítimo de las libertades de información y, en menor medida, de expresión, puesto que se informó sobre hechos de relevancia pública, de manera veraz, en el sentido que a este requisito otorgan tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, y no se realizaron juicios de valor injuriosos. La entidad bancaria interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basado en dos motivos, en los que circunscribía su impugnación a las informaciones que le imputaban comportamientos delictivos y a la que le atribuía haber realizado "contabilidad

⁹ La calificación del concurso no vincula a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito (art. 163.2 LC, que reitera la regla ya proclamada en el Código Penal). Con esta regla se quiere poner de manifiesto la plena autonomía de la jurisdicción penal respecto de la calificación del concurso. En realidad, la insolvencia como tal no es objeto de represión penal, aunque será posible su consideración criminal cuando, en razón de las circunstancias, pueda ser subsumida en alguno de los tipos penales. En sentido contrario, se establece que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de su tramitación (art. 189 LC). No obstante, ante la solicitud de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho por parte del deudor persona natural (178 bis LC), cuando existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión hasta que exista sentencia penal firme. La independencia de la calificación concursal y de la penal y la circunstancia de que los efectos de la calificación del concurso sean primordialmente jurídico-privados permiten afirmar que la calificación persigue la misma finalidad solutoria y conservativa del concurso. Ahora bien, la calificación cumple también una función sancionadora, de carácter civil.

DECONOMI

creativa" en la elaboración de las cuentas anuales de un concreto ejercicio económico. La referida sentencia entiende que la Audiencia Provincial aplicó correctamente la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo relativa a la ponderación que es necesario realizar cuando entran en conflicto las libertades de información y de expresión y el derecho al honor. Así, se considera que para realizar esa ponderación no pueden tomarse en consideración aisladamente algunas frases o expresiones de los artículos periodísticos. Y tampoco pueden contemplarse aspectos aislados de los hechos que son objeto de los artículos periodísticos para determinar el interés público de la cuestión objeto de la información y el cumplimiento del requisito de la veracidad de la información. En este sentido, sintetizando los hechos relevantes descritos por la Audiencia Provincial, se destaca que en el proceso concursal tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal habían solicitado la calificación del concurso como culpable y que la primera solicitó que el banco, hoy integrado en la entidad bancaria recurrente, fuera declarado cómplice. Y, se indica que, aunque es cierto que un proceso concursal no es un proceso penal, también es cierto que la sección de calificación de un proceso concursal tiene un aspecto sancionatorio y que algunas de las causas por las que un concurso puede calificarse como culpable pueden ser constitutivas también de una infracción penal. Y así sucedía, al menos indiciariamente, en el proceso concursal sobre el que versaba la información, en el que se acusaba al administrador social de haber distraído una elevada cantidad de dinero del patrimonio social mediante disposiciones en efectivo y mediante cheques al portador, lo que podía constituir también un delito de blanqueo de capitales. En la comunicación que el organismo encargado de prevenir el blanqueo de capitales (el SEPBLAC) remitió al juzgado, se manifestó que el banco - posteriormente integrado en la entidad bancaria recurrente- debió haber informado de tal conducta al citado organismo. Y la administración concursal solicitó, por tales hechos, que dicho banco fuera declarado cómplice en la sentencia que calificara el concurso como culpable. Asimismo, lo acontecido con la sociedad concursada (el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y el blanqueo de capitales) era objeto de un proceso penal. En definitiva, se considera que pese a haber incurrido en imprecisiones, la esencia de la información facilitada por el periódico sobre estos hechos no podía ser calificada

de inveraz: se había producido una conducta presuntamente delictiva, que era objeto de un proceso penal; el banco incumplió su obligación de informar de la misma al organismo encargado de prevenir el blanqueo de capitales; y en la sección de calificación del concurso en el que esa conducta era alegada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal como determinante del carácter culpable del concurso, la administración concursal había solicitado que el banco fuera declarado cómplice. Habida cuenta de que el periodista había tenido acceso a los documentos del proceso concursal en que se reflejaban estos hechos y había consultado con el abogado que defendía a la entidad bancaria en dicho proceso, tampoco se entendió que pudiera hablarse de falta de diligencia en la averiguación de los hechos¹⁰.

2. La apertura de la sección de calificación

Cuando proceda, la calificación del concurso se realizará dentro de la sección sexta, cuya formación no se confía a la iniciativa de los interesados, sino que se impone al propio juez del concurso, que deberá ordenar de oficio su formación en la misma resolución por la que apruebe un convenio que determine

¹⁰ Añade la citada *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2019* que teniendo en cuenta que está reconocida la existencia de reuniones entre el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), organismo supervisor en la prevención del blanqueo de capitales, y responsables de la entidad bancaria, la formulación de hipótesis razonables por parte del periodista sobre el alcance de estas reuniones (que la entidad bancaria había sido convocada por el SEPBLAC y que este había hecho a la entidad bancaria objetivo prioritario de sus investigaciones) está amparada por el legítimo ejercicio de la libertad de prensa, pues es incompatible con esta libertad impedir que se formulen razonadamente conjeturas (STC 171/1990, de 12 de noviembre y STS 437/2015, Sala Primera, de 2 de septiembre). A este respecto, se señala que si en la investigación de hechos tan graves como los que afectan al blanqueo de capitales, y en la publicación del resultado de esa investigación, para que su conducta no se considere ilegítima y vulneradora del derecho al honor, se exigiera a los medios de información un rigor y exactitud absolutos, se cercenaría gravemente la libertad de prensa, en un modo incompatible con las exigencias que se derivan del artículo 20.1.a y d de la Constitución y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las libertades de expresión e información no constituyen simples derechos de libertad, que reclaman la ausencia de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Son también garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. En definitiva, se considera que concurriendo el requisito de la relevancia pública de la información, no siendo suficiente para desvirtuar el cumplimiento del canon de la veracidad las inexactitudes y errores circunstanciales de la información, y difundándose esta por un medio de prensa institucionalizado como es el diario digital que las publica, debe prevalecer el ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, que por tanto excluye la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del banco.

DECONOMI

su necesidad, apruebe el plan de liquidación u ordene la liquidación conforme a las normas legales¹¹. La sección de calificación se encabeza con el testimonio de la resolución judicial en la que se hubiera ordenado su formación y a ella se incorporarán testimonios de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación que hubiera presentado el deudor con la solicitud de concurso o a requerimiento del juez, el auto de declaración de concurso y el informe de la administración (art. 167.1-III). No obstante, de acuerdo con el principio dispositivo, corresponde a la administración concursal y al Ministerio Fiscal la iniciativa en el procedimiento de calificación. Cualquier acreedor, concursal o de la masa, y, en general, cualquier persona que acredite interés legítimo tiene derecho a personarse y ser parte en la sección y alegar cuanto considere relevante para la calificación, siempre que lo haga dentro de los diez siguientes a contar desde la última de las publicaciones de la resolución judicial que hubiera ordenado la formación de la sección (art. 168), si bien la intervención será a sus expensas cualquiera que fuesen los resultados¹².

¹¹ Téngase en cuenta que la calificación puede realizarse sin necesidad de declaración de un concurso de acreedores, cuando se produzca la intervención de entidades de crédito, de inversión y de seguro. La sección de calificación no se formará en cualquier caso de intervención, sino sólo cuando se adopten medidas que comporten la disolución y liquidación de la entidad y que excluyan la posibilidad de declarar el concurso (art. 174.1), lo que reduce considerablemente el ámbito de aplicación. En tal caso, surgirá un deber de la autoridad de control y supervisión que hubiera adoptado las medidas de intervención de la entidad en crisis de comunicar su adopción al juez que fuera competente para declarar el concurso de la entidad intervenida (art. 174.1). Recibida la oportuna comunicación, el juez, sin previa declaración de concurso de la entidad afectada, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o de la autoridad que hubiera acordado la intervención, dictará auto acordando la formación de una sección autónoma de calificación (art. 174.2-I). A ese auto se le dará la publicidad requerida para la resolución judicial de apertura de la liquidación (arts. 174.2-II, 144, 23 y 24). La sección de calificación abierta de forma autónoma como consecuencia de las medidas administrativas de intervención de entidades en crisis se sujeta a diversas especialidades (art. 175), entre las que destacan la ampliación del plazo de personación de interesados y la atribución de la función de emitir el informe sobre la calificación a la autoridad supervisora.

¹² Señala el *Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de enero de 2018*, que en efecto, la *sentencia recurrida razona que la calificación del concurso no puede basarse en alguna causa que no haya sido alegada por la administración concursal o el Ministerio Fiscal, y que tanto el Ministerio Fiscal como la administración concursal invocaron las mismas causas de culpabilidad del concurso ya alegadas (...), haciendo suya la documentación aportada por el acreedor, pudiendo la concursada, y las personas afectadas por informe y dictamen, pronunciarse sobre dicha documentación. Por lo tanto, la sentencia recurrida no contradice la doctrina de la sala, así, la Sentencia del Tribunal Supremo 10/2015, de 7 de enero: De cuanto antecede se desprende que la intervención de los terceros en esta sección es más limitada que la prevista con carácter general en el artículo 193.2 de la Ley Concursal, y se acomoda mejor a la modalidad de "intervención adhesiva simple", que contempla el artículo 13.1 de la Ley Concursal, porque al intervenir como coadyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el Ministerio Fiscal, no pueden sostener otras distintas. Sus iniciales alegaciones tan sólo habrán servido para informar a la administración concursal, para sugerir un*

DECONOMI

Se impone a la administración concursal el deber de presentar al juez del concurso un informe sobre los hechos que considere relevantes para la calificación, en el que habrá de formular una propuesta de calificación, para cuyo cumplimiento dispone de un plazo de quince días a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiera agotado el término legalmente señalado para la personación de interesados (art. 169.1) y cuyo incumplimiento podrá sancionarse con la separación o con la responsabilidad de sus miembros. El informe consistirá en un escrito documentado y razonado, que contendrá la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hubieran causado por las personas afectadas por la calificación y por los cómplices. Cuando la administración concursal propusiera la calificación del concurso como culpable,

determinado sentido la calificación, a fin de que la tenga en cuenta, y, haciéndolas suyas, las incorpore en su informe "como hechos relevantes para la calificación del concurso" (art. 169.1º LC). Luego, iniciado ya el incidente concursal, los terceros personados podrán proponer prueba, participar en la vista y realizar cualquier otra actuación procesal, pero dirigida a confirmar y ratificar los supuestos de hecho que dan soporte a las pretensiones de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, únicas frente a las que habrán de defenderse los demandados y demás personas afectadas. A tenor del artículo 170.4 de la Ley Concursal, los terceros personados podrán recurrir también la sentencia de no ser estimadas todas o parte de las pretensiones interesadas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal". 2. El motivo segundo del recurso de casación interpuesto (...) han de ser inadmitidos por falta de acreditación del interés casacional (art. 477.2-3º y art. 483.2-3º LEC). En efecto, la representación procesal (...) alega que la sentencia recurrida condena al recurrente al pago del 5% del déficit concursal, sin justificación alguna, e infringiendo el tenor literal del artículo 172 bis de la Ley Concursal, sin razonar como la grave negligencia a que alude la sentencia pudo generar o agravar la insolvencia. Asimismo, el motivo único del recurso interpuesto (...) aduce interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, de la que no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, en relación con el artículo 172.2 y 172 bis. En el desarrollo del motivo se razona que sendos preceptos fueron reformados por la Ley 38/2011, de 10 de octubre y Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y que la dicción literal del precepto comporta que la responsabilidad ex artículos 172 y 172 bis es de naturaleza resarcitoria, por cuanto se incluye la previsión "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia", y, por lo tanto, la condena y más concretamente los daños y perjuicios a cuyo pago resulte condenado el afectado por la calificación, debe estar conectada a la conducta, en cuanto a su importe, sin que quepa condenarle a una cantidad in abstracto, sin determinar o de un importe claramente desproporcionado. Ahora bien, ni la sentencia recurrida ni la de primera instancia aplican el tenor del precepto que incluye la previsión "en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia", que fue introducida por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, y, por tanto, sendas partes recurrentes pretenden acreditar el interés casacional en una norma que la sentencia recurrida no analiza. Y, por ello, la sentencia recurrida no contraviene la doctrina de la sala, en cuanto la Sentencia del Tribunal Supremo 772/2014, de 12 de enero de 2015, expresamente declaró que este régimen de responsabilidad, que indudablemente tiene una naturaleza resarcitoria, suponía una modificación del anterior, y resultaba de aplicación a las secciones de calificación abiertas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2014, pero no a las abiertas con anterioridad.

DECONOMI

el informe deberá expresar la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y de las que hayan de ser consideradas cómplices¹³.

Del informe de calificación de la administración concursal se dará traslado al Ministerio Fiscal, que tiene la consideración de parte en esta sección (art. 184.1 in fine), para que emita dictamen en el plazo de diez días. A diferencia de lo previsto para la elaboración del informe de la administración concursal, es posible que el juez del concurso, atendidas las circunstancias, conceda una prórroga al ministerio público que, en todo caso, no podrá ser superior a otros diez días. Si no se emitiera tal dictamen, se entenderá que el Ministerio Fiscal no se opone a la propuesta de calificación formulada y el proceso seguirá su curso (art. 169).

Si tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal se pronunciaran a favor de la calificación fortuita del concurso, habrán de archivarse las actuaciones seguidas. A pesar de que la Ley dispone que, contra el correspondiente auto, no cabrá recurso alguno (art. 170.1), cuando se hubiera personado algún interesado, habrá que considerar recurrible la decisión para no lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Cuando continúe la tramitación de la sección de calificación por no haberse archivado las actuaciones, habrá de ser oído el concursado y habrán de ser emplazados todos aquellos sujetos que pudieran quedar afectados por la calificación o ser declarados cómplices, para que, en un plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad (art. 170.2). Los comparecientes, a quienes se dará vista del contenido de la sección, dispondrán de un plazo de diez días para formular las alegaciones que tuvieran por convenientes. Quienes fueran emplazados podrán no comparecer dentro del plazo dispuesto para ello, pero hacerlo en un momento posterior, en cuyo caso

¹³ Señala la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de marzo de 2019*, que la condena al cómplice a indemnizar los daños y perjuicios causados con su conducta no es un pronunciamiento "obligatorio" en el sentido de que deba ser incluido en la sentencia que califique el concurso como culpable con independencia de que haya sido o no solicitada por la administración concursal o el Ministerio Fiscal. El artículo 169.1 de la Ley Concursal establece que el informe razonado y documentado que la administración concursal ha de presentar al juez en la sección de calificación, además de expresar los hechos relevantes para la calificación del concurso y la propuesta de resolución, si propusiera la calificación del concurso como culpable, ha de expresar también la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.

DECONOMI

se les tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieran, serán declarados en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos (art. 170.3). El propio carácter de la calificación del concurso impide tanto el allanamiento como la renuncia o el desistimiento por parte de la administración concursal, así como el sometimiento a arbitraje o la transacción.

Si el concursado o alguno de los comparecidos formularan oposición a la calificación propuesta, oposición que podrá consistir en negar los hechos o en discutir sus consecuencias jurídicas, se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 171.1). Si no se hubiera formulado oposición alguna, el juez del concurso dictará sentencia en el plazo de cinco días (art. 171.2). (V. STS 22.4.2010, R. 76/09).

La sentencia de calificación determinará el carácter fortuito o culpable del concurso (art. 172.1). Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer recurso de apelación frente a la sentencia (art. 172.4). Si la sentencia fuera estimatoria de alguna de las pretensiones deducidas en el trámite de la calificación concursal, su impugnación tendrá tanto efecto devolutivo como suspensivo. Por el contrario, si las pretensiones de la administración concursal, el Ministerio Fiscal o cualquier legitimado que se hubiera personado fueran rechazadas en la sentencia de calificación, la apelación deducida carecerá de efecto suspensivo, si bien el juez del concurso podrá, de oficio o a instancia de parte, dotarla de efecto suspensivo. Contra la sentencia resolutoria de la apelación cabrá recurso de casación cuando concurren los correspondientes criterios de admisión.

La trascendencia que tiene en el tráfico la inhabilitación del concursado y de las personas afectadas por la calificación obliga a someter la calificación del concurso culpable a una importante publicidad. Así, se dará conocimiento del contenido de la sentencia al Registro Público Concursal (arts. 164.3 y 198 LC) y, además, el auto de formación de la sección de calificación y la sentencia de calificación del concurso como culpable se inscribirán en el Registro Mercantil en la hoja abierta al empresario individual, sociedad o entidad inscribible [art. 320.1.e) RRM]. Dichos asientos se cancelarán por el registrador, de oficio o a instancia de parte, transcurrido un mes desde la fecha en que

hubiera finalizado la inhabilitación derivada de la calificación del concurso como culpable (art. 325.4 RRM).

II. EL CONCURSO CULPABLE

La calificación del concurso como culpable se producirá cuando la insolvencia haya sido generada o agravada con dolo o culpa grave por el deudor o, si los tuviere, por sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, por sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho o apoderados generales -en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso- así como de sus socios conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal (arts.164.1 y 165.2). Se precisa, pues, la concurrencia de dos elementos: un elemento objetivo, consistente en la generación o en la agravación de la insolvencia y un elemento subjetivo, de modo que ese resultado ha de haberse producido actuando con dolo o con culpa grave¹⁴.

¹⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 20 de diciembre de 2017, destaca que para que la conducta del administrador social integre la causa de calificación del concurso como culpable, en concreto la del artículo 164.1 de la Ley Concursal (que cause o agrave la insolvencia de la sociedad) no es indispensable que vulnere el deber de fidelidad que le imponía el artículo 127.bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas vigente cuando sucedieron los hechos y que actualmente le impone, con la denominación de deber de lealtad, el artículo 227.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, como deber de desempeñar el cargo obrando en el mejor interés de la sociedad, deber que viene referido fundamentalmente al ámbito interno de la sociedad. Lo que caracteriza la conducta del administrador prevista en el artículo 164.1 de la Ley Concursal, que determina la calificación del concurso de la sociedad como culpable, es que en la generación o agravación del estado de insolvencia haya mediado dolo o culpa grave del administrador. Se trata de una norma de protección de los acreedores, no de protección de la propia sociedad deudora. Es más, en ocasiones, la salvaguarda del interés social pretende realizarse a costa de sacrificios de los acreedores que les son exigibles, por lo que no es necesario que la conducta del administrador social sea contraria al mejor interés de la sociedad para que el concurso pueda calificarse como culpable. Ciertamente, la insolvencia del deudor es un riesgo propio de las relaciones comerciales, pero cuando esta insolvencia es buscada de propósito por el administrador social o, al menos, consentida, para beneficiar a los socios o a terceros, no puede pretender que su conducta carezca de consecuencias en la sección de calificación del concurso si encaja en alguna de las causas de calificación del concurso como culpable. Por regla general, la generación o agravación de la insolvencia por una conducta del administrador dolosa o gravemente culposa supone una infracción de sus deberes de administración diligente y leal. Pero incluso si se considerara que una conducta deliberada de no exigir la liquidación del contrato de ejecución de los buques y el pago de la obra ejecutada no supusiera una infracción del deber de lealtad (...), como administrador (...), por inexistencia del elemento de ajenidad entre administrador y administrada y por imposibilidad de que se produzca un conflicto de intereses entre el socio único administrador y la sociedad unipersonal administrada, ello no supondría la ausencia del elemento de antijuridicidad en la conducta del administrador, porque esa antijuridicidad no viene determinada necesariamente por la infracción de los deberes del administrador respecto de la sociedad deudora sino por el expolio de la posición jurídica de los acreedores sociales, perjudicados por la conducta dolosa o gravemente culposa del administrador social que generó o agravó la insolvencia de la sociedad deudora y con ello impidió la satisfacción de los derechos de crédito de los acreedores.

DECONOMI

Las evidentes dificultades para demostrar que la insolvencia ha sido causada o agravada con dolo o con culpa grave explican que se utilice la técnica de las presunciones, opción legal que la jurisprudencia —anterior a la Ley Concursal— ha considerado compatible con la presunción de inocencia establecida constitucionalmente (art. 24 CE; SSTS de 22 de noviembre y de 10 de diciembre de 1985). Las presunciones establecidas legalmente tienen diferente estructura. En unos casos constituyen presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable, es decir, se trata de hechos cuya simple concurrencia conduce a calificar necesariamente el concurso como culpable (art. 164.2 LC). En otros casos constituyen presunciones *iuris tantum* de concurso culpable, es decir, hechos cuya concurrencia permite calificar el concurso como culpable, salvo que se aporte la prueba en contrario, esto es, la falta de concurrencia del elemento objetivo o del elemento subjetivo (art. 165 LC). Inicialmente, estas últimas presunciones eran de dolo o culpa grave, pero la reforma llevada a cabo por la Ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal, vino a aclarar que se trataba de una presunción de culpabilidad del concurso, de forma que, salvo prueba en contrario, habrá que considerar que los actos indicados legalmente han generado o agravado el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave del deudor. El Tribunal Supremo ha afirmado que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos contenidos en los dos apartados del artículo 164, sino que es una norma complementaria de la norma contenida en el artículo 164.1 de la Ley Concursal. Así, afirma que contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción *iuris tantum*, que permite prueba en contrario, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia. La actual redacción del precepto, realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, elimina las dudas que pudieran existir sobre esta cuestión, al prever que cuando concurren las conductas descritas “el concurso se presume culpable”¹⁵.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de diciembre de 2017. Esta doctrina se encuentra, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril, 26 de abril, 21 de mayo y 19 de julio de 2012; 1 de abril de 2014; 7 de mayo y 1 de junio de 2015.

1. Las presunciones *iuris et de iure*

Las presunciones *iuris et de iure* constituyen verdaderos hechos de concurso culpable, en el sentido de que su mera concurrencia determinará la calificación del concurso como culpable. Por su propia naturaleza fáctica, será facultad privativa del juez *a quo* afirmar o negar su concurrencia a la vista de las actuaciones practicadas. Naturalmente, será necesario que el hecho considerado se impute o pueda imputarse al concursado o a su representante legal o a sus administradores -o liquidadores-, lo que obedece a elementales exigencias constitucionales, si bien sólo será necesario probar la existencia de alguno de esos hechos, correspondiendo al concursado evitar las consecuencias de tal prueba mediante la acreditación de que el hecho no le puede ser imputado¹⁶.

El primer hecho de concurso culpable afecta sólo a los concursados que se encuentren legalmente obligados a llevar contabilidad, y, en realidad, acoge tres conductas distintas: el incumplimiento sustancial del deber de contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y la comisión en la contabilidad de alguna irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. La llevanza de doble contabilidad es suficiente para calificar el concurso como culpable, aun en el caso de que reflejara fielmente la situación patrimonial del concursado. Respecto a las otras dos conductas, que no siempre será sencillo deslindar, no se requiere tampoco la prueba de la concurrencia de un resultado perjudicial, sino un incumplimiento sustancial del deber de contabilidad o una irregularidad relevante para la comprensión de la situación económica del concursado¹⁷. El incumplimiento sustancial del deber de

¹⁶ Como señala la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de octubre de 2017*, el artículo 164.2 de la Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor [o sus administradores o liquidadores] ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto, que comienza afirmando que “En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: (...)”. Esta expresión “en todo caso” no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que -cuando menos- constituye una negligencia grave del administrador (en este sentido, *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de octubre de 2011; 21 de mayo de 2012; 17 de septiembre de 2015; 17 de septiembre de 2015; y 22 de abril de 2016*).

¹⁷ La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 24 de octubre de 2017* señala que al exigir la Ley que la irregularidad contable sea relevante, expresa que debe tener suficiente entidad, cuantitativa o cualitativa, para desvirtuar la imagen de la empresa que ofrece la contabilidad. La

DECONOMI

contabilidad, que constituye hecho de concurso culpable, debe distinguirse de la omisión de la formulación en plazo de las cuentas anuales o de la preceptiva verificación contable o del necesario depósito de las cuentas anuales en cualquiera de los tres últimos años, que constituyen presunciones iuris tantum de culpabilidad en la generación o agravación de la insolvencia (art. 165.1-3º).

El segundo hecho es el supuesto en que el concursado hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento o hubiera acompañado o presentado *documentos falsos*. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2016*, siguiendo las resoluciones de algunos tribunales de instancia, ha considerado que la inexactitud en los documentos que constituye esta causa de culpabilidad supone la falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido (de ser falso, se trataría de la presentación de documentos falsos, que también integra esta causa de culpabilidad), que puede ser tanto intencional como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación. Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal, se ha considerado que es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud

irregularidad será cualitativamente relevante cuando impida al tercero tener una información correcta y suficiente del estado patrimonial de la empresa y, especialmente, cuando oculte la existencia de una causa de disolución o de una situación de insolvencia. Y lo será cuantitativamente cuando el importe económico de la incidencia, en relación con el tamaño de la empresa, altere significativamente la situación patrimonial y financiera que se proyecta al exterior. Añade la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de octubre de 2017* que cuando el artículo 164.2.1 de la Ley Concursal habla de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, se refiere a que el incumplimiento contable ha de ser de tal entidad que afecte a los principios contables y a que tenga importancia suficiente en relación al fin que la contabilidad desempeña en el tráfico mercantil, en el sentido en que se define en el artículo 1 del Plan General de Contabilidad. Y matiza que el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal no exige que la irregularidad deba tener relevancia en sí misma, sino que hace una consideración general, al referirse a la relevancia para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor. Lo que demuestra que la irregularidad puede consistir en una sola conducta o en un conjunto de ellas, siempre que individual o globalmente produzcan el resultado típico. Por ello, puede suceder que una sola irregularidad tenga tal envergadura que, por sí sola, integre el supuesto del artículo 164.2-1º de la Ley Concursal, al impedir el conocimiento de la verdadera situación patrimonial del concursado. O puede ocurrir que, aunque distintas infracciones aisladamente consideradas no colmen por sí mismas la conducta legalmente descrita, en su conjunto sí lleven al mismo resultado de imposibilidad de averiguar el estado financiero del deudor por la falta de fiabilidad de las cuentas.

DECONOMI

en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de esa específica causa de culpabilidad (art 164.2.1º LC). Es también necesario que tenga una trascendencia informativa relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio¹⁸.

El tercer hecho lo constituye la apertura de la fase de liquidación que sea acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado (art. 143.1-5º LC). La delimitación legal del supuesto de hecho requiere excluir de la presunción todos aquellos supuestos en que la apertura de oficio de la fase de liquidación se produzca por cualquier otro motivo que no sea el incumplimiento del convenio (art. 143 LC), aquellos en los que la apertura de la fase de liquidación no se produzca de oficio sino a petición del propio deudor (art. 142.2-I LC) o de un acreedor (art. 142.2-II LC), por

¹⁸ La referida *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2016* añade que *Resulta improcedente apreciar la concurrencia de la causa de calificación consistente en la inexactitud grave en la documentación acompañada con la solicitud de concurso por no haber aportado el inventario de bienes y derechos, la relación de acreedores y las cuentas anuales de los últimos tres años. En primer lugar, porque no puede haberse cometido inexactitud en la confección de documentos inexistentes o, al menos, no aportados con la solicitud de concurso ni durante la tramitación del mismo. Cuestión distinta es que pueda desestimarse la solicitud de concurso si no se hubieran aportado esos documentos, no se hubieran dado explicaciones razonables sobre la causa de no haber aportado esos documentos (art. 6.5 LC), no se subsane la omisión en el plazo concedido al efecto (art. 14.2 LC) y el juez ante el que se solicite la declaración de concurso considere que de la documentación aportada, apreciada en su conjunto, no resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. En segundo lugar, y como argumento de refuerzo, porque un mismo hecho, la no aportación de las cuentas anuales o de determinados documentos contables, no puede integrar estas dos causas de culpabilidad del concurso, la prevista en el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal (incumplimiento sustancial de la obligación de llevar contabilidad, llevar doble contabilidad o haber cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la contabilidad que llevara) y la prevista en el artículo 164.2-2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento), cuando el desvalor de la conducta es el mismo. Del mismo modo, el hecho de no aportar esos documentos durante la tramitación del concurso, pese al requerimiento hecho para su aportación, no puede integrar la causa de culpabilidad prevista en el artículo 164.2-2º (inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento) y la prevista en el artículo 165.2º (no haber facilitado a la administración concursal la información necesaria o conveniente para el interés del concurso), cuando, como se ha dicho, el desvalor determinante del reproche de ambas conductas sea coincidente.*

DECONOMI

imposibilidad de cumplimiento del convenio, y, en fin, aquellos casos en los que exista incumplimiento del convenio, pero no sea imputable al concursado.

El cuarto hecho contempla dos conductas distintas. La primera, consiste en el alzamiento de la totalidad o de parte de los bienes en perjuicio de sus acreedores, concepto que será necesariamente más amplio que el del derecho penal. La segunda, es la realización de cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo ya trabado o por practicar en cualquier clase de ejecución. Esta segunda conducta no puede entenderse en su significado literal y, por tanto, no incluirá aquellos supuestos en los que el concursado hubiera manifestado su oposición o formulado su contestación a la demanda de ejecución instada por uno o varios de sus acreedores o incluso en la propia oposición a la declaración de concurso, aunque será suficiente para aplicar la presunción la negativa del deudor a facilitar la relación de bienes legalmente exigida en caso de ejecución.

El quinto hecho es el supuesto en que, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. Esta presunción en nada afecta a la posibilidad de rescisión de esos actos como consecuencia del ejercicio de las acciones de reintegración, que se fundamenta sólo en el perjuicio a la masa (art. 71)¹⁹. Es más, la independencia entre los sistemas de

¹⁹ Existe una jurisprudencia consolidada que concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado. Esta jurisprudencia se contiene en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 26 de octubre de 2012*, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, *Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012; 30 de abril de 2014; 9 de julio de 2014; 24 de julio de 2014; 1 de noviembre de 2014; 17 de febrero de 2015; 23 de febrero de 2015; 10 de marzo de 2015; 17 de marzo de 2015; 17 de abril de 2015; 24 de junio de 2015; 26 de octubre de 2016*): “El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso. Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par condicio creditorum*, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya se apuntaba en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2010*, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación”. Vid. *Sentencias*

DECONOMI

reintegración de la masa y de calificación del concurso permite que la presunción concurra aun cuando no se hubiera ejercitado acción rescisoria alguna e incluso en el caso en que se hubiera desestimado. A la inversa, la rescisión de un acto considerado perjudicial para la masa activa no implica automáticamente la calificación del concurso como culpable. El *Auto del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2017* recuerda que el criterio interpretativo respecto a esta presunción lo fija la *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2014* al señalar que el carácter fraudulento exigido para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes recogido en el artículo 164.1.4º de la Ley Concursal. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que se contempla en este precepto ha de relacionarse con el exigido en el artículo 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude²⁰.

El último hecho de concurso culpable es aquel en que, antes de la fecha de la declaración de concurso, el deudor hubiese realizado algún acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia. La simulación ha de tener cierta relevancia, porque va dirigida a la situación patrimonial del deudor. Las *Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2012 y de 24 de octubre de 2017*, se refieren a esta conducta en los siguientes términos: “la norma regula un tipo abierto de perfiles borrosos que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia; b) que tales actos tengan carácter "jurídico", de tal forma que es insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial

del Tribunal Supremo de 6 de marzo, 7 de marzo, 11 de abril, 26 de abril, 10 de mayo, 18 de mayo, 21 de mayo, 24 de mayo, 30 de mayo y 21 de junio de 2018.

²⁰ *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de abril de 2015.* En la interpretación del artículo 1291.3 del Código Civil, la jurisprudencia ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un *animus nocendi* [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (*SSTS de 25 de marzo de 2009 y de 25 de junio de 2010*). Tanto el *animus nocendi*, en cuanto intención o propósito, como la *scientia fraudis*, en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan.

por "vías de hecho"; y c) que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso. A los requisitos expuestos, directamente deducibles de la exégesis de la norma, cabe añadir los siguientes: d) La actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores; e) la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores; y f) el comportamiento simulatorio no ha de estar previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma".

2. Las presunciones *iuris tantum*

Junto a las presunciones *iuris et de iure*, el sistema de calificación contiene unas presunciones *iuris tantum* de concurso culpable (art. 165 LC), de modo que se presume la generación o agravación del estado de insolvencia por la actuación dolosa o culpable del deudor, salvo que se pruebe la falta de concurrencia ya sea del elemento objetivo, la generación o agravación de la insolvencia, o del elemento subjetivo, el dolo o la culpa grave del deudor. La característica común a todas estas presunciones es que los correspondientes hechos constituyen incumplimientos de deberes legales, si bien esos deberes son de distinta naturaleza: unos tienen carácter concursal y otros son deberes contables impuestos a determinados deudores.

El primero de los supuestos es aquel en que el deudor, sus representantes legales, o sus administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso²¹. El deudor dispone de un plazo de dos meses desde que conoce o debe conocer su insolvencia para solicitar el concurso (art. 5.1). Este plazo se prolonga tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de que se han iniciado negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta de convenio anticipado (art. 5 bis). Teniendo en cuenta que, transcurridos esos tres meses el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, salvo que no se encontrara ya en estado

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 21 de mayo y 22 de julio de 2015.

DECONOMI

de insolvencia. Habrá de estimarse, en todo caso, que existe incumplimiento del deber no sólo cuando el concurso deje de solicitarse debiendo hacerse, sino también en aquellos casos en que se solicite formalmente, pero se omita, de forma voluntaria, la pertinente información documental o se ofrezca una justificación insuficiente de la insolvencia, algo que obligaría al juez a rechazar la solicitud. En lo que se refiere al alcance de esta presunción de culpabilidad, es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que dicho precepto es una norma complementaria de la del artículo 164.1 de la Ley Concursal. Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y establece una presunción iuris tantum (que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario) en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia²²

La segunda de las conductas consiste en haber incumplido alguno de los deberes específicamente establecidos durante el concurso: el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal (art. 42), el deber de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal sobre todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (art. 42) y el deber de asistencia, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores (art. 117.2). El precepto equipara, a estos efectos, la inasistencia del deudor a la junta de acreedores convocada para la deliberación y aceptación del convenio -siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio- con el incumplimiento del deber de colaboración. En este sentido, la declaración de concurso impone al deudor deberes de colaboración

²² *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de octubre de 2017*. A su vez, las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 17 de septiembre de 2015 y 22 de abril de 2016*, indican que el incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Y en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 12 de enero de 2015* se dice “Teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable”.

DECONOMI

con el juez del concurso y con la administración concursal y de prestarles la información necesaria para el adecuado desarrollo del proceso. En este supuesto, se contemplan conductas posteriores a la declaración de concurso, por lo que, como indica la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2017*, esta incidencia causal no puede referirse a la insolvencia previa, la que determina la declaración de concurso, sino a la agravación, durante la tramitación del concurso, de la situación de insolvencia. Agravación que traiga como consecuencia que la solución del concurso sea menos favorable para los acreedores, porque no pueda alcanzarse un convenio, porque el convenio que se apruebe sea más gravoso para ellos o porque la falta de colaboración o de información por parte del concursado dificulte o falsee la liquidación de su patrimonio y se alcance, en definitiva, una menor satisfacción de los créditos²³. Pese al silencio legal, parecería lógico extender esa presunción al incumplimiento del deber del concursado de solicitar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación (art. 142.2.I), por la evidente analogía que presenta con los deberes de solicitud de concurso y de colaboración.

La tercera de las presunciones se refiere a otros incumplimientos de deberes genéricos relacionados con las cuentas anuales y, por tanto, afecta exclusivamente a concursados obligados a llevar contabilidad: el deber de formulación de las cuentas anuales, el deber de sometimiento de esas cuentas a auditoría y el deber de depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales aprobadas. El incumplimiento que permite presumir que en la generación o agravación de la insolvencia medió dolo o culpa grave del deudor o de sus

²³ La referida *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 1 de diciembre de 2017* afirma que es exigible al administrador concursal y al Ministerio Fiscal que describan los hechos en que se concreta la conducta que encuadran en este supuesto, para que el afectado por la petición de calificación del concurso como culpable pueda no solo desvirtuar la realidad de tales hechos o probar otros que excluyan la reprochabilidad de su conducta, sino también justificar, en su caso, la falta de dolo o culpa grave en la realización de esos hechos o que tales hechos no incidieron en un empeoramiento de la solución concursal alcanzada. Pero, indica que no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal, como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del concurso como culpable por concurrencia de la conducta descrita en el actual artículo 165.1-2º de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal. Si concurre la conducta de falta de colaboración o de información por parte del concursado, la presunción iuris tantum se extiende tanto al carácter doloso o gravemente culposo de su conducta como a su incidencia causal en la agravación de la solución concursal alcanzada. Es el concursado quien tendrá que desvirtuar la presunción, ya sea en lo referente a la calificación de su conducta como dolosa o gravemente culposa, ya sea en lo referente a la incidencia causal que la falta de colaboración o de información ha tenido en la agravación de la solución al concurso.

DECONOMI

representantes legales o de sus administradores o apoderados puede haberse producido en cualquiera de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

En fin, el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, añadió una cuarta presunción, en el sentido de que se presumía inicialmente la existencia de dolo o culpa grave, posteriormente de concurso culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 o en la disposición adicional cuarta. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis. 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades a que se refiere el inciso anterior. Hay que tener en cuenta que, esta última presunción no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios (art. 172.2-1º).

III. LOS EFECTOS CIVILES DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

DECONOMI

La sentencia de calificación declarará el concurso como fortuito o culpable y si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación (art. 172.1 LC). La indicación de la causa o causas en que se fundamente la calificación del concurso como culpable se explica porque las consecuencias de la calificación del concurso como culpable no son las mismas según la causa o causas en que se fundamente tal calificación²⁴.

La sentencia que califique el concurso como culpable, además, contendrá una serie de pronunciamientos (art. 172.2 LC). Excede el objeto de este trabajo analizar en detalle la determinación de las personas afectadas y los efectos civiles de la calificación culpable, por lo que procede únicamente realizar una referencia general a estos aspectos.

1. Las personas afectadas por la calificación. La complicidad concursal

La sentencia que califique el concurso como culpable determinará las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, las declaradas cómplices. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos (art. 165.2), en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición. La presunción contenida en el artículo 165.2 no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios (art. 172.2-1º LC).

²⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 5 de abril de 2018, señala que *algunas de estas consecuencias son comunes a todas las causas de calificación del concurso como culpable (por ejemplo, la inhabilitación), pero otras solo proceden cuando concurren determinadas causas de calificación del concurso como culpable. Asimismo, la concurrencia de unas u otras causas es relevante para fijar, en su caso, la condena a la cobertura del déficit concursal e incluso para graduar el alcance de otros pronunciamientos condenatorios, como puede ser la inhabilitación.*

DECONOMI

El concepto de personas afectadas por la calificación no coincide con el de «personas especialmente relacionadas con el concursado» (art. 93), aunque bien puede ocurrir que algunos sujetos reúnan esa doble condición. La determinación de las personas afectadas por la calificación ha de ir referida, como es lógico, a quienes hubiesen causado o agravado la insolvencia del concursado, de modo que podrán merecer esa condición no sólo los representantes legales y los administradores -o liquidadores- de la persona jurídica deudora (art. 164.1), sino también los apoderados generales que hubiesen causado o agravado la insolvencia (así lo indica también el artículo 166 al referirse a las personas con las que puede colaborar el cómplice). Destaca la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 22 de enero de 2019 que del examen de los hechos y conductas activas u omisivas recogidas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, resulta que mientras algunas de ellas hacen referencia a elementos o actividades propias de la esfera jurídica del administrador social (cuentas anuales, contabilidad, solicitud de concurso y documentos que la acompañan, deber de colaboración con el administrador concursal, entre otras), otras conductas no presentan una específica atribución competencial al administrador de derecho o de hecho pudiendo ser realizadas por los apoderados generales a que se refiere el artículo 164.1 de la Ley Concursal (actos de simulación, salida fraudulenta, alzamiento o realización de actos que retrasen o impidan la eficacia de un embargo, entre otras).*

Respecto a los administradores —y los liquidadores— de personas jurídicas, no se exige la vigencia del nombramiento en la fecha en que se declarara el concurso, de modo que podrán ser afectados por la calificación quienes con anterioridad hubieran cesado en su cargo, siempre que hubieran participado en la generación o en la agravación de la insolvencia y siempre que hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Es indiferente que los administradores -o liquidadores- lo sean de derecho o de hecho, pero en este último caso, la sentencia de calificación deberá motivar la atribución de esa condición. En relación con los socios de la persona jurídica concursada, tras la reforma debida al Real Decreto-Ley 4/2014, convalidado por la Ley 17/2014 pueden verse afectados por la calificación aquellos socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la

DECONOMI

capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en atención a su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el acuerdo.

En este punto, las *Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y de 24 de octubre de 2017* hacen referencia a la discordancia -temporal- entre los artículos 172.2-1º y 164.1 de la Ley Concursal. El artículo 172.2-1º al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable. Salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2-5º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoria o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3º LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación. Es decir, no existe un límite temporal común, previo a la declaración de concurso, en el cual deba necesariamente realizarse cualquier conducta en que pretenda basarse la calificación culpable. Sí que existe una limitación temporal que afecta a las personas que pueden ser declaradas afectadas por la calificación culpable de concurso. El artículo 172.2-1º de la Ley Concursal al regular quiénes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Esta exigencia, que afecta exclusivamente a la determinación de las personas afectadas por la calificación,

DECONOMI

no supone que con carácter general se limite la calificación a las conductas acaecidas dentro del periodo de los dos años previos a la declaración de concurso. Conforme al propio artículo 172 de la Ley Concursal el juez ha de juzgar si concurre alguna causa de calificación ajustándose a los requisitos propios de cada una de las causas invocadas²⁵.

Por lo que respecta a los cómplices, en ocasiones, la realización de la conducta que conduce a la calificación del concurso culpable se produce con la participación de terceros, que podrán ser considerados cómplices. La complicidad concursal requiere para poder apreciarse dos requisitos. De un lado, que el cómplice haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable. De otro lado, la cooperación tiene que haberse realizado con dolo o culpa grave. Según su propio sentido gramatical, cooperar significa obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, de donde cabe deducir que cómplice será quien haya obrado juntamente con el concursado, o sus administradores y/o liquidadores, en la realización del acto que haya fundado la calificación culpable, y tal colaboración resulte relevante a los efectos de dicha calificación²⁶. La independencia de la calificación respecto del derecho penal

²⁵ Las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 29 de marzo y de 24 de octubre de 2017* añaden que problema distinto sería el que, respecto de la determinación de la persona afectada por la calificación, pudiera derivarse del hecho de que el administrador (legal o de hecho) o el apoderado general de la sociedad responsable de las irregularidades cuando estas se produjeron, ya no tuviera esta condición en los dos años previos a la declaración de concurso. Es sólo en estos casos en que, sin perjuicio de que pudiera calificarse culpable el concurso, no se declararía persona afectada por la calificación y no se le impondrían las consecuencias legales correspondientes a quien hubiera dejado de ser administrador, de derecho o de hecho, o apoderados generales antes de los dos años previos a la apertura del concurso. También *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2017*. FACHAL, N. “La acción de repetición entre los condenados en la sentencia de calificación”, *ADCo*, núm., 48, 2019.

²⁶ *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de octubre de 2017*. En las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 27 de enero de 2016 y de 29 de marzo de 2017* se establece que la generalidad con que se pronuncia el artículo 166 de la Ley Concursal -cualquier acto- no releva a la sentencia de calificación de la descripción precisa de las conductas y deberes jurídicos cuya acción u omisión considera constitutivos de complicidad y generadores de responsabilidad; cuya descripción ha de basarse en una actividad probatoria suficiente y ha de determinar una clara relación de causalidad entre los actos imputados y probados respecto del sujeto que es declarado cómplice y los concretos actos -de generación o agravación de la situación de insolvencia- que hayan fundado la calificación como culpable del concurso, conforme a los supuestos previstos en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal. Y ello, porque la actuación de los terceros que pueden ser declarados cómplices debe estar directamente relacionada con la conducta o conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Además, resulta necesario atender no sólo a dicha actuación, sino que también ha de constatarse su

tiene también en este caso consecuencias importantes. Así, la noción concursal de complicidad se extiende a conductas distintas a las de estricta cooperación (por ejemplo, encubrimiento). Así también será posible que la conducta merezca el correspondiente reproche penal con independencia de cuanto prevé la Ley Concursal. Será posible, en fin, que, pese a la calificación concursal como cómplice, el tercero sea condenado penalmente como autor.

2. La inhabilitación

La sentencia que califique el concurso como culpable determinará la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como a la declaración culpable en otros concursos. En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada. En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos (art. 172.2-2º LC).

La inhabilitación se encuadra dentro de los efectos personales del concurso culpable. La calificación del concurso de acreedores cumple una evidente función sancionadora, de modo que el concurso culpable despliega sus efectos en el orden personal, generando necesariamente la inhabilitación del deudor concursado o de las personas afectadas (art. 172.2-2º). Por el contrario, la pena de inhabilitación no podrá extenderse a los cómplices.

Ahora bien, la finalidad de la inhabilitación no es sólo sancionatoria, sino que con ella se pretende también proteger al tráfico frente a sujetos que podrían volver a actuar de la misma manera. Se trata, pues, de una inhabilitación en sentido técnico, consistente en la privación de la facultad de realizar determinadas actividades. De acuerdo con la previsión de la Ley Concursal, la inhabilitación se limitaría a la administración de patrimonios ajenos y a la

voluntariedad, esto es, que haya consilium fraudis o ánimo de defraudar o, cuando menos, conscius fraudis o connivencia con el concursado en la conducta que ha merecido la calificación culpable.

DECONOMI

representación de terceros, de modo que el inhabilitado no podrá administrar los bienes ajenos ni representar o administrar a ninguna persona, natural o jurídica. Ahora bien, el Código de Comercio impone también al inhabilitado la prohibición para el ejercicio del comercio y para tener participación económica en sociedades mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación (art. 13-2º CCom), de modo que no podrá realizar actividad empresarial alguna. Únicamente se permite, de forma excepcional, que, en caso de convenio, si así lo solicita la administración concursal, la sentencia de calificación pueda autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada. En todo caso, la inhabilitación no tiene carácter indefinido, sino temporal. Corresponde al juez determinar su duración, que no podrá ser inferior a dos ni superior a quince años, atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el período de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos.

3. La pérdida de derechos y la condena a devolver bienes y derechos

En el ámbito de los efectos patrimoniales del concurso culpable, la calificación del concurso como culpable produce también efectos patrimoniales que inciden tanto sobre las personas afectadas por la calificación como sobre los cómplices: la sentencia de calificación ordenará la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y condenará a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa (art. 172.2-3º LC).

Así, el primero de los efectos patrimoniales de la sentencia es la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas o los cómplices pudieran tener como acreedores concursales o de la masa. El segundo de esos efectos para las personas afectadas y para los cómplices es la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa. La previsión legal abarca, pues, todos los desplazamientos patrimoniales, tanto los que tuvieran su origen en el patrimonio del deudor, con anterioridad a la declaración de concurso, como los que se hubieran producido, con cargo a la masa activa, con

posterioridad a la declaración. En el primer caso, no basta con la mera traslación patrimonial, sino que la restitución se limita a los casos en que resultare indebida. De modo que, el concurso culpable constituye una forma especial de reintegración de la masa activa, que no concede al afectado el derecho a la restitución de su contraprestación, ya que va acompañada de la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa. En el segundo caso, todo desplazamiento patrimonial con cargo a la masa activa y en favor de los afectados por la calificación o de los cómplices genera una obligación de restitución.

4. La condena a indemnizar daños y perjuicios

También en el ámbito de los efectos patrimoniales del concurso culpable, se prevé la condena en la sentencia de calificación a la indemnización de los daños y perjuicios causados por las personas afectadas por la calificación y por los cómplices (arts. 172.2-3º in fine y art. 172.3 LC). La condena tiene pleno sentido en el caso de los cómplices, quienes por esta vía podrán contribuir a superar una situación de insolvencia en la que han intervenido decisivamente; pero se extiende también a las personas afectadas por la calificación. En todo caso, la determinación de la cuantía indemnizatoria deberá seguir los trámites dispuestos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habrá de incluir el coste del propio proceso concursal abierto, es decir, la mayoría de los créditos contra la masa (art. 84.2). De forma diferenciada se contempla que la sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de marzo de 2019, destaca que se reconoce la distinta naturaleza de la responsabilidad concursal del artículo 172.bis de la Ley Concursal y de la responsabilidad por daños y perjuicios del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal (y, debe añadirse, del artículo 172.3, respecto de los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores). Y condena a los cómplices en concepto de indemnización de daños y perjuicios, que es lo previsto en el artículo 172.2-3º y 3 de la Ley Concursal²⁷. En la misma

²⁷ La citada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 6 de marzo de 2019*, señala que en la sentencia que califica el concurso como culpable es necesario determinar cuáles son las conductas que determinan esa calificación y cómo han participado en ellas tanto las personas

DECONOMI

línea, la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2 de Pontevedra, de 3 de junio de 2019*, resalta que se hace necesario delimitar la condena indemnizatoria del artículo 172.2-3º (y en el caso de los cómplices también el art. 172.3 LC) de la condena a la cobertura del déficit concursal del artículo 172 bis. El Tribunal Supremo ha deslindado la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2-3º y la condena a la cobertura del déficit concursal que puede imponerse de conformidad con el artículo 172 bis. La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 14 de julio de 2016* absuelve a la persona afectada por la calificación de la condena que consistía en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se había acordado con sustento en aquel precepto. Este pronunciamiento condenatorio se había impuesto sólo respecto de determinados acreedores (aquellos cuyos créditos nacieron a partir del día 1 de marzo de 2005) y consistía en el abono de los créditos que no resultasen pagados en la liquidación. El recurso de casación sostenía que realmente no se trataba de ese tipo de responsabilidad ni tampoco de la condena a la cobertura del déficit concursal. El Tribunal Supremo acoge el motivo y para ello acude a la doctrina jurisprudencial plasmada en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 11 de marzo de 2015*, que distingue la responsabilidad por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal, y finalmente concluye: *Las sentencias de instancia no aplican ni una ni otra responsabilidad, porque al condenar al pago de los créditos nacidos después del 1 de marzo de 2005 ni se acogen al tipo indemnizatorio previsto en el artículo 172.2-3º de la Ley Concursal, ya que no resarcen a la masa, sino solo a unos determinados acreedores, ni condenan a la cobertura del déficit concursal (actual art. 172 bis), y, por el contrario, acuñan una tercera modalidad de responsabilidad, sin sustento en la Ley Concursal que, además, tiene como consecuencia la alteración de la par conditio creditorum en favor de determinados acreedores: aquellos cuyos créditos surgieron con posterioridad al*

afectadas por la calificación como los cómplices. Una vez determinado lo anterior, la condena a dichos cómplices ha de ser consecuencia de su participación en esas conductas. En concreto, la condena a indemnizar los daños y perjuicios debe ser consecuencia de los concretos daños y perjuicios causados por la conducta en cuya realización han participado, y en atención a dicha participación. No puede acordarse una condena "en globo" que no discrimine entre las causas de calificación del concurso como culpable en las que hayan participado los cómplices y aquellas en las que no hayan participado y que no tenga en cuenta la importancia de su participación en tales conductas.

DECONOMI

1 de marzo de 2005. Así, señala la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, núm. 2, de Pontevedra de 3 de junio de 2019*, que el Tribunal Supremo ha atribuido a la responsabilidad del artículo 172.2-3º de la Ley Concursal una naturaleza resarcitoria y culpabilística anudada tanto a la obtención indebida de bienes y derechos del patrimonio del deudor (antes o después del concurso), como a aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. La responsabilidad por el déficit concursal sólo se activa en concursos liquidatorios y, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, se le atribuye idéntica naturaleza, al estar anudada a la contribución de la conducta que ha determinado la calificación culpable a la generación o agravación de la insolvencia. Para la *Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 27 de septiembre de 2018*, la distinción entre la responsabilidad indemnizatoria del artículo 172.2-3º y la responsabilidad del artículo 172 bis de la Ley Concursal viene referida no sólo a su extensión subjetiva, pues los cómplices no pueden ser declarados responsables a cubrir el déficit concursal, sino que la primera conecta con el concreto perjuicio causado por el motivo apreciado de calificación del concurso como culpable. Se distingue entre el resarcimiento de los perjuicios directos e indirectos derivados de la causación o agravación de la insolvencia, sin que haya lugar a una duplicidad de condenas, pues en la apreciación del déficit no se tendrán en cuenta las cantidades objeto de condena en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados. La *Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de octubre de 2018*, da un paso más en la diferenciación entre la responsabilidad del artículo 172.2-3º y la del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras resaltar que ambas comparten una naturaleza resarcitoria. Por ello reconoce que habrán de entenderse referidas a quebrantos diversos y abunda en la distinción entre perjuicios directos e indirectos como el elemento que ha de servir para no incurrir en el error que supone que, con fundamento en el artículo 172.2-3º, puedan ser condenadas las personas afectadas por la calificación y los cómplices a cubrir con su patrimonio personal perjuicios indirectos que son propios de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, sin que concurran los requisitos que configuran esta responsabilidad. La sentencia apelada descartó la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y fundó la condena en el artículo 172.2-3º en un supuesto en el que el efecto de la conducta de los

DECONOMI

administradores -identificada como en un agravamiento gravemente culposo de la insolvencia- consistió en un daño indirecto o mediato para los acreedores, en cuanto que se generó un déficit patrimonial que impidió que los acreedores pudiesen cobrar la totalidad de sus créditos. Considera la sentencia de apelación que ese es precisamente el daño que, abierta la liquidación, cubre la responsabilidad concursal del artículo 172 bis y advierte de que, como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015, la condena de las personas afectadas por la calificación a pagar a la sociedad una suma igual a la del déficit patrimonial generado por su actuación dolosa o gravemente culposa como administradores societarios es más propio del artículo 172 bis: *De no ser así, en todos los casos de concurso culpable por generación o agravación dolosa o gravemente culposa de la insolvencia sería procedente la condena de los administradores societarios al menos en la medida del importe de obligaciones contraídas por la sociedad sin respaldo patrimonial, una condena que no sería susceptible de regulación judicial (a diferencia de la responsabilidad concursal del artículo 172 bis, "en todo o en parte") y que alcanzaría incluso a las personas afectadas por la calificación y a eventuales cómplices cuando la sección hubiese sido abierta a raíz de la aprobación judicial de un convenio gravoso"*

5. La responsabilidad concursal

En caso de concurso de una persona jurídica y siempre que se hubiese abierto la fase de liquidación –sea directamente, sea como consecuencia del fracaso del convenio- la calificación del concurso como culpable podrá determinar, además, la condena a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a la cobertura, total o parcial, del déficit (art. 172 bis). Con el nombre de responsabilidad concursal se conoce, pues, aquel efecto de la sentencia de calificación limitado a los concursos de personas jurídicas cuya solución sea la liquidación, sometido a la apreciación judicial en cuanto a las personas afectadas y al grado de su responsabilidad en la generación o en la agravación de la insolvencia, por el que se condena a los administradores, liquidadores o apoderados generales causantes de la insolvencia o a los socios

DECONOMI

que se hubieran negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos del artículo 165.2 a cubrir, total o parcialmente, el déficit resultante del concurso de acreedores. Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura. Se trata de un efecto específico del concurso culpable que recaerá sobre aquellos administradores – o liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales– o bien sobre los socios en determinadas circunstancias que hayan sido considerados previamente en la propia sentencia personas afectadas por la calificación. La cuantía de la condena dependerá, por ello, del comportamiento de la persona condenada. En caso de pluralidad de administradores o socios condenados, la condena no deberá ser solidaria, sino que el juez habrá de determinar qué pena impone a cada uno: En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso (art. 172 bis 1.III). La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de mayo de 2019*, se refiere a la correcta interpretación del artículo 172 bis de la Ley Concursal, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo. Señala, a este respecto, la referida sentencia que esta reforma modificó el régimen de responsabilidad respecto de la cobertura del déficit previsto en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, al especificar en su apartado 1 que la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, lo será en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Así lo interpretó el Tribunal Supremo en la sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, al resaltar su naturaleza resarcitoria: la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal en la medida que la conducta que ha

DECONOMI

determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. En esta sentencia 772/2014, de 12 de enero de 2015, el Tribunal Supremo entendió que el nuevo régimen de responsabilidad sólo era aplicable a los casos en que la sección de calificación hubiera sido abierta después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, como ocurre en el supuesto que ahora se plantea. Por esta razón, destaca que no se hubiera pronunciado antes sobre su correcta interpretación y aplicación. Pues bien, bajo el actual artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal, indica el Tribunal Supremo que la justificación de la condena a la cobertura del déficit radica en la incidencia que la conducta o conductas que hubieran merecido la calificación culpable del concurso han tenido en la generación o agravación de la insolvencia. Como se ha advertido en la doctrina, esto trae consigo dos consecuencias lógicas, que afectan al enjuiciamiento: i) por una parte, no cabe condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales o socios que se negaron sin causa justificada a la capitalización de créditos, a la cobertura total o parcial del déficit si con su conducta (la que ha merecido la calificación culpable y su declaración de persona afectada por la calificación) no han contribuido a la generación o a la agravación de la insolvencia; ii) y, por otra, el alcance o montante de esta condena estará en función de la incidencia que su conducta ha tenido en la generación de la insolvencia o en su agravación. En el supuesto planteado existe una sola conducta que mereció la calificación culpable del concurso: irregularidades relevantes en la contabilidad para la comprensión de la situación patrimonial del concursado (art. 164.2.1º LC), resultando irrelevante para esta calificación culpable la valoración jurídica de si la irregularidad contable contribuyó a generar o agravar la insolvencia. En este sentido, se destaca en la resolución judicial que lo anterior constituye uno de los presupuestos de la condena a la cobertura del déficit, pero no es suficiente. Así, para esta responsabilidad por el déficit concursal sí es necesario que la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, en este caso las referidas irregularidades en la contabilidad, hubiera contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, que es la que a la postre provoca el déficit. Si bien para lograr la calificación culpable del concurso sobre la concurrencia de esta causa prevista en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, la administración sólo tenía que acreditar la existencia de la irregularidad contable y su relevancia para

DECONOMI

la comprensión de la situación patrimonial del deudor concursado, para obtener una condena a la cobertura del déficit le correspondía, además, justificar en qué medida la conducta había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. Esta justificación supone, cuando menos, un esfuerzo argumentativo que muestre de forma razonable cómo la conducta generó o agravó la insolvencia y en qué medida lo hizo, aunque sea de forma estimativa. Sin perjuicio de que, en algunos casos, ante la imposibilidad de acreditar las causas de la generación o agravación de la insolvencia y, sobre todo, la posible incidencia de la conducta que ha merecido la calificación culpable del concurso, debido a esta propia conducta que provoca como efecto la imposibilidad de conocer y acreditar, sea posible invertir la carga de la acreditación. Esto último puede ocurrir cuando la calificación culpable del concurso se justifica por la concurrencia de las dos primeras causas del artículo 164.2 de la Ley Concursal, las que guardan relación con la ausencia o falseamiento de la contabilidad y con las inexactitudes graves en la documentación aportada al concurso por el deudor concursado. En ambos casos, no es que no sea necesario acreditar que la conducta generó o agravó la insolvencia, y en qué medida lo hizo, para poder condenar a la cobertura total o parcial del déficit, sino que puede ocurrir que la propia conducta haya impedido conocerlo y, por eso, resulta lógico que se desplace a los responsables de la conducta las consecuencias de esa imposibilidad de conocer y se presuma esa contribución a la generación o agravación de la insolvencia. Pero, insiste el Tribunal Supremo, que no cabe presumir en todo caso que las irregularidades en la contabilidad relevantes para comprender la situación patrimonial del deudor generaron la insolvencia²⁸.

²⁸ En el supuesto enjuiciado en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 22 de mayo de 2019*, entiende el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida no justifica de forma mínimamente razonable cómo la irregularidad contable de incluir en el balance un activo ficticio pudo agravar la situación de insolvencia, ni mucho menos que lo hubiera hecho en la cifra señalada por la Audiencia. De la lectura del informe de la administración concursal cabía extraer la justificación aducida de la siguiente mención, que sigue a la exposición de las conductas respecto de las que se pedía la calificación culpable: ello implica: en primer lugar, que se haya generado o agravado la situación de insolvencia al no adoptar decisiones de solicitud de concurso o disolución de la empresa en lugar de seguir adquiriendo compromisos que no se iba a poder cumplir; y, en segundo lugar, que se haya dado una apariencia de solvencia a los acreedores de la empresa que no era tal, siendo por lo tanto la irregularidad relevante para la comprensión por parte de dichos acreedores de la situación patrimonial o financiera. De las dos consecuencias, la segunda incidía directamente en el cumplimiento de los elementos del tipo previsto en el artículo 164.2-1º de la Ley Concursal y servía para calificar culpable el concurso. Pero si se pretendía, además, la condena a la cobertura del déficit, precisaba de una concreción adicional sobre cómo esta

“La armonización del derecho societario en la Unión Europea: antecedentes y novedades”

por Jesús Quijano González²⁹

RESUMEN

El Derecho de Sociedades, como parte del Derecho Mercantil que regula un tipo de forma jurídica de las empresas utilizado en todos los Estados miembros, ha sido desde el principio un ámbito muy favorable para la armonización comunitaria. A lo largo del tiempo, desde 1968 hasta la actualidad, el ritmo de aprobación de Directivas se ha mantenido elevado, aunque algunas iniciativas no llegaron a prosperar. El presente trabajo analiza ese proceso, tanto en sus antecedentes, como en las nuevas iniciativas actuales, que suponen un cambio de orientación de los objetivos, con prioridad en los instrumentos jurídicos de alcance transfronterizo.

PALABRAS CLAVE

Derecho de Sociedades; Directivas comunitarias; derechos de socios; implicación de socios; digitalización societaria; modificaciones estructurales.

apariencia había contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. En cuanto a la primera mención, es una afirmación excesivamente genérica, una mera suposición empleada como argumento retórico, vacía de una mínima concreción. Indistintamente, se aduce que las irregularidades contables retrasaron la adopción de la decisión de pedir el concurso o de instar la disolución, sin concretar nada más. No se indica cuándo presumiblemente se encontraba la sociedad en estado de insolvencia, por cuánto tiempo presumiblemente se retrasó la solicitud de concurso, ni, lo que es más importante, cómo se incrementó desde entonces el endeudamiento. Lo que ocurre en este caso, destaca el Tribunal Supremo, es que, de hecho, la administración concursal, a pesar del reseñado argumento, no llega a afirmar que hubiera habido un retraso en la solicitud de concurso. No lo indicó en el primer informe del artículo 76 de la Ley Concursal, ni tampoco llegó a denunciarlo explícitamente en el informe de calificación, lo que además hubiera constituido una causa adicional de calificación del concurso (art. 165.1 LC). Por otra parte, tampoco se explica y justifica que esta irregularidad contable hubiera impedido a la administración concursal conocer las verdaderas causas de la generación o, en su caso, agravación de la insolvencia, lo que hubiera justificado presumirlo. Ello lleva, en definitiva, al Tribunal Supremo a casar la sentencia y modificar la sentencia de apelación, en el sentido de dejar sin efecto la condena de los administradores a la cobertura del déficit concursal.

²⁹ CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL - UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

DECONOMI

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Sociedades ha constituido, desde un momento bastante temprano tras la puesta en marcha de la Comunidad Económica Europea en 1957, un terreno ciertamente propicio para desarrollar en él objetivos de armonización jurídica. Los motivos son bien evidentes: en todos los Estados miembros en aquel momento inicial existían figuras societarias razonablemente similares, procedentes de una tradición que, desde finales del siglo XVIII y a causa de la creciente necesidad de disponer de instrumentos adecuados para abordar actividades industriales que exigían amplias dosis de capital, se habían generalizado, con formas jurídicas equivalentes; la sociedad anónima, en concreto, con esa denominación u otra (sociedad por acciones, en general) era conocida y utilizada en toda la Europa continental que participó en aquel momento fundacional, disponiendo de una regulación legal bastante homogénea. Por otra parte, la idea de avanzar hacia un mercado común en el que los agentes económicos y las empresas pudieran desarrollar su actividad con creciente libertad de movimientos y con progresiva disminución de obstáculos y disparidades normativas, hacía deseable una aproximación de las legislaciones reguladoras de su organización y funcionamiento. De manera que en el Derecho de Sociedades se daban desde el principio las dos condiciones más favorables para la armonización de los ordenamientos nacionales: el proyecto de configuración de un espacio económico unificado requería homogeneizar, progresivamente y al máximo posible, el régimen jurídico aplicable a los sujetos que iban a operar en ese ámbito uniforme; y, en todas las legislaciones nacionales, esos sujetos, principales protagonistas del mercado, se acogían a formas jurídicas similares, como lo eran los tipos societarios (sociedades de capital, especialmente sociedades anónimas) previstos en los distintos ordenamientos.

En tales condiciones, era lógico que el proceso de homogeneización legislativa se desarrollara principalmente utilizando la técnica de armonización que es la Directiva. Como es sabido, frente a la norma de aplicación directa, y jerárquicamente superior a la eventual norma nacional concurrente, que es el Reglamento comunitario, la Directiva tiene por objeto aproximar las legislaciones nacionales mediante la necesaria trasposición que cada Estado miembro debe

DECONOMI

hacer a su ordenamiento. Cuando de antemano existe una larga tradición normativa manifestada en legislación relativamente similar en los Estados, resulta preferible armonizar esta legislación, sin necesidad de situar por encima una norma europea de aplicación directa. Y esto es lo que ha ocurrido en el Derecho de Sociedades, que venía configurado de antiguo en cada Estado miembro, consolidado en los Códigos mercantiles del siglo XIX y desarrollado en legislación especial a lo largo del siglo XX. El resultado final es bien conocido: algunos instrumentos societarios canalizados a través de Reglamento, cuando se trataba de impulsar figuras directamente comunitarias (la Sociedad Anónima Europea, con muchas limitaciones por el amplio espacio cedido al derecho nacional del domicilio, como norma supletoria, o la Agrupación Europea de Interés Económico, o la Sociedad Cooperativa Europea, son buen ejemplo, entre otros) y una pluralidad de Derechos de Sociedades nacionales, armonizados por Directiva en aspectos muy fundamentales del régimen jurídico de las sociedades, sin perjuicio de que cada uno mantenga la impronta de su tradición o haya evolucionado hacia innovaciones particulares, reformando y modernizando otros aspectos que no estaban afectados por la orientación comunitaria (nótese, por ejemplo, que el modelo organizativo de las sociedades, o el régimen de los grupos de sociedades, siguen siendo dos asuntos en los que la pretensión armonizadora no prosperó, por lo que son objeto de distinto tratamiento en los Derechos nacionales).

2. LOS ANTECEDENTES

2.1. La evolución de las Directivas en materia societaria.

El proceso de armonización de los Derechos nacionales en materia societaria se inició con la **Primera Directiva**, de 9 de marzo de 1968, que tomando como base en el artículo 54 del entonces Tratado de la CEE, trataba cuestiones relacionadas con la fundación de las sociedades (exigencias de forma, registro, publicidad, tanto de la fundación como de posteriores modificaciones), pero también otros asuntos más sustantivos, que venían a fijar criterio común sobre problemas clásicos, como lo eran el tratamiento de las “sociedades en periodo de formación”, donde se planteaba la atribución de responsabilidad por las obligaciones contraídas o los contratos celebrados en nombre de una sociedad aún no inscrita, la vinculación de la sociedad por lo

DECONOMI

actuado por sus órganos de representación, donde se acogía el principio de indeformabilidad, o no limitación frente a terceros, del poder orgánico, o, en fin, el régimen de la nulidad de la fundación, configurado bajo el doble criterio restrictivo de tasación de las causas y limitación de los efectos, en beneficio de la conservación de las sociedades de hecho y de la protección del interés del tercero de buena fe.

La **Segunda Directiva**, de 13 de diciembre de 1976, es una de las más complejas y significativas a lo largo de todo el proceso. Se refería a un asunto verdaderamente central del régimen societario, como es el régimen del capital social: su integración por aportaciones de los socios, el control y valoración de éstas, sean dinerarias o no dinerarias, la emisión y amortización de las acciones, así como sus clases, la adquisición de acciones propias, y las modificaciones del capital, por aumento o reducción. Fácilmente se aprecia que su contenido, que inevitablemente ofrecía opciones y reservas a los derechos nacionales, ha estado sometido a interesantes procesos críticos, relacionados con el debate sobre la propia función del capital social y la conveniencia de abrir el paso a otras alternativas, como el conocido “test de solvencia”, que ponen más énfasis en el estado patrimonial real de la sociedad que en la eficacia de la cifra nominal del capital.

La **Tercera Directiva**, de 9 de octubre de 1978, trataba de armonizar el régimen de las fusiones de sociedades anónimas, todavía entonces en el ámbito interno de los Derechos nacionales, porque esa era la dimensión de los procesos de concentración empresarial en aquel momento. La distinción de las clases de fusión, el contenido del proyecto de fusión, la adopción del acuerdo, la publicidad, los efectos para socios y acreedores, etc., fueron los aspectos afectados, como luego ocurriría en la **Sexta Directiva**, sobre escisión de sociedades anónimas, de 17 de diciembre de 1982, que complementaba la anterior, en el ámbito de lo que se irían configurando como modificaciones estructurales, y servía para introducir la figura en ordenamientos que por aquel entonces ni si quiera la contemplaban.

En paralelo, y constituyendo un bloque temático, aparecieron las tres Directivas de materia contable: la **Cuarta**, de 25 de julio de 1978, sobre cuentas anuales, la **Séptima**, de 13 de junio de 1983, sobre cuentas consolidadas de los

DECONOMI

grupos de sociedades, y la **Octava**, de 10 de abril de 1984, sobre control de cuentas por sistema de auditoría. Constituyen, sin duda, la base de un auténtico Derecho contable europeo, cuerpo normativo al servicio de una disciplina unificada en la materia, tanto en la fase de elaboración de las cuentas, como en su verificación por experto; la consolidación contable, además, ha constituido la manifestación principal de un fenómeno, el de los grupos de sociedades, que, a falta de régimen sustantivo más completo, ha servido para proporcionarle concepto y ámbito de aplicación a muchos otros efectos, como bien lo sabemos en España, a partir de la frecuente remisión al artículo 42 del Código de Comercio. Todo este bloque de armonización contable se vió posteriormente afectado por un proceso de armonización internacional de grado superior, por su dimensión global, de que resultaron las llamadas NIC (Normas Internacionales de Contabilidad), origen de las amplias reformas experimentadas luego tanto por las Directivas, como por los Derechos nacionales que las habían incorporado.

A partir de aquí se sucedieron gradualmente un conjunto de Directivas con finalidad y contenido más específicos: así, la **Décima**, en 2005, sobre las fusiones transfronterizas, de prolongada tramitación, que suponía un salto cualitativo en la consideración de las modificaciones estructurales de sociedades en un contexto de mercado más unificado e interconectado, lo que hacía entrar en juego la dimensión transfronteriza, que se iría convirtiendo en elemento esencial en las Directivas más recientes; la **Undécima**, en 1989, posterior en el orden, pero muy anterior en el tiempo, sobre un asunto tan específico como la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por sociedades de otro Estado; la **Duodécima**, también de 1989, pensada para introducir la figura de las sociedades de un solo socio, opción que podría combinarse con el reconocimiento de las empresas individuales de responsabilidad limitada.

Junto a las Directivas citadas, que fueron apareciendo identificadas por orden numérico, otras se fueron sumando a la lista sin tal especificación, pero con singular importancia en algunos casos: así, entre otras, la Directiva de 2004, sobre ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS), referida a un asunto tan sensible como es el cambio de control de una sociedad, con tantas repercusiones para las partes afectadas (sociedades, socios, acreedores,

DECONOMI

trabajadores, statu quo de la competencia en el mercado, interés general, etc.); la de 2009, para simplificar las obligaciones de información y documentación, particularmente en modificaciones estructurales; la de 2012, sobre interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades; o la de 2014, sobre publicidad de la información no financiera y de diversidad, que pretende armonizar la presentación, transparente y supervisada, de la información sobre políticas de responsabilidad social corporativa y de diversidad que estén aplicando las sociedades que cumplan determinados requisitos cuantitativos.

También hay que advertir que, a partir de un determinado momento, y en conexión con la propia evolución jurídica y económica de la Unión, se fueron elaborando Directivas de reforma de las que ya estaba en vigor (las que reformaron la Primera, Segunda, Tercera y Sexta, Cuarta, Séptima y Octava, a veces en más de una ocasión, tuvieron un especial calado), hasta llegar a la codificación de 2017 en que buena parte de ellas fue sustituida por un texto único consolidado, que luego analizaremos, por su especial importancia en la nueva etapa.

Finalmente, dos circunstancias singulares conviene resaltar, como aspecto complementario de esta breve referencia a los antecedentes.

Por un lado, la aprobación, para regular ciertas figuras a las que se pretendía dotar de dimensión europea directamente, de otros instrumentos normativos distintos a la Directiva, concretamente Reglamentos, ya que no se trataba ahora de armonizar los derechos nacionales, sino de configurar un nivel superior de reglas de aplicación directa, por encima de los ordenamientos de los Estados miembros. Tal objetivo ya se había manifestado en la puesta en marcha de las Agrupaciones Europeas de Interés Económico, por Reglamento de 1985, pero se hizo especialmente presente en el largo proceso que condujo a la aprobación en 2001 del Reglamento que contenía el Estatuto de la Sociedad, a pesar de que el resultado final tenía más de figura supletoriamente regida por el Derecho nacional del Estado de domicilio, que, por el propio Reglamento comunitario, muy limitado en su contenido y alcance. Fruto también de este objetivo fue el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, de 2003, pero no hasta ahora el que regiría, con Derecho europeo directo, la figura societaria básica para pequeñas o medianas empresas, a pesar de los diversos intentos

en tal sentido (así, la Sociedad Privada Europea, SPE; o la Sociedad Unipersonal Privada de Responsabilidad Limitada, o Societas Unius Personae, SUP).

Por otro lado, es bien ostensible que en la sucesión de Directivas aprobadas existen huecos derivados del fracaso de determinados intentos de armonización, que hubieran recaído sobre aspectos verdaderamente esenciales del Derecho societario, pero que, por la diversidad de los modelos nacionales, o por la propia dificultad de la materia, no prosperaron y quedaron abandonados de manera definitiva, al menos hasta el momento actual. Es el caso de la que hubiera sido Quinta Directiva, llamada a armonizar la estructura orgánica de las sociedades, tanto la junta general como el órgano de administración, lo que hubiera supuesto un impulso general del modelo dualista (órgano de dirección y órgano de vigilancia), sin perjuicio de mantener también la posibilidad de introducir la distinción entre la instancia de gestión y la de supervisión en los modelos monistas, a través del recurso a la delegación, como viene ocurriendo en nuestro ordenamiento. Y es también el caso de la que hubiera sido Novena Directiva, en materia de grupos de sociedades, que pretendió sin éxito armonizar las reglas básicas para resolver los problemas principales que plantea ese fenómeno (publicidad, tipología, protección de socios externos y de acreedores, relaciones entre matrices y filiales, sociedades dominantes y dominadas, poder de dirección, control y límites, extensión de responsabilidad, etc.). Ambas cuestiones siguen, pues, sometidas a Derecho nacional, particular y formalmente no armonizado, sin perjuicio de que, por vías más o menos indirectas, se haya ido produciendo un acercamiento significativo de modelos organizativos y de reglas aplicables en materia de grupos de sociedades.

2.2. La Codificación de 2017.

Considerando que el avance del proceso de armonización de los Derechos nacionales en materia de sociedades mercantiles había alcanzado un nivel elevado y que era necesario dotar de estabilidad al conjunto normativo acumulado, la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades, procedió a codificar una parte sustantiva de las Directivas vigentes en una especie de texto refundido con sistemática propia. Fuera de la refundición quedaron las tres Directivas en materia contable y también otras de variado

DECONOMI

contenido particular (sobre OPAS, sociedades unipersonales, etc.); lo que no obsta a que el conjunto incorporado revista un cierto carácter de “código societario europeo”, que ha constituido la base para las iniciativas más recientes, como tendremos ocasión de ver.

La configuración sistemática de la nueva Directiva distingue dos Títulos, referidos a las Disposiciones Generales y constitución y funcionamiento de las sociedades de capital, el Primero, y a las Fusiones y Escisiones de sociedades de capital, el Segundo. Unas Disposiciones finales (artículos 161 a 168, sobre aspectos particulares de delegación aplicación, vigencia, etc.), junto con varios Anexos sobre tipos societarios a los que se aplica, trasposición, derogaciones y correlaciones, complementan instrumentalmente la refundición.

El Título I, tras detallar el objeto de la Directiva, mencionando las materias que abarca la codificación, comienza agrupando las reglas de constitución de la sociedad anónima, con especial atención a la información que debe constar en los estatutos y escritura de constitución, para abordar luego las cuestiones sustantivas que habían sido objeto de la Primera Directiva (sociedad en formación, vinculación de la sociedad por los actos de sus órganos, causas y efectos de la nulidad de la sociedad).

A continuación, se han refundido las normas sobre publicidad y registro, procedentes de diversas Directivas, pero que ahora se agrupan y ordenan en un amplio Capítulo III de este Título I; en efecto, los artículos que van del 13 al 39 detallan, como disposiciones generales, los actos societarios que deben publicarse, el funcionamiento de los registros, el sistema de interconexión registral, y las reglas especiales de publicidad de las sucursales, sean de sociedades de otros Estados miembros o de terceros países.

Finalmente, el Capítulo IV, artículos 44 a 86, recoge el contenido actualizado de la Segunda Directiva, elemento central, sin duda, de la codificación, a la vista del alcance de las materias en ella armonizadas. Bajo el rótulo general de “Mantenimiento y modificación del capital”, se comprenden aquí los requisitos básicos del capital (capital mínimo, valor nominal, desembolso de aportaciones), las garantías exigidas para las aportaciones no dinerarias (informe de experto para su valoración, y excepciones), las reglas de la

distribución de beneficios, el régimen de la adquisición por la sociedad de las acciones propias, y las normas propias de las modificaciones del capital, tanto del aumento, como de la reducción.

El Título II, por su parte, refunde la armonización de las modificaciones estructurales, en el estado en que se encontraba la normativa correspondiente en aquel momento, esto es, agrupando el tratamiento de la fusión (por absorción, por constitución de una nueva sociedad, distinguiendo las fusiones simplificadas y las asimiladas), junto con la fusión transfronteriza, con el de la escisión (también con absorción, con constitución de nueva sociedad, con control judicial, y operaciones asimiladas), sin otro añadido, pues en aquel momento la escisión transfronteriza no había sido aún objeto de Directiva de armonización.

Como bien puede apreciarse, la Directiva de 2017, al agrupar la versión codificada de las principales reglas del Derecho societario europeo producido hasta entonces, constituyó un paso decisivo en la consolidación de los objetivos de armonización. La compilación que entonces se llevó a cabo es el punto de partida para las nuevas iniciativas desarrolladas en la etapa más reciente, con criterio más selectivo, como a continuación se pondrá de manifiesto.

3. LAS NUEVAS INICIATIVAS

3.1. Planteamiento y contexto.

Aunque la cadencia de Directivas que respondían al modelo clásico de armonización continuó y produjo frutos hasta llegar a la consolidación de 2017, ya desde el comienzo del siglo se habían ido manifestando nuevas tendencias en el planteamiento comunitario referido al Derecho de Sociedades. La preocupación ahora, alimentada también por algunos escándalos financieros de dentro y de fuera, se centraba en las grandes sociedades, las que cotizan sus acciones en el mercado de valores, y en la forma en que eran gobernadas, con excesiva concentración de poder en uno o varios ejecutivos, con poca transparencia y con controles poco eficaces.

El primer paso en la nueva dirección puede considerarse que fué el conocido Informe Winter, elaborado por encargo de la Comisión en 2002, que

DECONOMI

puso de manifiesto, entre otros, esos problemas del buen gobierno corporativo. Siguió la Comunicación de la Comisión, de 2003, sobre “Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial: un plan para avanzar”, en la que ya se proponían medidas de corto, medio y largo plazo, para la mejora del gobierno corporativo y para el estímulo de la participación accionarial como estrategia de control. Después, la crisis económica acaecida a partir de 2008, propició la elaboración de dos Libros Verdes en materia de Gobierno Corporativo, uno en 2010, referido a las entidades financieras, y otro en 2011, de alcance más general, aunque la UE no llegó a plantearse la elaboración de algún Código de Buen Gobierno de dimensión comunitaria, pensando que los que ya existían en cada país ya cumplían la función de recomendación, y era más útil armonizar sus contenidos que someterlos a la jerarquía de un Código de nivel superior. Por su parte, la Agenda digital europea, incorporada a una Directiva de 2010, y la Comunicación de la Comisión, emitida en 2012, con un “Plan de acción: Derecho de Sociedades europeo y Gobierno corporativo; un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas”, terminaron de perfilar la orientación del más reciente del proceso armonizador.

3.2. Los resultados.

3.2.1. Las Directivas de sociedades cotizadas: derechos de socios e implicación.

La **Directiva de 11 de julio de 2007**, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de las sociedades cotizadas, tenía precisamente como objetivo reforzar esos derechos y facilitar su ejercicio, especialmente pensando en los socios que residen en un Estado miembro distinto de aquél donde se encuentra el domicilio de la sociedad y donde funcionan sus órganos. En sus Considerandos previos se invocaba la antes citada Comunicación de la Comisión, de 2003, sobre modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial, así como una Resolución del Parlamento Europeo, de 2004, que impulsaba a adoptar medidas para facilitar la participación a distancia en las juntas generales de la sociedad y el ejercicio transfronterizo del derecho de voto; se constataba que la legislación comunitaria vigente no era suficiente para lograr ese objetivo y, a la vez, que un

DECONOMI

porcentaje importante de las acciones de sociedades cotizadas estaban en poder de accionistas que no residen en el Estado miembro del domicilio social; y se proponían medidas de ampliación de la información que se vaya a presentar en la junta general, abriendo la posibilidad de incluir puntos en el orden del día, formular preguntas, participar y ejercer el voto a distancia por medios electrónicos, regulando el voto por representante o la actuación de intermediarios, con instrucciones vinculantes, o asegurando más transparencia en el recuento de los votos y en la proclamación de los resultados de la votación.

La Directiva, en efecto, a lo largo de sus 16 artículos, fue detallando estas medidas relacionadas en su conjunto con la celebración de la junta general de accionistas, pensando, quizá con algo de optimismo, que una de las formas de mejorar el control de los directivos de la sociedad era revitalizar la junta general, para lo que era imprescindible estimular y facilitar la participación de los accionistas, con el objetivo de que ejercieran sus derechos políticos, especialmente el derecho de voto. Todo ello con carácter mínimo, pues ya el artículo 3 se encargaba de recordar que la Directiva “no impedía a los estados miembros imponer obligaciones a las sociedades ni adoptar otras medidas para facilitar a los accionistas el ejercicio de esos derechos”.

Partiendo de un principio de igualdad de trato, concebido en términos proporcionales y relativos (“la sociedad garantizará la igualdad de trato de todos los accionistas que estén en la misma posición por lo que se refiere a la participación y al ejercicio de los derechos de voto en la junta general”), las medidas comenzaban distribuyendo la información previa a la junta en dos apartados, la que, como mínimo, debía incluirse en la propia convocatoria, y la que, también como mínimo, debía ofrecerse durante los veintiún días previos a la junta general en la página web de la sociedad. A partir de ahí, los accionistas deberían poder incluir puntos nuevos en el orden del día y presentar propuestas de resolución, individualmente o asociados, pues cabría la posibilidad de exigir una participación mínima en el capital, no mayor del cinco por ciento, para ejercer este derecho. Establecidos luego, con evidente largueza, los requisitos para poder participar y votar en la junta, especialmente en lo relativo a la legitimación anticipada, se contemplaban las formas diversas de participación en la junta por medios electrónicos, el derecho a formular preguntas y recibir respuestas, con

DECONOMI

alguna limitación. Asunto de especial importancia era el ejercicio del voto a través de representante, con previsión detallada del conflicto de interés que pudiera afectarle, del voto divergente en caso de representación plural, y del otorgamiento del poder por vía electrónica, así como la modalidad del voto por correo y la supresión de ciertos obstáculos y limitaciones al ejercicio del voto. Concluía el articulado de la Directiva con algunas reglas para mejorar la transparencia de la votación y la publicación de los resultados.

Una nueva **Directiva, de 17 de mayo de 2017**, ha venido a modificar la anterior “en lo que respecta a la implicación a largo plazo de los accionistas”. Así aparece formalmente, aunque de su lectura se aprecia fácilmente que más bien se trata de una Directiva de contenido propio y autónomo, que se añade al que tenía la de 2007, prácticamente sin modificarla.

En efecto, esta nueva Directiva está referida a aspectos muy particulares, cuya relación con ese objetivo de fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas no siempre se percibe con claridad, y a veces ni siquiera aparece como tal. Vinculada a la Comunicación de la Comisión de 2012, ya indicada, que pretendía una mayor participación de los accionistas, con más implicación a largo plazo y más transparencia entre las sociedades y los inversores, buscaba superar una fase, coincidente con la crisis inmediatamente anterior, en que los accionistas de las sociedades cotizadas optaron a menudo por una rentabilidad a corto plazo de su inversión, aceptando una asunción excesiva de riesgos por parte de los gestores.

Las primeras medidas de armonización están relacionadas con la identificación de los accionistas, configurado como un derecho de las sociedades, ejercitable ante la cadena de intermediarios (empresas de inversión, entidades de crédito, depositarios centrales, etc.) que custodian, gestionan acciones, o mantienen carteras de valores en nombre de los accionistas. Tales intermediarios quedarán también obligados a transmitir a los accionistas la información que debe proporcionarles la sociedad y a facilitarles el ejercicio de sus derechos, especialmente los de participar y votar en las juntas generales, siempre bajo criterios de no discriminación, proporcionalidad y transparencia en los costes asociados a las tarifas que apliquen por sus servicios.

DECONOMI

El segundo bloque de medidas está dirigido a garantizar la transparencia de los inversores institucionales, los gestores de activos y los asesores de voto. En el caso de los inversores y gestores, se trata de que establezcan y difundan una “política de implicación”, asociada a la política de inversión que, como estrategia, sigan respecto de los accionistas a los que representan o agrupan; en el caso de los asesores de voto, de influencia creciente en la formación de la voluntad societaria, el objetivo de transparencia incluye la publicidad del código de conducta que apliquen en su función asesora, junto con un informe anual sobre las recomendaciones de voto que hayan emitido y la comunicación de cualquier conflicto de interés, real o potencial, que les afecte.

Los otros dos grupos de medidas de armonización, más relacionados con materias que ya habían sido tratadas con anterioridad, se refieren, por un lado, a la aprobación de la política de remuneraciones, que debe ser aprobada con el voto de los accionistas en la junta general, y la presentación del informe anual sobre remuneraciones, con especificación de su contenido; y, por otro lado, a la transparencia y aprobación de las operaciones con partes vinculadas, donde se establece el anuncio público, la posibilidad de informe, la aprobación por la junta o por el órgano de administración o supervisión, sin perjuicio de excepciones derivadas de las características de la propia operación o de las partes vinculadas que la realizan (así operaciones que forman parte de la actividad ordinaria y se celebran en condiciones normales de mercado; operaciones entre la sociedad y sus filiales, celebradas por entidades de crédito en ciertos casos, etc.).

Visto su contenido, en efecto, se aprecia bien que la conexión con el ejercicio de derechos de los accionistas, que era su expresión formal, no constituye su característica principal, aunque mantenga alguna relación con ello; su objetivo es más variado, como se acaba de comprobar, y está más relacionado con la transparencia de ciertos agentes de especial incidencia en los accionistas, o de ciertas materias especialmente sensibles, como son las remuneraciones y las operaciones vinculadas.

3.2.2. Las Directivas de última generación: digitalización societaria y modificaciones estructurales de alcance transfronterizo.

DECONOMI

Las Directivas más recientes en materias del Derecho de Sociedades fueron presentadas en 2018 formando parte de un mismo paquete normativo que perseguía una finalidad común, la de “ayudar a las empresas a trasladarse otros países dentro de la Unión y a encontrar soluciones en línea” (así lo indicaba el Comunicado de Prensa, de 25 de abril de 2018, en el que se anunciaba el comienzo del proceso de debate y aprobación de ambas Directivas).

La primera de ellas, **Directiva de 20 de junio de 2019, sobre “herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de Sociedades”**, respondía a compromisos adquiridos ya en 2015, cuando se aprobó la “Estrategia para el Mercado Único Digital”, y reiterados en 2017, en el Programa Marco de la Comisión formulado entonces, en el que se anunciaba una iniciativa en materia de Derecho de Sociedades para facilitar el uso de las tecnologías digitales durante el ciclo de vida de una empresa. Y así se hace, formalmente a través de una modificación de la Directiva de codificación de 2017, en la que se introducen diversos artículos nuevos, relativos a la constitución en línea de sociedades, al registro en línea de sucursales, y a la presentación en línea de documentos e información por parte de sociedades y sucursales, si bien su ámbito de aplicación será inicialmente el de los tipos de sociedad mencionados en el Anexo II Bis (en España las sociedades limitadas, que son la inmensa mayoría, con porcentajes superiores al 90%, de las sociedades registradas), ya que los Estados miembros pueden optar por no aplicar la digitalización a otros tipos distintos.

Tras unos primeros artículos más instrumentales sobre medios de identificación para estos procedimientos en línea, tasas, pagos, requisitos de información, etc., se desarrolla el aspecto principal de la Directiva que, sin duda, es el de la constitución de sociedades en línea, registro y publicidad. A tal efecto, los Estados, obligados a trasponer la Directiva antes del 1 de agosto de 2021, deben asegurar, con normas detalladas para las cuestiones que se especifican, que la constitución en línea de sociedades pueda llevarse a cabo íntegramente en línea, sin necesidad de que los solicitantes comparezcan en persona ante cualquier autoridad u organismo habilitado al efecto por la legislación del Estado miembro, y sin que se requiera ningún tipo de autorización o licencia. Incluso el pago del capital podrá hacerse en línea, y el proceso habrá de concluirse en

DECONOMI

cinco días si los socios son personas físicas y utilizan el modelo previsto, que deberá ofrecerse en sitio web accesible, y en diez días en los demás casos. También se presta especial atención al control de las posibles causas de inhabilitación que puedan afectar a administradores, con el fin de extender sus efectos de un Estado a otro mediante la comunicación registral.

La presentación en línea se extiende igualmente a los documentos e información societaria que debe ser objeto de publicidad obligatoria conforme al artículo 14 de la Directiva de 2017, donde aparece en detalle el listado de actos registrables, desde la constitución de la sociedad y las modificaciones que experimente, hasta su disolución, liquidación y cancelación. Todo este conjunto de datos se incluirá en el expediente (hoja registral) que debe abrirse a cada sociedad, de forma individualizada, en un registro central, mercantil o de sociedades, con identificador único europeo (EUID), lo que facilitará la localización de la sociedad en el sistema de interconexión de registros. Sin perjuicio de que puedan seguir utilizándose solicitudes y certificaciones en papel, especialmente si se trata de información registrada antes de 31 de diciembre de 2006, la regla general en la Directiva es la del acceso electrónico a la información publicada, tanto en la presentación de la solicitud para obtener datos, como en el suministro de copias de lo registrado, sean documentos u otra información, con el correspondiente devengo de tasas o en forma gratuita para la información que la propia Directiva especifica, como mínima (así, la denominación, el domicilio, el objeto social, los miembros de los órganos sociales, o las sucursales).

Precisamente a las sucursales de sociedades de otros Estados miembros se refiere la segunda parte de la Directiva, como materia posible de registro en línea, pues, al igual que ocurre con la constitución de la sociedad, también aquí los Estados deben asegurarse de que el registro en uno de ellos de una sucursal que se rija por el Derecho de otro Estado miembro pueda llevarse a cabo íntegramente en línea, sin necesidad de comparecencia personal del solicitante ante autoridad u organismo habilitado en la materia por el Derecho nacional. De forma paralela, se exigen normas detalladas para el control de lo registrado en línea, con procedimientos de comprobación, aplicándose un plazo único, que aquí es de diez días, una vez cumplimentados todos los trámites. La

DECONOMI

presentación en línea de documentos e información de sucursales (aquí se trata de los especificados en el artículo 30 de la Directiva de 2017: dirección, actividad, representantes, etc., de la sucursal) queda igualmente garantizada, con especial referencia al acto de cierre de la sucursal, de modo que el Estado miembro donde estaba registrada informe, por el sistema de interconexión, al estado miembro donde está la sociedad de que su sucursal ha sido cerrada y cancelada en el registro. Finalmente, también esta comunicación, y por la misma vía, se requiere para la comunicación de las modificaciones de los documentos e información de la sociedad (denominación, domicilio, forma jurídica, etc.), siendo aquí el Estado miembro donde está registrada la sociedad quien debe comunicarlo al Estado miembro donde está registrada la sucursal.

La otra **Directiva**, aprobada por el Parlamento Europeo el 18 de abril de 2019, aunque pendiente en este momento de algunos trámites para su publicación definitiva en el DOUE, está referida a las **transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas**. Por los asuntos que trata, y por su alcance, es ciertamente una Directiva especialmente ambiciosa en sus objetivos de armonización y, aunque cada uno de los temas que contiene dispone de entidad propia y significado en particular, constituyen en conjunto un marco de modificaciones estructurales que viene, según los casos, a actualizar instituciones jurídicas ya armonizadas en Directivas anteriores y a incorporar nuevos supuestos de modificación, siempre con el denominador común que implica el ámbito transfronterizo que caracteriza a todas las operaciones ahora reguladas. De nuevo, formalmente la Directiva se presenta como de modificación de la Directiva de codificación de 2017, lo que, en este caso, tiene mayor sentido, ya que los supuestos contemplados (fusiones y escisiones transfronterizas, en particular) tenían antecedente en aquella, aunque en distinto sentido, como luego se indicará.

Siguiendo el orden en que aparecen en el texto, la primera de las operaciones es la transformación de sociedades, que aparece ya denominada como **“transformación transfronteriza”**. En la terminología clásica de las modificaciones estructurales (y así ocurre en la ley española en la materia), la transformación es el cambio de tipo social: una sociedad se convierte, por ejemplo, de anónima en limitada, conservando la misma personalidad jurídica

DECONOMI

que tenía, ya que la modificación afecta en este caso a la forma jurídica de la sociedad y no a su permanencia como persona jurídica. No es ese exactamente el concepto de transformación que maneja la Directiva: se trata ahora de que una sociedad de capital constituida de conformidad con el Derecho de un Estado miembro, y cuyo domicilio, administración central o centro de actividad principal se halla en el territorio de la Unión, se transforma en sociedad de capital regulada por el Derecho de otro Estado miembro, efecto éste que da el alcance transfronterizo a la operación. Ocurre, pues, que la sociedad en cuestión (que puede ser anónima, limitada, o comanditaria por acciones), sin disolverse ni liquidarse, convierte la forma jurídica en la que está registrada en el Estado miembro de origen en una forma jurídica societaria de un Estado miembro de destino, trasladando a éste su domicilio social, pero no necesariamente el centro de su actividad principal, y conservando en todo caso su personalidad jurídica. De este modo, lo que viene a confirmar la Directiva es el criterio ya aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en distintas ocasiones (más matizadamente en algunas sentencias precedentes, como en los casos Cartesio o Vale, y con especial intensidad en la conocida Sentencia Polbud, de 2017, que resolvió favorablemente, en aras de las libertades básicas de circulación y establecimiento de las personas jurídicas, el caso de una sociedad polaca que, sin trasladar el centro de su actividad, cambió su domicilio a Luxemburgo, ejerciendo el derecho de convertirse o transformarse en una sociedad sujeta al Derecho de otro Estado miembro). El reconocimiento de esta posibilidad de transformación transfronteriza, con cambio de ley aplicable, constituye, sin duda, un paso fundamental en lo que venía siendo una “larga marcha” hacia el pleno ejercicio de las citadas libertades comunitarias por parte de las personas jurídicas.

Así configurada la operación, la Directiva precisa el ámbito de aplicación por vía negativa (no se aplica, por ejemplo, a sociedades ya en liquidación en las que haya empezado el reparto de activos a los socios) y desarrolla los pasos del procedimiento que ha de seguir la transformación: elaboración de un proyecto por el órgano de dirección o administración, emisión de informe justificativo por dicho órgano, informe independiente de peritos, que asumen una especial responsabilidad, publicidad previa y aprobación por la junta

DECONOMI

general. A los socios disidentes se les ofrece la posibilidad de separarse, enajenando sus acciones, que puede adquirir la sociedad; a los acreedores se les protegen sus créditos, nacidos antes y aún no vencidos, con garantías ofrecidas o reclamadas a la autoridad correspondiente; mientras que los trabajadores deben ser informados y consultados, además de aplicarse el sistema de participación previsto en el estado miembro de destino de la sociedad, sin perjuicio de las excepciones y variantes que se contemplan.

Finalmente, la transformación está sometida a un doble control de legalidad por las autoridades del Estado de origen, que conduce a la emisión de un certificado previo a la transformación, transmitido al sistema de interconexión registral, y por las del Estado de destino, culminando con el registro de la cancelación, en uno, y de la nueva inscripción de la sociedad transformada, en el otro. Es justamente en esta fase del proceso, con ocasión de la emisión del certificado previo, cuya denegación puede paralizar o impedir la transformación, cuando cabe controlar los fines de la operación, de manera que si la autoridad competente del Estado miembro determina, de acuerdo con la legislación nacional, que la transformación transfronteriza se ha organizado con “fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse a la legislación nacional o de la Unión o eludirla, con fines delictivos”, tal certificado será denegado.

La Directiva termina este apartado recordando los efectos propios de la sucesión universal (todo el patrimonio, activo y pasivo, se mantiene en la sociedad transformada; los socios lo siguen siendo de ésta, salvo que ejerzan el derecho de separación; las relaciones laborales se conservan en la sociedad transformada), a la que vez que asegura la validez de la operación, limitando la posibilidad de declarar la nulidad absoluta de una transformación transfronteriza.

Las previsiones sobre la “**fusión transfronteriza**” tienen otro alcance, por obvias razones: se trata ahora de una figura que ya tenía regulación, y estaba por tanto armonizada, en la Directiva de 2005, incorporada luego al texto consolidado de la Directiva de 2017, donde está contemplada en los artículos 118 y siguientes; lo que hace entonces la Directiva actual es modificar ese régimen, con distintas finalidades.

DECONOMI

En primer lugar, para actualizarlo, incorporando algunas novedades de interés, como es el caso del propio ámbito conceptual de aplicación. En el artículo 119 se distinguían tres supuestos, considerados como fusión: la fusión por absorción, la fusión por creación de una nueva sociedad, la fusión por cesión de activo y pasivo a otra sociedad que posee ya todo el capital de la cedente; se añade ahora otro: también hay fusión cuando una o varias sociedades, con disolución y sin liquidación, transfieren a otra sociedad ya existente, que es la sociedad absorbente, todo su patrimonio, activo y pasivo, sin que ésta emita nuevas acciones, pero siempre que una sola persona posea, directa o indirectamente, todas las acciones de las sociedades que se fusionan, o que los socios de éstas tengan acciones en la misma proporción en todas ellas. Por el contrario, también se añade que la norma no será de aplicación a sociedades en liquidación, donde haya comenzado el reparto de patrimonio entre los socios, además de otros casos sectoriales o especiales.

En segundo lugar, la otra razón de las modificaciones está principalmente relacionada con la extensión a la fusión transfronteriza de reglas que se introducen de nuevo para la transformación transfronteriza, lo que aconsejaba disponer de un régimen equivalente para ambas (luego ocurrirá también con la escisión transfronteriza), sea incorporando nuevos preceptos a la fusión, sea modificando los preexistentes. De este modo, el contenido del proyecto común de fusión, la publicidad del proceso, el informe que el órgano de administración o dirección debe proporcionar a los socios y trabajadores, el informe pericial independiente, la aprobación por la junta, las restricciones a la impugnación, o las medidas de protección de socios (derecho de separación de los disidentes, en ciertos casos y con ciertas condiciones, a través de la enajenación de sus acciones) y de acreedores (obtención de garantía adecuada de créditos anteriores y no vencidos), que no estaban contempladas en la Directiva de 2017, son materias objeto de introducción o de reforma, según los casos; y también lo son, de manera muy especial, la exigencia de certificados previos a la fusión, con el control del abuso o fraude en la operación, la transmisión del certificado, mediante el sistema de interconexión registral, el control de la legalidad y la extensión de la publicidad en registros.

DECONOMI

Finalmente, entre otros detalles, se adecúa la enumeración de los efectos de la fusión, con cambios más formales que sustanciales, y se precisan los supuestos de fusión simplificada, así como la aplicación del régimen de participación de los trabajadores, que será, con algunas excepciones, el del Estado miembro donde tenga domicilio la sociedad resultante de la fusión.

La “**escisión transfronteriza**” constituye novedad absoluta en la nueva Directiva, pues, como ya se indicó, la Sexta Directiva, de 1982, sólo se refería a la escisión ordinaria o interna de sociedades anónimas, que es la que pasó al texto codificado de 2017, artículos 135 a 160; de manera que lo que ahora se regula, añadiendo un artículo 160 bis a quater, es una figura nueva, construida como tal, pero tomando como directo punto de partida el régimen de la transformación transfronteriza. Se empieza, pues, por las habituales definiciones, considerando que hay escisión transfronteriza cuando al menos dos de las sociedades que participan en ella se rijan por legislaciones de diferentes Estados miembros, para distinguir a continuación tres supuestos de escisión (escisión completa, o total, escisión parcial, y división por separación, algo similar a lo que es la segregación en la legislación española de modificaciones estructurales), y delimitar los supuestos de no aplicación, detallando a continuación los pasos del procedimiento, siguiendo el orden conocido (proyecto de escisión, informe del órgano de administración o dirección, informe pericial independiente, publicidad y aprobación por la junta) y extendiendo aquí las medidas de protección de socios y acreedores y de participación de trabajadores. La emisión del certificado previo a la escisión, con el consiguiente control de abuso y fraude, la transmisión del certificado, el control de legalidad y el registro completan el procedimiento. Finalmente, se especifican los efectos, distinguiendo aquí, ya que son distintos, los que derivan de la escisión completa, en la que hay extinción de la escindida, de la escisión parcial, y de la escisión por separación, y se reitera la regla de validez, que evita declarar la nulidad absoluta de una escisión transfronteriza que haya surtido efectos cumpliendo el procedimiento de la Directiva, una vez traspuesta a los Derechos nacionales, todo ello sin perjuicio de las competencias de los Estados en materia penal, social, fiscal, etc., para imponer medidas o sanciones.

DECONOMI

Contempladas ahora en su conjunto, es evidente que estas dos Directivas, que integran el último “paquete societario” propuesto por la Comisión, supondrán, una vez traspuestas a los Derechos nacionales, un impulso notable al proceso de armonización, con el salto cualitativo indicado, que es el de trascender los ordenamientos internos para incidir, aunque sea a su través, en el espacio europeo, sea el digital, donde las sociedades se constituyen y circulan, sea el económico, donde se desarrollan las operaciones transfronterizas ahora reguladas.

3.2.3. Aspectos societarios en la Directiva de reestructuración preventiva.

Aunque no se trata de una norma directamente societaria, la **Directiva 2019/1023, 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”, contiene algunas reglas de armonización de las medidas a adoptar en situaciones de crisis empresarial con importante incidencia societaria. Es de interés, por tanto, referirse principalmente a las dos de mayor trascendencia.

En primer lugar, está la regla del artículo 12, pensada para que los tenedores de participaciones (los socios, entre otros) no puedan impedir u obstaculizar injustificadamente la adopción, confirmación o ejecución, ni tampoco la aplicación, de un plan de reestructuración, especialmente cuando vayan a quedar excluidos de las medidas que este plan contenga, conforme a los artículos 9, 10 y 11. Ocurre que tales planes necesitarán de un acuerdo societario para que la sociedad afectada quede vinculada, y no sería razonable que los socios bloquearan con su voto negativo la aprobación del plan de reestructuración, que puede llegar a contener la reestructuración forzosa de la deuda para todas las categorías de acreedores, si, además, los propios socios van a quedar excluidos.

En segundo lugar, la otra regla de importante significación societaria, es la que, en el artículo 19, se refiere a las obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente. En tal situación, deben tener en

DECONOMI

cuenta, como mínimo, los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados, la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia y la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa. Como bien se aprecia, se trata de un mandato armonizador que introduce una relevante modificación en el contenido de los deberes de los administradores, incluso alterando la jerarquía de intereses a considerar en las proximidades de la insolvencia, ya que, además de tomar medidas para evitarla y para proteger la viabilidad de la empresa, la expresa mención del interés de los acreedores en primer término, junto al de los socios y otros interesados (los trabajadores entrarán ahí), supone una toma de posición nítida en un asunto tradicionalmente polémico, como es el de la ordenación de prioridades, y la consiguiente jerarquización de los intereses, cuando la empresa societaria está cercana a la crisis de insolvencia.

DECONOMI

“Una aproximación al derecho mercantil del siglo XXI”

por Israel Creimer, Ariel Ángel Dasso y Efraín Hugo Richard

Panel coordinado por Osvaldo Chomer en “Primer Congreso Internacional de Derecho Económico y Empresarial” en Homenaje a los 80 años del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires – República Argentina, 21 de octubre de 2019.

***Héctor Osvaldo CHOMER:** La idea es un paneo que dé cuenta el cambio del Derecho Mercantil al Derecho Económico Empresarial de hoy con las principales características que dicho cambio importó en los últimos 50 años, y cuáles serán las ideas fuerza de los años por venir, para lo que hemos convocado a tres Maestros, que nos acompañan, permitiéndonos aprovechar y disfrutar su gran experiencia para recordar y así aprender del pasado, reflejarnos en el espejo del presente y avizorar el futuro del derecho mercantil ... que, en definitiva, es nuestro futuro.

Para eso les formularé sucesivamente una pregunta directa a cada uno de los Maestros para que puedan responderla en no más de 9' y luego podrán opinar los dos restantes en no más de 4'. De ese modo todos podrán opinar sobre todos los temas.

Pregunto a CREIMER: El Contrato tradicional ha mutado notablemente tras la irrupción del Derecho del Consumidor. ¿Cómo ves ese balance entre ambos derechos y qué caminos se abren en el futuro?

***Israel CREIMER:** Mi visión impone referirse a “EL DERECHO PRIVADO DEL FUTURO”

En base al esquema preparado trataré de responder, con el gusto de compartir con los maestros Ariel Dasso y Efraín Hugo Richard, acerca del derecho privado y la realidad contractual.

Es, por supuesto, muy difícil profetizar sobre estos temas. Recordando a Borges, digamos que a él le interesaban más los enigmas o los laberintos que las respuestas. Veremos que podremos decir del enigma.

DECONOMI

El mundo del futuro, lo señala el historiador Yuval Noah Harari, será de un progreso acelerado, la inteligencia artificial cambiará mucho nuestras vidas. El servicio de medicina será más eficiente brindado por un ordenador que por un médico de carne y hueso. El ordenador sabe todos mis antecedentes si yo le indico mis síntomas él sabrá que medicina debo tomar. Puede atender a cualquier hora sin pedir turno y no serán necesarios 10 años para preparar a un médico convencional.

Por otro lado, todos los días hay una cantidad de víctimas por accidentes de tránsito. Ya se está experimentando con automóviles u otros medios de transporte sin un chofer humano. Conozco una empresa que ya se está preparando un dispositivo que anunciará, con mucha antelación, cuando un computador puede caerse y, en consecuencia, la siniestralidad quizás se elimine totalmente. ¿Qué aspectos tendrá, en el futuro, el contrato de los servicios médicos o el de transporte? ¿Serán los mismos principios que tenemos ahora los que regirán?

Dado el escaso tiempo otorgado, solo podemos enunciar algunos títulos que se nos ocurren, pero pueden haber muchos más.

La Argentina resolvió felizmente, en mi opinión, el tema que concierne a su Código Civil y Comercial. Me parece de excelente factura aunque se le señalan aspectos discutibles.

Pero todavía no hay unanimidad sobre la unificación del Derecho Civil y el Comercial. Soy partidario de la unificación, pero todavía hay un camino a recorrer.

Otro tema: ¿Decodificación o recodificación? Me remito a los escritos de Julio Rivera.

No entraré, mayormente, al tema de la crisis y el Derecho del Consumidor que se ha tratado en un panel anterior. Coincido en lo marcado en dicha oportunidad. Es obvio, que el consumidor está frente, en la contratación con el empresario oferente, en una situación de subordinación. Por ello, requiere de una tuición especial. No se trata de un problema económico. Todos están desamparados cuando consumen.

DECONOMI

Hay desarrollos sobre el “tercer Contrato” a los que me remito. Es el contrato donde las partes no tienen igual poder negocial.

Pero creo, y aquí pongo el énfasis que la protección no se debe hacer exclusivamente al consumidor, sino que debe darse un paso más adelante y debe darse una especial protección a los empresarios pequeños o aún medianos cuando contratan con la gran empresa. Miguel Rubín se pregunta con acierto, cuando un pequeño empresario puede reunirse con el CEO de una gran empresa para discutir los términos de un contrato. Reclama un réquiem para los Códigos napoleónicos.

En Italia, hace más de 20 años (Ley 1921/1998) ya se establece una protección especial para el pequeño empresario. Se va hacia un cambio de paradigmas hacia la buena fe y el rechazo del abuso de derecho. También se puede citar en este sentido la Sentencia de Casación italiana N° 20.106/09.

Por otro lado, irrumpieron las normas constitucionales para dirimir cuestiones entre particulares. Desde el caso Luth en Alemania en 1958. En la Argentina debo referirme indubitablemente a los trabajos de Kemelmajer de Carlucci y en el Uruguay al Prof. Juan Blengio.

Hay varias sentencias uruguayas, relativamente recientes que se encaminan por ésta vía, pero aquí no tengo tiempo de referirlo.

Luego tenemos que citar al “Smart contract” o contrato inteligente. Alicia Ferrer ha señalado esta necesaria evolución del sistema legal. Este contrato que junto al blockchain, el bitcoin y los protocolos digitales nos llevan a otro terreno. Y no estamos hablando de la contratación entre máquinas. El “inteligente” es un contrato informático que se ejecuta solo y hace un control del cumplimiento del mismo. Sin intermediarios, sin abogados ni escribanos, cuyos costos se disminuyen notoriamente.

Si observamos lo que está pasando en los últimos años en materia de contratación estamos siendo invadidos con los norteamericanos (leasing, factoring, underwriting, etc). Eso pasa también en Europa, donde las recomendaciones de la Comisión Europea, menos osadas que el Parlamento Europeo, dictan permanentemente directivas inspiradas en el derecho de USA.

DECONOMI

Es que esa es una economía muy desarrollada donde las cosas ya pasaron y, recién ahora nos pasan a nosotros.

Puede vislumbrarse que esto seguirá así por un tiempo todavía. Sobre todo porque en el mundo asiático que se desarrolla aceleradamente los modelos son los mismos.

Por último, la búsqueda de la justicia, por encima de otros valores (como sería el apego a la norma escrita) lleva una determinante posición de la judicatura.

Me pregunto: ¿Están nuestros jueces preparados para ello? O dicho de otra manera: ¿Quieren ellos asumir esta pesada responsabilidad? ¿O la responsabilidad será de un robot que se instalará en Letonia, según se ha comunicado profusamente?

Sólo planteos. Las soluciones: ¿Quién sabe?

***CHOMER:** Dr. Dasso ¿Qué reflexiones tiene para agregar?

***Ariel Ángel DASSO:** La predicción del futuro no es una ciencia sino una aventura. Quienes tienen la mayor capacidad para hacerlo son los historiadores, tal el caso de Harari, recién citado por Lito, a quien con ameno relato, e información prodrómica no trepida en adjudicar competencia para decidir el enigma cuyo sentido oculto no admite una conclusión científica.

Si asignamos a la inteligencia artificial plena capacidad para idealizar hasta la perfección una realidad plenamente satisfactoria en las distintas actividades de la humanidad, así en medicina, en el tránsito, en el derecho, en el orden, en la paz, todo será mejor y perfecto al extremo de, como en el caso del dispositivo que anunciará el futuro con mucha antelación, se podrán evitar todos los efectos no queridos. Sin embargo Lito intercala en su discurso una pregunta “*Serán los mismos principios que tenemos ahora los que regirán?*”, sin otros caminos para adivinar el futuro deja, dándole la casi imposible seriedad al tema, un colofón que admite solo como posibilidad enunciar algunos títulos, que pueden ser muchos enigmas más.

La segunda parte del discurso del querido hermano uruguayo pretende bajar del túnel del tiempo a la realidad de hoy y se expide con encomio

DECONOMI

respecto del Nuevo Código Civil y Comercial de nuestro país, que instala la unificación del derecho civil y comercial en el orden obligacional y contractual pero aun así advierte un sugestivo “*todavía hay un camino a recorrer*” y en esta materia alude al “tercer contrato” caracterizado por la desigualdad del poder negocial de las partes cuya situación es paradigmática del derecho del consumidor.

Es la deseable especial protección del pequeño y mediano empresario en la desigual relación contractual subordinada al poder dominante de la gran empresa aspecto este bienvenido en el Nuevo Código.

Y finalmente no se puede sino coincidir con él, en que los enigmas del *blockchain, del bitcoin* y el mundo digital nos llevan a otro terreno de contratación entre maquinas inteligentes sobre un contrato inteligente que la maquina inteligente depositaria de inteligencia artificial redacta, ejecuta, controla, por sí y ante sí, esto es en última instancia, “*cuyos costos se disminuyen notoriamente*”, afirmación esta sí imposible de corroborar. Tampoco será posible medir con las medidas de hoy los standars robóticos o digitales de mañana.

No cabe sino coincidir con Creimer en el señorío que las formas idiomáticas de negociación del derecho estadounidense han instalado ostensiblemente en el mundo del derecho al calor de la propia gravitación globalizada, incluida Europa en cuyo pretense universo las recomendaciones y directivas de la Unión y el Parlamento Europeo en el ámbito de una economía avanzada cabría adivinar con fundamento histórico que lo que allá ya pasó recién nos pasa -y sólo en parte- a nosotros.

Su intervención termina con tantas preguntas como están implícitas en el tema que le fue propuesto respecto de los cuales, con razón que comparto, afirma tratarse de planteos cuyas soluciones no son predecibles.

Quizás Harari, describa un futuro posible. Quizá Julio Verne o su reestructuración robótica hubieran podido hacerlo. Por ahora y estando recién en el inicio un mundo futuro en el que el vértigo impide la certeza la respuesta de Lito es incontestable: ¿Quién sabe?

***CHOMER:** ¿Hugo quieres agregar algo?

DECONOMI

***Efraín Hugo RICHARD:** El desafío que plantea el título impondría que fuera formulado a jóvenes juristas y no a los que estamos en etapa de despedida. La experiencia y nuestras originales predicciones hace 35 años en “El posible futuro del derecho mercantil”, al ser incorporado a la Academia de Córdoba han encontrado vías de respuesta en el derecho sustancial pero un evidente retroceso en el aseguramiento de esa sustancialidad: justicia lenta, excesivos formalismos alejan la verdad y la buena fe.

La historia no es precisa en la mente de un hombre, particularmente cuando las referencias no adquieren el carácter de una investigación histórica sino una suerte de dejarse llevar por recuerdos vívidos, que son parte de mí, aunque tengan cierta inseguridad temporal, particularmente al final de un camino donde se impone hablar con crudeza de lo que siento que nos aqueja.

El hombre no vive en un espacio vacío, y debe imponer lo que quiere hacer realidad en un medio determinado y contra la resistencia de su medio. El poder es en ese sentido la facultad de crear espacio para el propio desarrollo y afirmarlo, y con ello el afán de imponerse a la resistencia del medio. Esto vale ya en el dominio puramente espiritual. Cada estilo artístico nuevo, cada nueva teoría científica no es aceptada de antemano con beneplácito, sino que se presenta al principio como una interferencia molesta con las concepciones tradicionales y debe imponerse trabajosamente a la resistencia de éstas", como señalaba Otto Friedrich Bollnow, de Tübingia en “*Antropología Jurídica*”. Con el pensamiento precedente queremos expresar las dificultades que debe afrontar todo investigador, aún cuando vuelva la vista hacia atrás, buceando en principios generales del derecho, para retomarlos y reformularlos. Porque la visión sistemática lo es en poner en claro los fundamentos de la responsabilidad en el derecho privado, pero en sus modernas proyecciones. En tema de responsabilidad, la cuestión no es tanto nuevas normas sino poner en claro cual es el objetivo de esas normas: si penar o restablecer. El método de cambio, de construir el sistema jurídico a través de las relaciones de cambio, tanto en su génesis autónoma como en el cumplimiento heterónimo (a través del sistema judicial) está en crisis, concordando con las magníficas exposiciones de Lito y Ariel. Frente a su fracaso, o por lo menos frente a su cuestionamiento, aparece lentamente el método de empresa o de organización global, donde se intenta

DECONOMI

poner atención a los efectos que genera una relación entre partes frente a la comunidad o 3os. indeterminados. Ello es en particular en torno a las relaciones de organización, de los contratos para organizar emprendimientos y facilitarlos, como también de ciertas conductas nefastas en sociedades concursadas y en esos procesos.

Implica asumir la realidad de los efectos nocivos de la globalización financiera, unida a una entronización del economicismo improductivo en el país, presentando un instrumento de garantías máximas para el financiador, de auto satisfacción que acota riesgos que debería atraer capitales a bajo costo. Somos observadores de la realidad compleja –como requería Joaquín Garriguez a los comercialistas-, y en misión de itinerantes profesores –como he sido convocado- trato de mantener la vocación en el derecho como instrumento de cambio.

La justicia es lenta. Se realiza esta transformación con la postergación del derecho de los marginados, quiebras y desempleo, y se coloca a la economía al servicio de la economía misma, como algo centrípeto. La economía del azúcar sufrió ese proceso. Incluso con criterio paleocapitalista se pone al capital en el centro de la escena, postergando lo productivo, sin advertir que lo financiero es accesorio a esto, que el capital no produce riqueza y que sólo se justifica cuando acompaña al empresario ayudando a desarrollar su ideación y tomando sólo una parte de la ganancia.

Debe actuarse con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil versus Estado como lo plantea el neoliberalismo al decir de Anthony GIDDENS en *Consecuencias de la modernidad*. - Estamos acostumbrados a comprender el derecho como una proyección de nuestra subjetividad, lo hemos privatizado. Así actúa el gobernante que ignora el estado de derecho: las razones de Estado o sus razones le permiten hacer un derecho ad hoc, en nuestro país el derecho de la emergencia económica del propio Estado. Somos individuos antes que ciudadanos.

Decía Borges que las generalidades como el Estado o la sociedad nos parecen entelequias. El resultado es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley. Es que tenemos un derecho ambiguo, que cada uno cree hecho a su medida, y terminamos instaurando un “orden

DECONOMI

público de protección de la parte fuerte”, en ausencia de frenos y garantías. ... Quizá debamos pensar en la revolución de los intelectuales, normalmente alejados de la política, para desde una visión humanística, no alentados por ningún lobby o grupo de interés, obliguemos a repensar el país, determinando que no hay un solo modelo –máxime cuando este no se exhibe metodológicamente como un “modelo”- y que una revolución en paz a través del derecho es posible, justamente imponiendo el cumplimiento de normas fundamentales para la estructura y funcionamiento de un conjunto social, evitando que se acentúe la sectorización que vivimos. La formación de recursos humanos parece una tarea indispensable donde se une a la capacidad la donación del tiempo, la paciencia y la tolerancia.

En lo contractual quizá la electrónica, y su uso en la contratación actual, permita con su “memoria” imborrable resguardar ... , y no sólo dentro del derecho del consumidor, el comportamiento sucesivo de las partes en el cumplimiento de la relación –regla tradicional-, para asegurar la prueba, la verdad real, la buena fe, eliminando el abuso y el fraude. El cumplimiento ya es otra cosa... ¡Quién sabe!

***CHOMER a Ariel Angel DASSO:** ¿Cuáles son según tu criterio las notas distintivas del Derecho Concursal del presente, sus luces y sombras, y hacia dónde sería relevante que evolucionara en el futuro?

***Ariel Ángel DASSO:** En primer termino abordaré las “Luces y Sombras”. Un Derecho concursal es tributario siempre de la economía y en particular de la economía en crisis. A través del tiempo fue mutando de un cierto grado de permanencia a un estado de permanente mutación.

De la paz y el sosiego que admitían leyes que en nuestro país tuvieron periodos regulares de treinta años de intervalo y llegaron en Europa al centenario, como en el caso de la *Insolvenzordnung* de 1877 en Alemania, pasaron en un proceso de duración estable en el tiempo a la mutación permanente acorde con la excepcional volatilidad de la economía al conjuro de la globalización.

Se habló entonces de un derecho concursal en obras. A vuelo de pájaro las notas distintivas del derecho concursal actual comienzan el Siglo XXI

DECONOMI

entonces por la precariedad de los ordenamientos concursales, en permanente mutación y a la vez con la evanescencia casi total del carácter universal que ha variado también en su significación porque la sectorización en razón del carácter de especialidad de las regulaciones en función de los distintos presupuestos materiales: gran empresa, Pyme, agricultores, consumidores, industriales y comerciales según el ramo, y la extraordinaria ampliación del presupuesto material focalizado no ya en la insolvencia manifiesta sino anticipada a la crisis eventual, con su concepto más amplio que llega hasta la prevención evaluada por el propio deudor, nos coloca frente a un nuevo mundo que hace que lo que llamamos luces y sombras ni siquiera puedan ser definidas en un escenario que, para colmo de dificultades, está caracterizado en la época actual por la multiplicidad de derechos insatisfechos que convierten al derecho concursal en un crisol en el que las luces y las sombras cambian como artificios de un show detrás de un elemento de interpretación en el que el común denominador es la persecución del vertiginoso cambio del derecho trae su adecuación a la volátil realidad económica.

De todos modos, y advirtiendo que ya las intervenciones anteriores de Lito y Efrain han puesto de relieve muchos aspectos del nuevo derecho concursal en el que la economía de escasez es cada vez menos compatible con derechos insatisfechos permiten advertir el cambio de los paradigmas e incluso de lo que otrora fueron notas caracterizantes y homogéneas.

Las luces y las sombras se dan siempre por igual porque cuando satisface algún interés sectorial sin lugar a dudas provocará insatisfacción en lo que para otros será desmedro de su interés.

Los mismos cambios difícilmente se puedan categorizar en el sentido respectivo de sus bondades o de sus falencias pero siempre nos ha preocupado advertir las tendencias que van marcando cada vez con mayor celeridad notas caracterizantes del momento económico.

Los principios del Nuevo Derecho Concursal del Siglo XXI están asentados particularmente en un modelo legislativo, que había sido solo objeto de especulaciones doctrinarias pero que a partir del nuevo siglo y como resultado del indudable liderazgo económico, permeabiliza las nuevas leyes de reformas

DECONOMI

tanto en el derecho continental europeo como en Latinoamérica: la *Bankruptcy Act* que integra el Título 11 del US Code y en particular su famosa *Reorganization (Chapter 11)*.

Las principales notas caracterizantes pueden focalizarse en un intento de sistematización en:

- (i) la casi excluyente regulación de procedimientos conservativos y el descarte, por su probada ineficacia, del sistema liquidativo del cual hasta simbólicamente, se elimina la voz “quiebra” de su nombre ancestral;
- (ii) un nuevo bien jurídico tutelado: la empresa cuyo salvataje aparece con consideración prioritaria desplazando el interés de los acreedores;
- (iii) un nuevo presupuesto material: la crisis que abarca desde las meras dificultades hasta la inminencia de insolvencia constituida en instrumento útil en orden al acogimiento al remedio judicial antes que la insolvencia se encuentre instalada;
- (iv) un presupuesto subjetivo sectorizado lo que significa la evanescencia del principio de universalidad;
- (v) la tendencia a la desjudicialización del procedimiento con la postergación del Poder del Juez y la asignación del rol dirimente a los acreedores a través de comité o comités de acreedores con una pareja pérdida de gravitación de la asamblea;
- (vi) la admisión de los procedimientos extrajudiciales con distintas modalidades en todos los ordenamientos, dirigida a una facilitación de la reorganización en el ámbito privado pero, salvo excepciones, condicionada a la judicialización en orden a la producción de efectos concursales (*rectius*: vinculantes *erga omnia creditorum*);
- (vii) la marcada dilución del principio de la *par conditio omnia creditorum* producida por la categorización de acreedores concebida como potestad del deudor o bien tasada legalmente;
- (viii) la consideración de la regla *the best interest of creditors* concebida como hipótesis de mínima para la homologación de un acuerdo,

DECONOMI

significada por la condición de que el acreedor no reciba un valor inferior como resultado del mismo que el que hubiera de recibir en hipótesis de quiebra u otra hipótesis alternativa liquidativa;

- (ix) la intervención del tercero concebida como ultima *ratio* dirigida a concretar el tratamiento separado de la empresa viable respecto de su propietario, empresario ineficaz o infortunado, a través de distintas modalizaciones de procedimientos que asumen naturaleza de cesión forzosa de la empresa insolvente;
- (x) el poder judicial de *cramdown* o potestad de imponer un acuerdo como vía subsidiaria del fracaso del procedimiento preventivo ya fuere por incumplimiento de obligaciones legales impuestas al deudor ya fuere por la imposibilidad de obtener la homologación de un acuerdo,
- (xi) la aparición del tratamiento diferenciado de una nueva categoría: el acreedor involuntario;
- (xii) el reconocimiento del carácter prededucible del crédito a favor del financista institucional de última instancia al deudor en crisis y aún del préstamo del socio, esto último con ciertos límites porcentuales, *v. gr.:* Italia hasta el 80%; España hasta el 50%;
- (xiii) los incentivos para determinar comportamientos en la crisis dirigidos ya a los administradores en orden a la presentación oportuna, ya a los acreedores para requerir la formación del concurso;
- (xiv) el derecho concursal del consumidor regulado en base al presupuesto objetivo y presupuesto subjetivo propio a través de procedimientos administrativos o judiciales o mixtos con exaltación del poder judicial en orden a la homologación descartando la regla mayoritaria;
- (xv) la normativa específica aplicable a la sociedad cerrada o de familia, en crisis constituyendo un procedimiento en el que participan notas caracterizantes de la crisis de la sociedad personalista con las de capital (SA cerrada) ensamblada en protocolos de familia flexibles pero con el límite de las normas imperativas del derecho sucesorio.

DECONOMI

Razones de tiempo y espacio impiden explicar cada una de las características prevalentes de luces y sombras en un calidoscopio vertiginoso de un derecho concursal que por lo demás, a despecho de los claros esfuerzos en torno a su homogeneidad siempre mantiene características propias de cada economía por lo que es luz o por lo menos claridad en una zona o región puede ser a la vez sombra o espesa niebla coetáneamente en otra.

El común denominador es sin embargo la facilitación del acuerdo con base en el salvataje de la empresa para la continuidad de la actividad y el mantenimiento del empleo.

Ahora quiero referirme a “La sombra y la Crisis”. El derecho societario y el derecho concursal tenían ya una zona de concurrencia definida con precisión técnica en la incapacidad de la sociedad para hacer frente con medios regulares de pago a las obligaciones exigibles bajo el nombre “*insolencia*”. Se instaló así la convicción de existencia de una zona de equilibrio inestable entre el estado patrimonial regular u ordinario, *in bonis*, y la opuesta insuficiencia de medios e instrumentos para superar las dificultades, *in malis*.

La convivencia de los dos ordenamientos nunca fue totalmente pacífica, no existía consenso en la definición de los respectivos presupuestos materiales u objetivos ni en los presupuestos subjetivos lo cual constituía en una última instancia el reconocimiento de dos modelos vecinos.

La sociedad, instrumento ordinario del mundo capitalista, fue perdiendo su carácter eminentemente típico y el número cerrado de las formas legalmente predeterminadas fue cediendo paulatinamente hasta desaparecer, en correspondencia con un avance sostenido del principio adverso a la tipicidad, la autonomía de la voluntad y consecuente libre elección de formas colectivas o unipersonales.

En el derecho concursal se produjo también una notable mutación en su presupuesto material que desde la insolencia, prácticamente identificada con la cesación de pagos, se desplazó, progresivamente con mayor dinamismo a otros conceptos generados por la necesidad de prevención del hecho material de la insolencia o cesación de pagos anticipando, por vía de la incorporación de presupuesto material focalizado en la “*crisis*”, económicamente previo a la

DECONOMI

efectiva materialización de hechos tasados como definitorios del incumplimiento de las obligaciones exigibles.

El antiguo debate y la preocupación en orden a la mejor solución del ordenamiento societario o la del derecho concursal en la zona de sombras quedó entonces definido con el reconocimiento de la crisis, cuyo amplio campo dogmático corresponde al derecho concursal del que pasa a constituir su presupuesto material.

La zona gris (*twilight zone*) en la que antes concurrían el derecho societario y el derecho concursal aparece así marcando lo que Karsten Schmidt definió como título de su reciente conferencia en el Congreso Argentino Germano en Derecho Económico Empresarial, celebrado en nuestra Ciudad de Buenos Aires, en febrero de 2019, bajo el título “*El derecho societario y la intromisión del derecho concursal*” en cuyo largo contexto dedicó particular detenimiento al modélico caso de la regulación de su país: tanto la Ley de S.R.L. (GmbHG) art. 64, como la Ley de Sociedades Anónimas (AkpG) art. 9 establecieron la obligación de los administradores de solicitar la apertura del concurso dentro de las tres semanas desde la constatación de la insolvencia, cuyo incumplimiento obliga a los administradores restituir a la masa todos los pagos realizados con posterioridad. El desplazamiento de dicha normativa dispuesto por la ley MoMiG al art. 15 de la InsO significa el claro reconocimiento de la competencia del derecho concursal en todo el campo de la sociedad en crisis entendiendo por tal a partir, no sólo como antaño, de la cesación de pagos, determinada en fecha cierta, sino mucho antes, cuando los administradores realicen el juicio prospectivo de la “posibilidad del incumplimiento” en la zona gris de la crisis, amenaza o mera posibilidad de insolvencia.

A partir del relato histórico concluye que el derecho concursal modernizado, llega allí donde no alcanza el derecho societario, y en la apoyatura pragmática corrobora el nuevo dogma, con el reciente caso de la famosa editorial *SchurKamp*, sociedad colectiva en la que un socio minoritario, con derechos especiales, dificultando sin intermitencias la gestión, paralizó la conducción de la empresa: “*la dirección se defendió con un pedido de concurso, cuyo efecto fue espectacular. En el proceso de planificación se transformó en sociedad anónima y el socio minoritario molesto resultó degradado a simple*

DECONOMI

accionista sin los molestos derechos especiales que tenía en la empresa transformada.”

Pone el acento en destacar que bajo las normas del derecho societario, este efecto no hubiera sido posible y concluye “*Dónde el Derecho Societario no llega a la meta, el derecho concursal es su ayuda*”. Quedó instalado desde entonces bajo el rubro modélico de “concurso estratégico” para asignar al paradigmático caso una consecuencia que constituye el título de la lección magistral: el derecho concursal ha avanzado sobre cuestiones clásicas del derecho societario.

***CHOMER:** ¿Alguna reflexión Creimer?

***Israel CREIMER:** Ante una afirmación que el derecho concursal iba a desaparecer, manifesté que no lo creía inminente. Tiene 800 años seguros y no creo que tan fácilmente se pueda enterrar. Si nos remontamos al Derecho Romano, lo podemos datar mucho antes.

Ariel se ha adelantado a un tema que sin duda abordaría Efraín Hugo: las “Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal”, que fue la temática en que nos llamaron a intervenir en el XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, realizado en Viña del Mar – República de Chile-, exactamente la semana pasada, integrando un panel junto a Juan Esteban PUGA (Chile), Mariano Möller (México), Daniele VATTERMOLI (Italia) y Efraín Hugo RICHARD, que afrontamos bajo una premisa básica que nos propusimos: “Mirar con amplitud el sistema jurídico para afrontar las crisis”, no limitándose al proceso concursal, pues es un tema que concentra la atención de muchos Miembros del IIDC y a la doctrina mundial, y ahora aquí. Y concordábamos en las meditaciones conclusivas con Ariel en que el objetivo era la conservación de la empresa viable con intervención temprana ante la visualización de la crisis, extraconcursal o concursalmente.

El concurso preventivo, la reorganización o la quiebra de sociedades impone una integración sistemática y congruente de las normas societarias y concursales. Las condiciones de la administración, capitalizaciones, la viabilidad de la actividad, la posición de los socios y de los acreedores, la posibilidad de capitalización, incluso de pasivo, la posibilidad de generar

DECONOMI

responsabilidad por acción u omisión a los órganos sociales o a los grupos de control, así lo imponen. Que la administración debe velar por detener en lo posible el proceso de empobrecimiento del patrimonio social inherente a la insolvencia en relación con el interés general de los acreedores. Que la inquietud, largamente incubada, referente a que el procedimiento de insolvencia no debe ser una única herramienta para sortear la insolvencia o disminuir sus efectos, ha venido rindiendo sus frutos; existen diferentes ideas o planteamientos para lograrlo; pero lo relevante es que existe una fuerte tendencia para alcanzar dicha finalidad.

La crisis de sociedades hace pensar en responsabilidad, de no ser debidamente afrontada, pero ello no debería ser diferente a las premisas de la teoría general de la responsabilidad.

La culpa debe ser sancionada con los institutos de la Ley de Sociedades. El administrador concursal debe tener legitimación activa a tales efectos. Hugo siempre insiste en ello y lo ha hecho en ensayos presentados en libros colombiano y uruguayo abiertos en Viña del Mar: “Pensando ahora para Argentina y Uruguay que deberá darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a prevenir ex ante, o producido el daño, ex post, bucear sobre acciones de responsabilidad. Pensamos que el problema central a afrontar por el derecho de crisis o de la insolvencia debía pasar por la organización societaria, como forma de preconcursalidad o concursalmente para su organización interna o externa”.

Es que, como siempre que puede recomendar Richard, si se aplica bien el derecho societario, no hay porqué –en muchos casos- acudir al concurso. Ahora si el deudor entra en un proceso concursal, no se debe presumir que sea un grave infractor. Hay que analizar las circunstancias. Esto no es óbice de que cuando haya dolo, se le inculpe penalmente.

En general estoy en contra de la penalización por calificación del concurso, como lo reguló Uruguay, basta recurrir a los principios generales del derecho.

En el panel de Viña del Mar se destacó el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil italiano - introducido por el Art. 375 del Código de la

DECONOMI

Crisis (y ya en vigor) - bajo el cual: *"El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad"*. Deber reiterado en el artículo 3, apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: *"El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas"*. Parece ser que el deudor tiene un verdadero *"deber de reestructurarse"*.

***CHOMER: ¿Alguna apostilla Richard?**

***Efraín Hugo RICHARD:** Aspiro a una mejor enseñanza del derecho societario de crisis, tanto en las Cátedras de Derecho Societario como en las de Concursal, con una atención doctrinal y jurisprudencial sobre el mismo, conforme postulan Karsten Schmidt, Alesandro Nigro y tantos otros, distinguiendo esa crisis de la de las personas humanas, lo que las normas no hacen.

Hoy sin duda vivimos una crisis social de la que no puede escapar el mundo empresarial, y sobre lo que vengo reclamando hace 25 años el tratamiento de las "crisis societarias". Coincido en general con Ariel, entre algunas salvedades la referencia al criterio del límite de lo que se obtendría en la liquidación, pues ello es propio para las personas humanas donde el riesgo es a cargo de los acreedores, y no de sociedades donde el riesgo y las pérdidas son por su esencialidad a cargo de los socios, lo que refrenda el informe Winter. Amplio la salvedad a lo introducido por el art. 150 del Código Civil y Comercial sobre la preminencia de normas imperativas societarias sobre la ley concursal de corte procesal.

Ante la crisis esperamos de los hombres un signo providencial que resuelva nuestras crisis. Pero tenemos que pensar de otra forma: en mirar los problemas desde la realidad y afrontar el análisis desde la sistematización normativa, para aceptarla o cambiarla.

DECONOMI

Creo, ha quedado de resalto en anteriores exposiciones, hay un divorcio del derecho sustancial societario, de la funcionalidad societaria, en los procesos concursales de sociedades.

Se imponen algunas reflexiones sobre las resistencias al cambio. Particularmente en construir un derecho societario de crisis, las relaciones entre las normas imperativas del derecho societario y el proceso concursal, y por lo acotado del tiempo remito a lo expresado por Lito y al panel de Viña del Mar, cuyo contenido se editará. Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice “Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”. Corresponde a Olivera Amato.

Enfrentamos un problema metodológico: no podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas imperativas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países.

La vía concursal intenta en muchos casos una “donación” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores, observación que desaparecería sí –pese a no asumir la sociedad de recapitalización como impone el art. 96 LGS- en el “esfuerzo compartido” –aspecto que me conceden algunos doctrinarios, algunos aquí presentes- para mantener las “quitas” se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio.

Creo que hoy debe trabajarse intensamente sobre un derecho societario de crisis, partiendo de las disposiciones de la ley societaria, de la teoría general de la responsabilidad, de la legislación concursal, el Código Civil y Comercial, e incluso el Código Penal.

Decía Francesco Fimmano “La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia

DECONOMI

de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismo para obtener la financiación interna, y –eventualmente agrego- la capitalización del pasivo.

El camarista rosarino Edgar Baracat señaló la existencia de dos escuelas en aspectos de las crisis societarias y su abordaje por el derecho concursal en nuestro país, una clásica de importantes juristas que atienden a un derecho concursal procesal, y otra compartida por un pequeño núcleo de colegas que intenta una visión sustancialista inspirada por los arts. 2 y 150 del CCC. Justamente en el VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, realizado en Tucumán en septiembre de 2012, con el Profesor Emérito Juan Carlos Veiga sostuvimos “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de Sociedades”, para luego recalcar en “Pensar en Derecho” con nuestro ensayo “El Contradercho o las prácticas contra legem en el proceso concursal de sociedades”.

El art. 52 ap. 4 introducido en el año 2002 en la Ley concursal de 1995 impone que el juez en ningún caso homologará un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley societaria, y por eso reiteramos nuestro desacuerdo en la posibilidad de transferir a los acreedores que no lo hayan aceptado en forma expresa la asunción de las pérdidas que son a cargo de los socios conforme el art. 1 de la ley específica.

Todo un desafío que espero se asuma.

***CHOMER a RICHARD:** ¿Cómo ha sido la evolución del derecho societario argentino desde los tiempos de su origen, cómo ves su presente y hacia dónde vamos?

***Efraín Hugo RICHARD:** Inicie mi carrera cuando la personería jurídica se otorgaba a la S.A. por decreto presidencial.

Desde el 69 empezamos a analizar la que sería la ley de sociedades que aún con cambios nos rige desde 72. En 1977 realizamos el primer Congreso en Córdoba sobre Derecho Societario que venimos repitiendo trianualmente en nuestro país. allí se fundaron las reformas del 83. En ese momento ya trabajamos sobre las relaciones de organización personificadas o no, y en la unificación, en Senado en los 80, luego la Comisión Federal en el 93 y desde el 92 en una Comisión de Sociedades, llamada por el Ministerio de Justicia, con Le

DECONOMI

Pera y Fargosi –un emocionado recuerdo-, Araya, y otros más, introducíamos la Sociedad por Acciones Simplificada con prohibición de expresar el monto del capital, pues lo importante era el patrimonio ¡Que premoniciones!

La unipersonalidad flotaba, y la afirmábamos en la devenida. Los fundamentos fueron recibidos por el CCC, no están basados en la limitación de responsabilidad sino en la protección de los acreedores propios de la actividad empresarial.

En 2012, con Rafael Manóvil y Horacio Roitman, introducimos la sociedad simple que es un anticipo de lo que se afirmó normativamente con la Sociedad por acciones simplificada. Se soslayó la tipicidad de segundo grado para afirmarse en una personalidad reconocida jure et de jure con la inscripción, u otra que debe ser probada –art. 22 LGS-.

Remarcamos un sistema de contratos asociativos no personificadas, que en la práctica son exorbitados erróneamente. Pues en esos contratos de organización las sociedades no pierden su autonomía, no se altera la representación orgánica sino que se otorga una representación voluntaria a los efectos del contrato. Correlativamente apunte a los negocios en o con participación, hoy aparecen el préstamo participativo del art. 1531 CCC y las acciones sectoriales en el art. 161 del Anteproyecto vinculadas a un específico negocio. Fueron y son la premonición del cambio de un capitalismo financiero a un capitalismo emprendedor.

Insistía en la conservación de la empresa viable desde el año 1981. Un tema central es la planificación y la sociedad en crisis, abordadas en el 2015 por la reforma al art. 100 LGS, y vinculado a esa viabilidad o desarrollo, es la obtención de capital para el desarrollo, pre o post crisis son los negocios en participación y las acciones sectoriales en el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades, tema que hemos tratado desde hace muchos años con Jorge Fushimi. Las sociedades pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un

DECONOMI

fideicomiso. Estos negocios parciarios o sectoriales, pueden ser objeto de titulización a través de acciones que permitan a inversores (y a los propios accionistas), participar de los mismos, limitándose su participación sólo a esas actividades.

Nuevos medios de financiación para asegurar el capitalismo emprendedor, y una respuesta procesal efectiva, para respaldar lo que sostengo y lo seguiré haciendo: libertad bajo responsabilidad. Ese Proyecto de Ley General de Sociedades afianza esas ideas. Su análisis limará algunos aspectos para asegurar su congruencia con esos principios. Los excesos no se aseguran sino se hace prontamente efectivo el reequilibrio. Por eso convocamos a un nuevo Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa para el 3 de octubre de 2022 en la Ciudad de Córdoba, donde sin duda seguiremos analizando las buenas respuestas en el Código Civil y Comercial, de la Ley General de Sociedades y del Proyecto referido si aún no ha sido sancionado.

Si bien me han pedido que centre mis comentarios en aspectos societarios, no puedo dejar de referirme al Código unificado en orden a la nueva regulación de las Personas Jurídicas, la prioridad de normas imperativas del art. 150 y normas congruentes e integratorias sobre responsabilidad, como en arts. 99 LGS y 167 CCC, y la regulación de los contratos asociativos no personificados –art. 1442 y ss.- y la libertad en su configuración, al igual que la contemporánea Ley General de Sociedades consagrando el negocio unipersonal constitutivo – perfeccionado en el Anteproyecto- y la sociedad simple, que fue el germen de la configuración posterior de las SAS y de modos de financiación especiales contenidos en los negocios de o en participación.

La materia jurídica siempre implica un desafío a los intérpretes, a la judicatura. La respuesta del derecho más que aumentar la complejidad de las normas debería ser la de reducir metodológicamente las cuestiones a géneros comunes, a principios generales. Ese desafío ya lo había asumido el Codificador Vélez Sarsfield citando a Ortolan en nota al art. 973 C.C. apuntaba “...Los progresos de la civilización, agrega, espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia y las trasladan al dominio de la inteligencia.” Hay que seguir trabajando sobre las relaciones de organización...

DECONOMI

Se evita la reflexión epistemológica tratando de esparcir conceptos separados o discontinuos, aislados del contexto, de sus incidencias en lo social. El derecho no se puede construir en la dogmática de la abstracción, de espaldas al hombre, como erudita ilustración, conforme critica Reinhart Koselleck en “Historia Magistra Vitae” sino dentro y no fuera del fenómeno social, como orden del orden social pretendido, y el jurista no puede ser neutral en torno a ello.

Sugiero integrar el sistema jurídico conforme nos mandan los arts. 2 y 150 CCC, ayudando a los jueces en el cuidado de las sentencias homologatorias impuesto por el art. 52 ap. 4 LCQ, conforme la modificación requerida por la propia judicatura.

***CHOMER:** ¿Algunas reflexiones sobre estos aspectos Dr. Creimer?

***Israel CREIMER.** En cuanto a la prédica de Efraín de que, bien aplicado el derecho societario evitaría en muchos casos el concurso, estuve de acuerdo. Lo que pasa es que el derecho societario se aplica mal y no hay un sistema sancionatorio apropiado. El empresario descapitalizado o que va perdiendo en su cuenta de resultados todos los años, muchas veces es un optimista. A veces le va bien y si le va mal, sus acreedores que confiaron en él, pero que también ganaron cuando estaba *in bonis*, suelen ser los que pierden.

En mi práctica profesional, generalmente los concursados son ilusos. Habrá también delincuentes, pero son menos y yo no los patrocino.

***CHOMER:** ¿Dr. Dasso alguna reflexión?

***Ariel DASSO:** Si y sin duda me voy a desbordar en el tiempo por lo expresado antes y ahora por Richard... Siempre disentimos cordialmente pese a nuestra profunda amistad.

El derecho societario, exhibió, respondiendo a las exigencias de la realidad económica, una excepcional variedad de formas o tipos de categorías de empresa potenciando la prevalencia de la sociedad anónima como tipo idóneo para la actividad de la gran empresa con una gran base accionaria, aplicada más que a la administración a la rentabilidad y, paralelamente en un sentido cuantitativo inverso las llamadas pequeñas y medianas empresas, con pocos socios interesados fundamentalmente en la administración remarcando

DECONOMI

características personalistas absolutamente diversas en su esencia, sin embargo ambas, reguladas por las normas prevalentemente imperativas de los dos tipos de sociedades de capital: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

La mitad del Siglo XX comienza marcando sus diferencias y destacando sus diversidades distinguiendo la sociedad cotizada de la anónima cerrada, aquellas involucradas en el interés público y la intervención estatal en tutela del inversor en el mercado de capitales y estas internamente mostrando el efectivo ejercicio del poder en los administradores constituyendo lo que Jhon Kenneth Galbraith llamó “*la tecnocracia ejecutiva*” que separa al propietario (socios –accionistas) de la gestión y ejecución.

La doctrina distingue dos tendencias opuestas respecto del carácter *imperativo* de las normas aplicables a las sociedades cotizadas en razón de su sustento en el ahorro público, frente a un paulatino avance de la normativa *potestativa* en la constitución, funcionamiento y autofinanciación de las sociedades cerradas.

La tradicional separación dogmática entre sociedades de capital, *intuitu pecuniae* con característica la responsabilidad del socio o accionista limitada al aporte y sociedades personalistas, *intuitu personae* con responsabilidad ilimitada, rompió los compartimentos estancos y a semejanza del derecho anglosajón nacen sociedades híbridas, personalistas con responsabilidad limitada e, inversamente, de capital con responsabilidad ilimitada, combinando así características que eran solo propias de las respectivas categorías.

El derecho societario estadounidense es la fuente de las sociedades de personas con responsabilidad limitada cuya nota distintiva es la libertad contractual y la limitación de riesgo de los socios. La *Limited Liability Partnership* (LLP), sociedad colectiva, personalista elimina la característica responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales igualándolos a los accionistas o socios de la sociedad de capital pero manteniendo la autonomía clásica de las sociedades personalistas.

DECONOMI

También en los Estados Unidos se originó el primer estatuto de las llamadas *Limited Liability Companies* (LLCs) que, nacidas con caracteres de rigidez del tipo, experimentó sucesivas reformas que terminaron caracterizándola como la de más amplia flexibilidad constituyéndose en la forma más reclamada para las llamadas compañías cerradas.

La combinación entre la amplitud de las cláusulas contractuales propias de las sociedades personalistas con el beneficio de limitación de responsabilidad característica de las sociedades de capital se originó en orden al ejercicio profesional liberal y se extendió a las compañías con cualquier objeto social.

Thierry Monteran en *Gazette du Palais* nº 8, 2015 fue quien primero puso énfasis en dos hechos que caracterizan el derecho mercantil del Siglo XXI focalizándolos en el nuevo concepto de patrimonio, antes constituido en atributo de la personalidad jurídica y *ÚNICO centro de imputación* de las obligaciones activas y pasivas del titular y ahora abierto a la admisión de *plurales patrimonios separados* constituidos en centros imputativos distintos, estimulante de relaciones y derechos con la limitación de responsabilidades sectoriales independientes entre sí y del patrimonio propio del único titular.

Correlativamente en el ámbito concursal, siguiendo el derecho estadounidense, con aplicación de la categorización de acreedores desaparece en su significación pura el ancestral principio de la *pars condicio creditorum*.

El jurista de Montpellier adjudica a la evanescencia del principio unitario del patrimonio y a la dilución de la *pars condicio*, el carácter de “*agresión brutal a los principios*”, resumiendo casi gráficamente lo mismo que Kuhn llama “*cambio de paradigmas*”.

Entre esos cambios no debemos dejar sin cita, la notoria afirmación de su significado *ad intra*, esto es en la relación de la sociedad y los socios y estos entre sí, denominada “*función de organización*” en contraste la legislación y la doctrina muestran el reconocimiento de la inutilidad de la llamada “*función de garantía*”³⁰ a los acreedores sociales, dado que la base significada por las

³⁰ NOTA DEL EDITOR: Antes de fin de año, en la Ley de Emergencia Económica, se suspendió la causal de disolución por pérdida del capital social, reiterando lo acaecido en 2002, hasta el 31

DECONOMI

reglas del capital mínimo han desaparecido en los nuevos tipos o formas societarias en todas las cuales se admiten montos mínimos, carentes de significación económica para su constitución, así la SRL con capital de un euro regulada en Francia, Italia, Portugal o bien con capital mínimo en otros ordenamientos societarios en Alemania, Bélgica entre otros.

En nuestro país el ordenamiento de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) establece un capital de constitución equivalente a dos salarios mínimos cuya carencia de significación neutraliza el reconocimiento de su condición variable, aplicada de ordinario en sustitución del ineficiente sistema del capital mínimo. Más aún, la nueva sociedad Plataforma de Financiación Colectivo (PFC), creada en la misma ley de SAS, sustituye la existencia de capital mínimo por un patrimonio de constitución variable anualmente con adecuación a las características coetáneas de la actividad en curso.

La función de organización aparece consolidada en contraste con el descarte de la función de garantía frente a los acreedores sociales, cuya problemática se limita hoy a la búsqueda de los medios alternativos que puedan resultar idóneos en el escenario del Siglo XXI, cuando se admite en doctrina y legislación, en que las reglas del capital mínimo aparecen incompatibles por su insignificancia sin que además exista en la regulación la posibilidad real en orden a que la *cifra* del capital inscripto en el acto de constitución guarde correspondencia ni siquiera cercana con la estructura financiera y patrimonial de la sociedad, a cuyo respecto ya la llamada “Directiva del Capital” de la Comunidad Europea del 13 de diciembre de 1976, había puesto particular énfasis en la insuficiencia de la exigencia de capital mínimo para asegurar la “*capitalización*” superadora de la *infracapitalización*, lo que constituye confirmación respecto de la imposibilidad de su aprehensión dogmática como regla porque la realidad del negocio, y sus exigencias económicas constituyen componentes variables e inciertos que impiden prever las necesidades, en orden a la previsión de los recursos propios o ajenos suficientes para garantizar los

de diciembre de 2020. El Profesor Richard ha editado ya un ensayo sobre el tema que puede verse en www.acaderc.org.ar “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONFIGURACIÓN DE SOCIEDADES. LAS NORMAS IMPERATIVAS Y LAS CRISIS PATRIMONIALES CON LA SUSPENSIÓN DEL ART. 94.5 LGS POR LA LEY DE EMERGENCIA”

DECONOMI

derechos de terceros en relación a la dimensión del negocio y al riesgo de la actividad implicada en el objeto social o en su mera actividad.

Lo expuesto guarda y directa relación con la temática referida a la responsabilidad de los administradores en el periodo *in bonis* propio del derecho societario y en el de crisis o *in malis*, materia exclusiva y excluyente del derecho concursal, al que hemos dedicado ya múltiple literatura, cursos y conferencia

***Efraín RICHARD:** Pido un minuto frente a los largos minutos que excedió mi querido amigo Ariel, primero para alabar su visión comparatista, aunque no se ha referido a las normas imperativas en nuestro derecho positivo, y que aparentemente no haya controvertido mis afirmaciones. Pero particularmente como se ha referido, como se ha referido, a lo que Karsten Schmidt expuso en esta sala hace pocos meses, quiero leer lo que publicó inmediatamente, en tres líneas para fundar mi posición y refutar lo que ha expresado mi querido amigo Ariel: Karsten Schmidt hace pocos meses decía en este recinto las dificultades de la enseñanza de ese tema en Alemania, que la legislación concursal fuera unitaria para personas humanas y jurídicas, y sobre 270 normas sólo 7 estaban dedicadas a las sociedades, y su predilección a la capitalización, y que las crisis societarias fueran solucionadas en silencio... para concluir textual *“Pero mi lema sigue siendo “Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio”, sería bueno que siguiera siendo así”*.³¹ Parece una buena idea para iniciar un debate...

***CHOMER:** Muchas gracias, creo personalmente y por los aplausos que se ha cumplido el objetivo al convocarlos a este conversatorio, nos dejan temas a meditar, con acciones concretas. Mientras advierto que nuestros invitados se están dando un abrazo, convoco a Marcelo Barreiro, Presidente del IADC a subir al escenario para entregarles plaquetas de reconocimiento a los tres “noveles” juristas que nos han deleitado expresando sus pensamientos y experiencias.

³¹ NOTA DE EDICIÓN: El Dr. Efraín Hugo RICHARD había presentado antes un ensayo para el libro en homenaje al Profesor Alemán Karsten Schmidt “El concurso de Sociedades”, en prensa.

DECONOMI

“Desarrollo Sustentable, Ambiente y los Desafíos Socio-económicos para el Mundo y Argentina, en los tiempos posteriores a la Pandemia del Coronavirus”

por Juan Rodrigo Walsh

“Mañana, y mañana, y mañana se arrastra con paso mezquino día tras día hasta la sílaba final del tiempo escrito, y la luz de todo nuestro ayer guió a los bobos hacia el polvo de la muerte. ¡Apágate, apágate breve llama! La vida es una sombra que camina, un pobre actor que en escena se arrebató y contonea y nunca más se le oye. Es un cuento que cuenta un idiota, lleno de ruido y de furia, que no significa nada.” (Macbeth, William Shakespeare)

1. Introducción

La irrupción del COVID 19 en la vida humana ha sido sorprendente, vertiginoso y arrollador, tanto por la velocidad con la que se ha propagado por el mundo, como por las consecuencias prácticas, directas e inimaginables que ha hecho apenas unos meses. Mas que cisne negro, término utilizado en la jerga financiera para describir un evento repentino e inesperado, la crisis sanitaria y económica desatada por el Coronavirus en el mundo actual, se asemeja más a un “rinoceronte gris”, o quizás un dinosaurio negro, ¡¡¡por su impacto inusitado y extenso de los alcances en toda la vida humana!!.³²

³² El término cisne negro fue acuñado por Nazim Nicholas Taleb, con un libro homónimo “The Black Swan”, referido a eventos o circunstancias que son altamente improbables, pero que, en el evento que se producen, tienen consecuencias altamente negativas y que suelen ser ignoradas o pasadas por alto hasta que es demasiado tarde para adoptar medidas de mitigación. El rinoceronte gris es un término creado por otro analista financiero, Michele Wucker, en su libro ‘The Gray Rhino: How to Recognize and Act on the Obvious Dangers We Ignore’ para describir situaciones que, si bien pueden resultar obvias, son ignoradas en forma deliberada por muchos analistas, hasta que ya es tarde para adoptar recaudos. La autora desarrolló el término durante la crisis de deuda argentina en 2001, donde señaló que las inconsistencias macroeconómicas argentinas tornaban inevitables una cesación de pagos, por lo que recomendaba una reestructuración temprana. Wucker también asimila el término a la burbuja financiera de 2008, desatada por las hipotecas norteamericanas sobrevaluadas o a crisis desatadas por desastres naturales, incluso donde inciden causas tales como el cambio climático. Las recomendaciones de Wucker fueron ignoradas por casi todos, hasta que la crisis inevitable se desató con los efectos conocidos por todos. Ver <https://www.marketwatch.com/story/what-is-a-gray-rhino-and->

DECONOMI

En diciembre de 2019, se reportaban los primeros casos del virus en Wuhan, China, pasando desapercibidos en el resto del mundo, hasta que, en febrero de 2020, la proliferación de casos en Europa, Norteamérica y otros países asiáticos, encendieron las alarmas a nivel global, precipitando las respuestas políticas y el pánico en la opinión pública.

La vertiginosidad del fenómeno sorprendió a casi todos los analistas e incluso revela la escasa coordinación y articulación a nivel internacional, en claro contraste con otras circunstancias pasadas semejantes, como fue, por ejemplo, la crisis financiera del 2008. Esta escasa articulación es también un motivo de preocupación con miras al futuro y a la construcción de alternativas superadoras, atendiendo a desafíos colectivos de largo aliento, como son, el calentamiento del clima, las tensiones por el agua, la desertificación o la pérdida de diversidad biológica.

A su vez, es un reflejo de un resquebrajamiento en el orden mundial imperante desde mediados del siglo pasado, en donde, finalizando la segunda guerra mundial, se sentaron las bases para un sistema internacional, basado en reglas de acción colectiva y la consolidación de una institucionalidad internacional, centrado en la ONU, los organismos multilaterales de fomento y crédito asociados a ella y el conjunto de reglas que conforman el derecho internacional en vigencia hasta la fecha.

Sea el COVID 19 un Cisne Negro o un Rinoceronte Gris, importa poco para la actual coyuntura. Si bien nadie lo esperaba, o al menos pocos vislumbraban los alcances y la velocidad con la cual la pandemia ha puesto en jaque a la economía global, el fenómeno ha puesto en cruda relevancia algunas de las tensiones sociales, económicas, geopolíticas y ambientales presentes en el mundo contemporáneo.³³

[why-are-they-so-dangerous-to-investors-5-questions-for-michele-wucker-2019-01-23](#). Sitio accedido por ultima vez el 21/04/20

³³ Son conocidas a esta altura la alerta de algunos analistas y referentes sobre las implicancias paralizadoras que podría tener una enfermedad altamente transmisible para la economía mundial, como es el ejemplo de lo manifestado por Bill Gates, fundador de Microsoft, filántropo y actual titular de la Melinda & Bill Gates Foundation, en una charla celebre dictada en la plataforma TED en 2015, donde alerto sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas para acotar enfermedades transmisibles y con efectos potenciales negativos. La referencia la hizo

DECONOMI

En cierta manera, es una alerta y llamada de atención a las diversas amenazas y circunstancias que, si bien afloran con agudeza en estos tiempos, ante lo inmediato de la crisis sanitaria, se venían asomando con cada vez mayor nitidez a lo largo de los últimos años y con creciente urgencia en este nuevo siglo.

El COVID 19, es, por lo tanto, un disparador o catalizador que nos obliga a ponderar e incluso repensar algunos de los desafíos profundos que subyacen el funcionamiento de la economía actual y nuestras sociedades, donde convergen los planteos y cuestionamientos referidos a la economía, el funcionamiento de las instituciones políticas e incluso los alineamientos geopolíticos que se reconfiguran.

En todos estos escenarios de tensión agonal, en lo económico, social, institucional y político, asoman dimensiones que hacen a los aspectos ambientales asociados en forma transversal a todas las facetas. La población global humana se enfrenta en la actualidad a una suerte de interpelación o imputación que nos hace la Naturaleza, a raíz de las consecuencias derivadas de la dominancia y supremacía que ha impuesto nuestra especie en todo el planeta a lo largo de mucho tiempo, y en particular a partir del momento en donde la historia ha sido marcado por una visión unidireccional de crecimiento y desarrollo sin limitaciones fácticas o morales.

Este entrelazamiento estrecho entre la actividad humana en su conjunto o su “huella ambiental” sobre los ecosistemas y recursos naturales del planeta, constituye un elemento gravitante en casi todas las discusiones que se dan en la actualidad sobre desarrollo y crecimiento económico, sustentabilidad económica y social, equidad intergeneracional, patrones de ocupación del territorio, utilización de la energía, junto a otras cuestiones tales como la desigualdad económica y el fenómeno de la brecha creciente entre niveles de ingreso en muchos países del planeta.

El debate entorno a la interrelación entre desarrollo económico y su viabilidad o factibilidad ambiental, se cruza e intersecta inevitablemente con

pocos meses después de producirse un brote del virus de Ebola en el continente africano. Ver https://www.ted.com/talks/bill_gates_the_next_outbreak_we_re_not_ready?language=dz

DECONOMI

polémicas entorno a los modelos de organización política más adecuados para asegurar caminos futuros que permitan armonizar la vida humana en el planeta con la tutela de los ecosistemas que la sustentan.

Interrogantes tales como ¿es viable mantener la democracia liberal, o la libertad de mercado, como paradigma de organización política y económica, frente a desafíos que exigen visión de largo plazo y un accionar estatal protagónico? ¿Se pueden reconciliar las libertades individuales tan centrales para las democracias occidentales, con medidas de claro corte autoritario o totalitario, que se adoptan en nombre de la eficiencia administrativa o la aparente superioridad de una tecnocracia asistida por la inteligencia artificial? Estas preguntas y otras similares, están a la orden del día y se presentan con cada vez más frecuencia, tanto en los debates académicos, como en las discusiones políticas cotidianas.

Veamos por partes algunas de las cuestiones bajo debate en esta compleja trama enhebrada de temas interrelacionados:

2. El Paradigma del Crecimiento *ad infinitum*

La Humanidad ha visto un periodo de crecimiento y prosperidad inusitada a lo largo de los últimos 3 siglos, en un claro contraste con lo que ha sucedido a lo largo del resto de la historia de la especie sobre el planeta.³⁴

Más allá de los planteos sobre la creciente desigualdad y la existencia de grandes franjas de pobreza en muchos lugares de la Tierra, los hechos objetivos demuestran que el incremento del bienestar y la riqueza de vastos

³⁴ La población humana, desde la evolución de *homo sapiens* hace medio millón de años, se mantuvo estable en aproximadamente un millón de habitantes a lo largo de la evolución de la especie, incluyendo su expansión desde la cuna en África, con sucesivas migraciones hacia Europa y Asia, hasta la denominada revolución agrícola, alrededor de 10.000 años antes de la era cristiana, dando luego un salto exponencial alcanzando una cifra de 170 millones para el comienzo de dicha etapa. Desde este momento, el crecimiento poblacional se da de manera paulatina, a lo largo de unos 1700 años, con un despegue en el crecimiento a partir de la revolución industrial, pasando en apenas un siglo de tiempo de unos 2000 millones de habitantes, a la actual población de 7700 millones en todo el planeta. Ver https://www.youtube.com/watch?v=PUwmA3Q0_OE&t=62s Documental elaborado por el Museo Americano de Ciencias Naturales en 2015 (American Natural History Museum)

DECONOMI

sectores de la humanidad es inconmensurable, cuando se lo contrasta con cualquier otro momento pasado de la historia de la humanidad.³⁵

La expectativa de vida de una persona en la segunda década del siglo XXI, aún en lugares más postergadas del planeta, es superior en décadas, respecto de lo que eran los promedios en la era del Apogeo Griego, el Imperio Romano, la Antigua Persia, la Edad Media, o incluso en los albores de la Revolución Industrial. Hacia fines del siglo XVIII, la expectativa de vida en todo el planeta oscilaba entre los 30 a 40 años de edad, sin mayores distinciones entre sexos, mientras que, en la actualidad, esta cifra supera los 80, en países desarrollados, mientras que aun en lugares postergados del planeta, se encuentra alrededor de lo 60 años, cifra muy superior a lo que era la media en zonas desarrolladas antes de la revolución industrial.³⁶

Similares reflexiones se pueden efectuar para un sinnúmero de parámetros atinentes al desarrollo humano, tales como niveles de educación, sistema sanitario, acceso a la salud, desgaste físico por trabajo manual excesivo, u otros parámetros. Son abundantes los relatos de historiadores y analistas contemporáneos sobre la precariedad que durante milenios caracterizó a la humanidad, siempre a un paso de la hambruna, la muerte por pandemias o otras catástrofes naturales, y sin capacidad alguna de respuesta desde el Estado o las instituciones existentes a lo largo de la historia.³⁷

³⁵ Si bien esta manifestación puede ser puesto en controversia, existe un consenso científico respecto del progreso material de la humanidad y sus orígenes en los avances en la ciencia y la tecnología, con especial énfasis en los avances de la ciencia en los últimos años. Este consenso representa una convergencia que trasciende lineamientos o filiaciones ideológicas e incluye a todas las corrientes de pensamiento (ver Lomborg, Bjorn, "The Skeptical Environmentalist", o también autores institucionales tales como UICN (www.iucn.org), el Banco Mundial, PNUD o CEPAL.

³⁶ Ver Riley, James "Estimates of Regional and Global Life Expectancy, 1800–2001. Issue Population and Development Review. Population and Development Review. Volumen 31, Numero 3, paginas 537–543, Septiembre 2005. Sin embargo, las estadísticas sobre mortalidad y expectativas de vida a lo largo de la historia, pueden llevar a conclusiones erróneas en virtud de sobredimensionar el impacto de la mortalidad infantil, o por no reflejar las diferencias sociales, en donde, por ejemplo, la mortalidad alta entre mujeres al momento del parto, por deficiencias sanitarias, o entre la población de esclavos en antigua Roma. Ver <https://www.bbc.com/future/article/20181002-how-long-did-ancient-people-live-life-span-versus-longevity>

³⁷ Yuval Harari, por ejemplo, describe gráficamente las situaciones de precariedad que vivía la humanidad ante situaciones de hambre ante cosechas fallidas, sequia o inundación con efectos

DECONOMI

En nuestro país, al igual que en muchos lugares del planeta, los actuales niveles de alfabetización eran inimaginables en tiempos pasados, como por ejemplo en los albores de la vida como país independiente. Los niveles de alfabetización que hoy damos como hechos incontrovertibles, eran inimaginables hace dos siglos, un lapso enorme de tiempo en términos de la historia contemporánea, pero absolutamente insignificante en tiempos de la evolución antropológica de la humanidad.³⁸

Mas aún, apenas un siglo atrás, saliendo de la Gran Guerra de 1914-1918, los niveles de alfabetización en muchos países europeos que protagonizaron el conflicto distaban mucho de los niveles de instrucción de esos mismos países en la actualidad. En los años posteriores, y en parte como consecuencia directa de las transformaciones sociales producidas como consecuencia de la conflagración mundial, la alfabetización se incrementó a un ritmo de un 4% anual en las décadas posteriores.³⁹

Sin embargo, la noción del progreso y crecimiento como regla y normalidad unidireccional, es, en realidad un paradigma relativamente reciente y propio de los últimos siglos y la modernidad histórica. No obstante, esta circunstancia que nos resulta obvia y hasta una regla básica de la evolución en donde las generaciones actuales dan por sentado que tendrán más prosperidad, conocimiento y longevidad que los precedentes, no fue siempre así a lo largo de la historia de nuestra especie sobre la Tierra. Mas bien es la excepción: una persona nacida en los tiempos de Alejandro Magno no habría tenido mayor diferencia en sus condiciones de vida y bienestar, de haber nacido un siglo antes

catastróficos para la subsistencia, con el caso de las hambrunas en Francia entre 1692 y 1694, con una merma del 15 % de la población. Similares situaciones se dieron en los países bálticos, Escocia y España (*Homo Deus*, Vintage, Londres, 2015, pp. 4-7)

³⁸ En Argentina, por ejemplo, en 1870, el 80% de la población era analfabeta y sólo un 20% de la que tenía edad escolar asistía a la escuela. El porcentaje de analfabetismo descendió al 56% en 1895, y al 36% en 1910, mientras que el de escolaridad aumentó al 49% en 1910 y al 64% en 1920. Mientras que en 1869 la Argentina estaba detrás de España e Italia, que tenían aproximadamente 70% de analfabetos, en 1910 las había superado, ya que las tasas de analfabetismo en España e Italia fueron del 52% y del 39% respectivamente. (Diario La Nación, 06/01/01).

³⁹ Ver el trabajo histórico de Jan Luiten van Zanden, Joerg Baten, Marco Mira d'Ercole, Auke Rijpmans and Marcel P. Timmer, ¿“How was Life? *Global Well-Being in 1820*”, OCDE, Paris 2014

o después, más allá de las turbulencias circunstanciales que podría haber protagonizado en uno u otro momento.

La expectativa de vida, las comodidades y la riqueza que hoy damos por hecho y sin mayores consideraciones, son una circunstancia de los tiempos actuales, bien diferentes de lo que existía en el pasado. En realidad, las circunstancias de vida, riqueza, alimentación y prosperidad a las cuales podía aspirar un ser humano promedio durante gran parte de la Historia, no variaron mucho a lo largo de los siglos, al menos hasta el comienzo de la Revolución Industrial.⁴⁰ ¿Hasta qué punto es el desarrollo vertiginoso basado en la ciencia y la tecnología, la condición normal en la historia, o una circunstancia excepcional propio de los últimos tiempos? ¿Es posible un crecimiento unidireccional, sin pausa, sin límites, donde la tecnología puede sustituir *sine die* y sin excepciones las limitaciones impuestas por la Naturaleza?

3. Estado, Mercado, Democracia y Globalización

Una situación paralela se presenta con otras instituciones y construcciones asociadas al crecimiento económico inusitado de la modernidad. El Mercado como ordenador de la Economía, la Institucionalidad Democrática y en cierta forma, ambos en forma conjunta y estrechamente vinculados al Ideario Liberal predominante en Occidente, son considerados como estados deseables, cuando no requisitos necesarios para el progreso social y el desarrollo económico. ¿Es así tan axiomático? Más allá de la opinión personal y una predisposición casi instintiva de quien suscribe por los beneficios que le ha dado la democracia liberal a la especie humana, en particular en los años de la posguerra y hasta el presente, es indudable que este marco conceptual, se encuentra bajo cuestionamiento en los tiempos que corren y desde diferentes flancos del arco ideológico.

Cuando Fukuyama proclamaba, a comienzos de los años noventa, el fin de la historia tal como se había dado hasta la caída del muro de Berlín, con un triunfo definitivo del modelo político basado en la democracia y una economía

⁴⁰ Ver, en general, Harari, Noah Yuval, “*Sapiens, de Animales a Dioses: Una Breve Historia de la Humanidad*”, Editorial Debate, Barcelona, 2015

DECONOMI

construida sobre el mercado y el capitalismo con iniciativa privada, reflejaba en cierta forma el sentimiento de *hubris* que también caracteriza a la fe en la tecnología y la capacidad humana para transformar el planeta con una visión de progreso y crecimiento sin límites.⁴¹

El pensamiento y las creencias que subyacen la tesis de Fukuyama han servido como fundamentos intelectuales para la expansión de la economía de mercado en las últimas décadas, desconociendo en algunos casos las implicancias ambientales del desarrollo económico, como también los efectos negativos de una economía de mercado, como es la concentración de poder en pocos actores con poderes monopólicos y la eliminación de la competencia. Cabe destacar que el propio Fukuyama rescataba las condiciones que tiene la democracia liberal para acotar las desigualdades en una sociedad, o a enfrentar desafíos colectivos como el cambio climático.⁴²

Los años posteriores a la obra de Fukuyama, coincidieron con una suerte de pleamar de un paradigma basado en la primacía de la economía de mercado, la inversión extranjera en países del mundo emergente, la sofisticación y consolidación de mercados financieros globales, un comercio internacional interconectado y cada vez más interdependiente, el surgimiento de grandes empresas tecnológicas, producto de la innovación y la sinergia de los sectores financieros, telecomunicaciones y otros servicios afines. Los últimos años han visto un desplazamiento de la riqueza tradicional, anclado en activos físicos, hacia los activos intangibles con énfasis en la propiedad intelectual, la información y la conectividad.

Sin embargo, lo que parecía una batalla ganada en los términos de Fukuyama, y de ahí el término “fin de la historia”, con un triunfo homérico del capitalismo y la democracia liberal sobre el comunismo y las economías planificadas, empezó con el paso del tiempo a mostrar inconsistencias y fracturas desde diferentes ópticas. Uno de los mayores, y quizás el más trascendente de

⁴¹ Fukuyama, Francis, “*The End of History and the Last Man*”, Avon, Nueva York, 1993

⁴² Escribiendo en 1992, Fukuyama planteaba, por ejemplo, que la libertad podía existir sin democracia, pero la igualdad es una característica definitoria de los tiempos democráticos modernos. “*los excesos de libertad, en los ejemplos arrogantes de un Ivan Boesky o un Donald Trump...o los daños del Exxon Valdez a la bahía de Prudhoe, son mas visibles que los vicios de una igualdad excesiva, traducida en conformismo o mediocridad...*”, óp. cit. P.295

DECONOMI

los desafíos para un modelo de crecimiento material y económico sin fin, yace en los límites que impone la naturaleza y la finitud del ambiente. Aún concepciones que rescatan las habilidades humanas que nos distinguen de otras especies, como la que expone Harari en sus obras célebres *Sapiens* y *Homo Deus*, hacen hincapié en la magnitud de las restricciones y limitaciones que impone un planeta finito y una Naturaleza compleja.

Los desafíos ambientales a la economía moderna (sea esta de corte capitalista liberal, o estatista) se vuelven más complejos con otras circunstancias, que, si bien no guardan relación directa con lo ambiental, si hacen a la sustentabilidad en sentido más amplio con mirada en los aspectos sociales y de equidad. El incremento de la desigualdad en las últimas décadas, junto a la concentración de la riqueza, ya no en los tradicionales sectores nobles o terratenientes que dominaban la industria, el comercio y las finanzas en tiempos pasados, sino en nuevos rubros vinculados con la tecnología, manejo de información e inteligencia artificial, registra niveles nunca antes visto en la Historia.⁴³

Junto con la riqueza concentrada en pocos gigantes del sector tecnológico y financiero, la economía moderna enfrenta otros desafíos que tornan incierto su sostenibilidad social e incluso justificación ética en el tiempo. La tecnificación e informatización creciente de grandes franjas de la economía, han cambiado radicalmente el mercado de trabajo en todo el mundo, reforzando por un lado el fenómeno de concentración de riqueza, mientras que, por otro, torna precaria la subsistencia de vastos sectores de la población global.⁴⁴

⁴³ Picketty, en su obra *“Capital en el Siglo XXI”*, analiza el fenómeno de la creciente desigualdad con lujo de detalles

⁴⁴ Harari, siguiendo la labor del sociólogo británico Guy Standing en su obra de 2014 *“A Precariat Charter”*, popularizó el término *“precariado”* para describir a vastos sectores de la población sin inserción viable en una economía altamente tecnificada y con puestos de trabajo bien remunerados, cada vez más reservado a una elite, altamente formada y educada. A diferencia del proletariado, considerado por el marxismo clásico como el sector generador de riqueza, aunque desapoderado, el precariado representa una franja de la población excluido de la economía del conocimiento, en parte por inadecuada formación, sino también por la prescindencia que el sistema tiene respecto de ella. Algunos han visto en las revueltas de la llamada primavera árabe a comienzos de la década pasada, un reflejo de la insatisfacción de vastos sectores de la población, en su mayoría jóvenes, desempleados y con incierta inserción en la economía.

DECONOMI

Cuando se analiza este fenómeno, producto de la tecnificación, las economías de escala y la obsolescencia de muchos empleos, incluso tradicionalmente considerado estables y bien remunerados, considerando además la mayor longevidad de la especie humana, aparece otro elemento objetivo que agrava la situación y amenaza la sostenibilidad social e intergeneracional. La pregunta es irónica: ¿Cómo sostener a generaciones de adultos mayores cuya expectativa de vida se alarga como consecuencia de los avances alcanzados, en un marco de restricción de las relaciones laborales tradicionales?

No es casual que la combinación de factores como el envejecimiento de la población en muchos países, con una precarización laboral creciente en todos los niveles, está haciendo estragos en los sistemas previsionales de todo el mundo. Además de tornarse inviable y una de las principales causas de colapso financiero en muchos países (entre los cuales el nuestro es un ejemplo conspicuo), representa una situación explosiva y una amenaza para la seguridad e integridad física de muchos, junto con tensiones sociales agravadas por procesos de degradación ambiental vinculados al calentamiento global y sus efectos directos, la desertificación o el anegamiento de zonas vulnerables. No es casual que una de las respuestas bajo análisis en ciertos sectores académicos e incluso empresarios, es la de un ingreso universal básico, tendiente a aliviar un desamparo generalizado, producto de cambios en la sociedad y en la economía, difíciles de predecir y menos de controlar.

4. Toma de Conciencia y Conversión a la Sustentabilidad

En un marco de fondo a estos problemas con el paradigma de mercado dominante a lo largo de los últimos años, crece una conciencia ambiental con discernimiento sobre amenazas globales como el calentamiento global, la pérdida de biodiversidad y el abanico de efectos no imaginados o previstos de la dominancia humana sobre los recursos naturales.

La preocupación con los impactos ambientales que tiene la especie humana en los tiempos actuales, potenciados por los avances tecnológicos sorprendentes de las últimas décadas, ha crecido exponencialmente a lo largo

DECONOMI

de las décadas desde la Cumbre de Río de 1992, cuando se consolidó el concepto de sustentabilidad surgido durante los años de elaboración del emblemático Informe Brundtland, en 1987.

El fenómeno del crecimiento exponencial de la conciencia ambiental global es asombroso: En pocos años, la agenda de la sostenibilidad se corrió desde sectores relativamente marginales e identificados con un ambientalismo militante, hacia el centro de la escena y al núcleo de cuestiones geopolíticas y económicas internacionales claves. Mientras en los años 90, la agenda ambiental era considerada casi como un accesorio adicional al problema central del crecimiento económico, en los tiempos que corren, la agenda ambiental y la preocupación por el cambio climático, se convierte en un punto neurálgico para cualquier encuentro serio de negocios o cumbre política internacional.

Desde el G7, pasando por el G20, las diferentes cumbres de Davos o los aportes de cualquier *thinktank* globalizado, se reflejan las preocupaciones por los impactos humanos sobre el ecosistema planetario, las cuales hoy distan mucho de las posturas políticamente correctas o del “*greenwashing*” corporativo que podía suceder en tiempos pasados, apelando simplemente a mejorar la imagen institucional de una empresa o un sector, con el fin de seducir o aplacar a consumidores, usuarios y público en general.

La agenda del desarrollo sustentable, con la concepción amplia que hemos procurado plantear en estos párrafos, se ha corrido claramente al centro del escenario, desde las franjas marginales que supo ocupar en años anteriores. La sostenibilidad trasciende actualmente la visión compartimentalizada e instrumental que tuvo en las décadas emblemáticas de la globalización económica, más enfocado hacia el cumplimiento con criterios y reglas ambientales prescriptivas o instrumentales. Hoy implica un compromiso ético profundo y transformador, superador de las iniciativas pretéritas enfocadas más hacia una buena ciudadanía corporativa y diligencia en el cumplimiento normativo social y ambiental.

En esta tendencia hacia planteos más radicales, incluso de corte existencial, tendientes a “repensar” la organización socio-económica, los conceptos de mercado, estado, ciudadanía global, gobernabilidad y las

DECONOMI

instituciones diseñadas para una vida mas equitativa y sustentable, los aportes conceptuales desde diferentes ámbitos y disciplinas, han crecido en cascada en los últimos años en base a un “repensar” el sistema socio-económico desde sus cimientos.

De los cuestionamientos que la ciencia económica empezó a efectuar, tímidamente hace unas décadas, acompañando la “conversión ambiental” de las instituciones multilaterales de crédito y la academia en general, se ha pasado a un cuerpo importante de ideas, reflexiones y construcciones teóricas, cuya finalidad es la de cuestionar al ideario más tradicional o “*mainstream*”, incluso sin diferenciar entre corrientes de raigambre liberal o marxista. En la actualidad, no se trata de meramente agregar el adjetivo sustentable a los términos de la política, las relaciones internacionales o la economía, sino de darle un contenido nuevo y radical.

Así, las tendencias surgidas en países de Europa occidental vinculados a la idea del decrecimiento, “*decroissance*” o una economía ambiental, mas afín a las ideas de la ecología profunda, han venido a cuestionar el paradigma del crecimiento como camino inexorable para el desarrollo, y el mercado y el consumo como motores excluyentes para el desarrollo sustentable.⁴⁵

En algunos casos, el rechazo al consumo creciente y al crecimiento económico como únicos parámetros para medir el éxito y el desarrollo de las naciones, ignorando otras nociones, tales como el bienestar, la calidad de vida, o incluso valores espirituales, en contraposición con la posesión de bienes materiales, incorpora y restaura una visión ética y humanista al desarrollo económico, relegado durante mucho tiempo. Las teorías del decrecimiento y la economía ecológica, también cuestionan e interpelan a la creciente inequidad en muchas sociedades occidentales, como consecuencia de la visión basada en

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Martínez-Alier, Joan. «Los conflictos ecologico-distributivos y los indicadores de sustentabilidad». *Revibec: revista iberoamericana de economía ecológica*, [en línea], 2004, Vol. 1, p. 21-30, <https://www.raco.cat/index.php/Revibec/article/view/38278> [Fecha de Consulta: 22-04-2020]. También, ver Demaria, Federico, Schneider, Francois, Sekulova, Filka y Martinez-Alier, Joan, “*Que es el Decrecimiento: De un Lema Activista a un Movimiento Social*”, Revista de Economía Crítica, Barcelona, Numero 25, 2018

DECONOMI

forma exclusiva y única en el mercado como paradigma de desarrollo durante la década del noventa.

En cierta forma, estas corrientes abrevan en las ideas expuestas por el Club de Roma en la década del setenta, siguiendo la Cumbre de Estocolmo y las primeras voces de alerta sobre los desafíos ambientales que enfrentaba la Humanidad en aquel momento. Las ideas subyacentes del Club de Roma, en base al crecimiento cero y a un concepto de equilibrio entre producción y consumo, al igual que otras voces consideradas agoreras en aquel momento, fueron corridas del escenario y considerados extemporáneos por los fenomenales avances tecnológicos que desmintieron sus visiones negativas iniciales.⁴⁶

Sin embargo, algunas ideas y visiones subyacentes de aquel momento, como es el concepto de la “Economía Circular” han sido redescubiertas e inspiran políticas públicas en el continente europeo y sostienen la lógica de muchos programas ambientales en otros países. De hecho, ganan fuerza y se consolidan en muchos ámbitos profesionales, corporativos y de organizaciones ciudadanas, cada vez más conscientes de la magnitud de los desafíos que enfrenta la sociedad moderna.

El premio Nobel de Economía, Joseph Stiglitz, en su trabajo “*The Roaring Nineties*” de 2003, criticó con agudeza algunas de las consecuencias derivadas de la dominancia del modelo de mercado a partir del ocaso del socialismo en los años 90 y las consecuencias negativas para los bienes colectivos (calidad de aire, aguas comunes, biodiversidad) y en particular con amenazas de mediano y largo plazo, como el cambio climático. Los cuestionamientos del economista tienen un sustento en una visión ética e idealista respecto del funcionamiento del mercado dentro de las democracias modernas.⁴⁷

Otros han ido más lejos en la vinculación entre ética, ambiente y desarrollo sustentable, desde pensadores alineados en las corrientes de

⁴⁶ El Informe Meadows “*los Límites al Crecimiento*” fue presentado por el Club de Roma en 1972, en coincidencia con la Cumbre de Estocolmo. <https://www.sostenibilidad.com/desarrollo-sostenible/el-informe-meadows/>

⁴⁷ Stiglitz, Joseph, “*The Roaring Nineties: Why we’re paying the price for the greediest decade in History*”, Penguin, Londres, 2003, Capítulo XII

DECONOMI

ecología profunda, como es el caso de Arran Gare, académico australiano, o el economista chileno, Manfred Max-Neef, hasta organizaciones religiosas, como es el caso de las iglesias católica, anglicana, luterana y otros credos como el sufismo, corriente mística del Islam.

Emblema de esta preocupación y la búsqueda por alternativas a futuro, es sin duda la encíclica papal *Laudato Si*, publicada en 2015, luego de extensas y horizontales consultas de la Santa Sede con expertos de disciplinas diversas. El *Laudato Si* es en cierta forma un texto revolucionario, representando la primera incursión de la Iglesia con un documento oficial y vinculante para sus fieles respecto de la relación Humanidad y Naturaleza que elabora y construye sus preceptos en base a la ciencia contemporánea, superando las interpretaciones clásicas de los textos bíblicos, con sustento en criterios antropocéntricos y de clara dominación de la Tierra por el Hombre.⁴⁸

No es casual tampoco que en el mismo año 2015 en que se difunde la encíclica *Laudato Si*, la ONU adopta los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como una meta programática que atraviesa cuestiones sociales, ambientales, de equidad e inclusividad, con aspectos que atañen al funcionamiento de la economía.

Además de los ODS y la Encíclica Papal mencionada, el 2015 concluyó con la suscripción del Acuerdo de París por parte de la comunidad internacional tendiente a diseñar e implementar un sendero de gradual reducción de emisiones y estrategias de morigeración de los efectos del calentamiento global, en un esfuerzo sin precedentes que refleja, más allá de las reticencias y mezquindades de algunos sectores o individuos, el reconocimiento de la gravedad de la amenaza que representa un cambio climático vertiginoso y agudo para la humanidad en los tiempos actuales.

5. Reflexiones Finales

⁴⁸ El *Laudato Si*, se inspira en obras de claro corte ambientalista y contestatarios del sistema económico global en base al mercado, como son los trabajos de Leonardo Boff, sacerdote brasileño (“*Saber Cuidar*”, editora Vozes, Sao Paulo, 2003, o “*Una Ética para la Madre Tierra*”, Editorial Trotta, Buenos Aires, 2017).

DECONOMI

La pandemia que vivimos, ha desnudado en muy poco tiempo, muchas y grandes falencias y fragilidades que, en el día a día de la modernidad y la vertiginosidad de la economía en la era digital, quedan sepultados bajo el cúmulo de datos e información con el cual el ciudadano actual debe lidiar. Se vive hoy un temor y una incertidumbre respecto del futuro, que nos devuelve en forma cruda y directa la noción de nuestra fragilidad, frente a un planeta, cuya biosfera y sistemas naturales complejos nos trasciende.

Este baño de humildad a que nos vemos expuestos, pone en perspectiva la situación endeble de una economía global que, antes de la irrupción de la Pandemia, mostraba cifras de crecimiento, en toda apariencia sólidas y consolidadas, en especial en países como EE.UU. o China. ¡Nada resulta más apropiada para estas circunstancias que las expresiones de Macbeth en el ocaso de su vida trágica, con la que abrimos las presentes reflexiones!

Los desafíos futuros en lo económico y en lo político son mayúsculos, en gran medida porque la Pandemia no ha hecho más que desnudar las tensiones políticas y sociales que se vienen manifestando hace varios años y que hemos descrito en párrafos precedentes: Disconformidad con el funcionamiento de los sistemas democráticos, pérdida de confianza en las élites globalizadas y cosmopolitas, tanto culturales como económicas, consternación con una precariedad laboral creciente, junto a una concentración de la riqueza desconocida en otros tiempos históricos, fenómeno que no hace más que desacoplar la sociedad en franjas cada vez más desconexas y disociadas entre sí.

A estas situaciones asoma también una concentración de poder e información en empresas tecnológicas, que, más allá de facilitar y difundir información y posibilidades de comunicación horizontal, impensadas en el pasado, también torna real y factible un control y monitoreo de toda la población por parte de estados y empresas, poniendo en duda las implicancias para un control democrático eficaz sobre la utilización de tantos datos personales e incluso personalísimos.

En tiempos en los cuales la democracia liberal elogiado por Fukuyama y otros intelectuales, es puesto en tela de juicio y cae en desprestigio, siendo

DECONOMI

contrastado desfavorablemente en muchos casos con una supuesta eficiencia tecnocrática de sistemas autoritarios, como el de China, las implicancias de tanta capacidad de monitoreo y seguimiento electrónico por parte del Estado, se torna una preocupación central para quienes defienden los derechos civiles y humanos más esenciales.

Estos fenómenos se han traducido coyunturalmente en serios cuestionamientos a la democracia liberal y a las garantías constitucionales consolidadas en la posguerra con la expansión de los derechos humanos clásicos asociados a las libertades políticas, hacia los derechos económicos, sociales y más recientemente los derechos ambientales y colectivos. Este descontento, explica la aparición de muchas figuras nacionalistas, líderes carismáticos e incluso autoritarios en diversas partes del mundo. En algunos casos abrevan en el populismo, otros en modelos autoritarios o regímenes de virtual partido único, otros recurriendo a las reivindicaciones nacionalistas o localistas.

En este marco desatado por la coyuntura de la pandemia, asoma también el desafío más profundo y existencial de efectuar un giro copernicano en el funcionamiento de la economía y las instituciones políticas, tanto nacionales como internacionales, hacia los desafíos de un desarrollo verdaderamente sustentable desde lo ambiental, equitativo e inclusivo desde lo moral o ético.

Las crisis de la humanidad, como son las plagas y pandemias, son también oportunidades para galvanizar las voluntades para efectuar las transformaciones históricas, que, en tiempos de normalidad quedan relegados por la complejidad e implicancias sistémicas que traen aparejados. Con el cambio climático, por ejemplo, la propia condición de la atmosfera como activo colectivo, "*global commons*", o bien susceptible de apropiación común, con efectos en el mediano y largo plazo, no siempre lineales y muchas veces complejos y cumulativos, juega en favor de las dilaciones y demoras que ha visto la comunidad internacional con los objetivos planteados en el Acuerdo de París.

La urgencia de una crisis sistémica como es la pandemia que vivimos, bien puede galvanizar a la sociedad global a producir en forma colectiva y

DECONOMI

proactiva los cambios en las instituciones y la economía para que las próximas décadas se encaminen hacia un desarrollo alternativo a los paradigmas que han dominado la escena en los últimos años, cualquiera haya sido su inspiración ideológica.

Es quizás una oportunidad imperdible para sintetizar con visión superadora y aprovechar los méritos y beneficios que le han brindado a la humanidad, tanto la economía de mercado como la institucionalidad democrática, imprimiéndole una ética inclusiva y responsable hacia la Naturaleza. En las palabras de Mark Carney, titular del Banco de Inglaterra, es una oportunidad para repensar los conceptos de valores éticos y no solo de mercado, y la transición que el mundo ha tenido en los últimos años desde una “economía de mercado”, hacia una “sociedad de mercado”. El gran desafío para Carney, yace en los desafíos que representa afrontar el calentamiento global y hacer que nuestro planeta sea digno para ser vivido por nuestros nietos.⁴⁹

Similares expresiones surgen en forma convergente y simultánea en diferentes partes del mundo, desde la Iglesia Católica, que convocó para marzo del presente año (antes del COVID-19) a una cumbre en Assisi para repensar la economía global e imaginar otros modelos de desarrollo inclusivo y alineados con la preservación del planeta, hasta el Foro Económico Mundial de Davos, pasando por muchas expresiones, tanto desde la sociedad civil, como de la academia, el empresariado, el trabajo organizado y los credos.⁵⁰ La crisis actual debe ser una llamada de alarma, el “relámpago que iluminó la noche cerrada y despejó las tinieblas de nuestra inconciencia”, para que la economía y la sociedad en el mundo, después del Coronavirus, no vuelva a ser lo mismo que antes.⁵¹

⁴⁹ Entrevista a Mark Carney, presidente del Banco de Inglaterra (equivalente del Banco Central Británico), en el semanario “The Economist”, “*The world after COVID -19*”, 16 de abril de 2020. <https://www.economist.com/business/2020/04/16/by-invitation-mark-carney-on-how-the-economy-must-lead-to-human-values>

⁵⁰ Ver <https://worldin.economist.com/edition/2020/article/17495/pope-francis-hopes-anoint-new-economic-model>. La convocatoria procura avanzar sobre los preceptos enunciados en el *Laudato si*, recibiendo la denominación de “Economía de Francisco”, en honor a San Francisco de Asís. Ver <https://francescoeconomy.org>. En línea similar, ver Jaramillo, Manuel

⁵¹ Ver la nota de Manuel Jaramillo en el diario La Nación del 21/04/20, reflejando la visión de muchas organizaciones serias dedicadas a la conservación de la Naturaleza <https://www.lanacion.com.ar/opinion/despues-pandemia-mundo-naturalmente-diferente-nid2356723>

DECONOMI

Bibliografía

Demaria, Federico, Schneider, Francois, Sekulova, Filka y Martinez-Alier, Joan, *“Que es el Decrecimiento: De un Lema Activista a un Movimiento Social”*, Revista de Economía Critica, Barcelona, Numero 25, 2018

Fukuyama, Francis, *“The End of History and the Last Man”*, Avon, Nueva York, 1993

Harari, Noah Yuval, *“Sapiens, de Animales a Dioses: Una Breve Historia de la Humanidad”*, Editorial Debate, Barcelona, 2015

Harari, Noah Yuval; *“Homo Deus: A Brief History of Tomorrow”*, Vintage, Londres, 2015

Jaramillo, Manuel; *“Después de la Pandemia, un Mundo Naturalmente Diferente”*, La Nación, Buenos Aires, 21/04/20

Lomborg, Bjorn; *“The Skeptical Environmentalist: Measuring the Real State of the World”*, Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2001

Martínez-Alier, Joan. *“Los conflictos ecologico-distributivos y los indicadores de sustentabilidad”*. Revibec: Revista Iberoamericana de Economía Ecológica, 2004, Vol. 1

Picketty, Thomas, *“Capital in the Twenty First Century”*, Harvard Press, Cambridge Massachusetts, 2014

Stiglitz, Joseph, *“The Roaring Nineties: Why we’re paying the price for the greediest decade in History”*, Penguin, Londres, 2003,

van Zanden, Jan Luiten, Baten, Joerg, D’Ercole, Marco Mira, Rijpma, Aujke y Timmer, Marcel; *“How was Life? Global Well-Being in 1820”*, OCDE, Paris 2014

Wucker, Michele; *“The Grey Rhino: How to Recognize and Act on the Obvious Dangers we Ignore”*, St Martin Press, Nueva York, 2016

“Noticias sobre proyectos y esbozos de congresos jurídicos sobre la emergencia en el tema concursal”

por Héctor Osvaldo Chomer y E. Daniel Truffat

Existe un grupo de profesionales del Derecho (jueces, secretarios, abogados de ejercicio, abogados empresarios), incluidos algunos esforzados contadores, de la más variada procedencia, todos ellos cultores del Derecho Mercantil y que se ha nucleado –bajo el inusual nombre de “Saliendo del Arca”⁵² - para preparar proyectos sobre el tratamiento emergencial de los vínculos obligacionales heridos por el parate general que irrogó la batalla propuesta por los sanitaristas y epidemiólogos contra el COVID 19 (sin contar con lo lesionada que viene la economía general en nuestro país que, aunque es doloroso decirlo, lleva diez años sin crecer)⁵³. Tal labor importó necesariamente pensar también en legislación de emergencia para otros tópicos de nuestra materia, tales como normas concursales –ya fueran reformas pendientes y necesarias o solamente de emergencia- y societarias (ciertamente no alcanza, frente al riesgo de futuras responsabilizaciones de lo que hicieran o dejaran de hacer los empresarios, con suspender el deber de liquidación por pérdida de capital).

El Arca tiene por única ideología la Constitución Nacional, propugna la pluralidad de opiniones y pensamientos y sus integrantes saben que a ellos no les compete fijar “caminos” o cursos de acción. Esto es propio de las autoridades constitucionales que cuentan con legitimación para hacerlo así. Pero si pretende analizar rutas posibles, señalar sus ventajas y problemas y diseñar –desde lo técnico jurídico- normas que pudieran ser útiles a tal fin.

⁵² El Papa Francisco habló de que todos estamos en la misma barca. Esta metáfora lleva a un párrafo del Evangelio. Lo atinente al Arca de Noé en cambio (y mas allá de la infantilización del tema por Disney y Hollywood) presenta a toda la humanidad en un destino común frente al embate total de la naturaleza y, lo que es mas triste, a los hombres no habiendo aprendido nada cuando bajaron. Por eso “Saliendo del Arca” se plantea proveer proyectos útiles que eviten consecuencias graves a lo ya acaecido. Precisamente al revés de Noé quien, conforme el mito vétero testamentario, se embriagó al dejar el Arca e incurrió en insultos racistas hacia uno de sus hijos –dando el espantoso pié teológico en el que se justificaron sedicentes fieles cristianos para esclavizar y humillar a los afro descendientes por milenios-

⁵³ Aunque hay personas de otra procedencia “Saliendo del Arca” se nutre al final del día y recibe la asistencia personal y apoyo moral e intelectual del “Instituto Argentino de Derecho Comercial”, del “Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Córdoba” y –obviamente- de este Departamento de Derecho Económico y Empresarial de la UBA

DECONOMI

Existe un google drive donde se incluyen los proyectos o conferencias.

Y sobre estos el día 20 de abril del corriente año se realizó un micro-congreso digital⁵⁴ (rectius: sobre aquellos proyectos que hacían a cuestiones concursales o atinentes al teletrabajo respecto de diligencias concursales⁵⁵). El congreso sesionó en homenaje a cuatro muy queridos y recordados maestros en temas mercantiles, los Dres. Bautista Kuyumdjian, Eduardo Favier Dubois (pater), Osvaldo Maffía y Enrique Butty.

El Congreso arrojó diversas conclusiones preliminares que es lo que se quiere compartir con los lectores. El relator fue el ex Magistrado y destacado publicista, el Dr. Eduardo Favier Dubois (h), seleccionado por su muy probado talento para tal accionar –tema que recuerdan todos quienes participaron en debates y encuentros en la Sala de Derecho Concursal, que él dirigía, en la Universidad Notarial Argentina.

Las conclusiones –sujetas a análisis y que se pondrán a disposición del poder político de la República- son⁵⁶:

Consenso:

Si en tiempos normales las soluciones concursales son la excepción a la regla general de derechos y obligaciones, en tiempos de pandemia la regla es la aplicación de soluciones concursales en forma general.

1.-Propuestas fuera del régimen concursal:

- la suspensión de toda clase de ejecuciones por hasta 180 días, con la condición de negociar con los acreedores y reducción en un 50% de los intereses.

⁵⁴ El citado micro congreso sesionó por zoom con casi 70 participantes. Lo presidió uno de los autores del presente: E. Daniel Truffat, su vicepresidente fue el Dr. Rafael Mallo, la secretaria la Dra. Maria B.Soria y el relator de las conclusiones el Dr. Eduardo Favier Dubois (h).

⁵⁵ Defendieron sus trabajos previos los Dres: Miguel Raspall, Ariel G. Dasso, Martín Stolkiner, Rafael Mallo, el otro autor del presente, Dr. Héctor Osvaldo Chomer, Marcelo Barreiro, Francisco Junyent Bas, Jorge Fushimi y Efraín Hugo Richard. En algún caso se trató de ponencias colectivas defendidas por uno de sus firmantes

⁵⁶ Corresponden a la síntesis elaborada por un tripulante (E.M. Favier Dubois) por encargo de Noé

DECONOMI

-La inembargabilidad de las cuentas corrientes bancarias y de las cuentas a cobrar.

-La negociación obligatoria y la aplicación del esfuerzo compartido.

-Fresh money, asistencia financiera derogando las exigencias bancarias fundadas en las normas de Basilea.

-La fijación de las tasas de interés bancario en proporción con los resultados del negocio.

-La suspensión de las causales de disolución societaria vinculadas a la situación patrimonial

2.-Propuestas dentro del régimen concursal:

-Formular un sistema propio para cada tipo de empresa según su tamaño. En particular, un concurso abreviado para las MiPymes y personas humanas (y fideicomisos), con dos audiencias, propuesta inicial, dos audiencias, una duración de seis meses.

-Flexibilización de requisitos de apertura y efectos inmediatos sobre medidas cautelares.

- Flexibilizar normas concretas de la ley concursal, tales como el plazo de inhibición del art. 59 (reducir o suprimir) y las consecuencias del incumplimiento del acuerdo homologado (no decretar la quiebra sino permitir la reformulación de la propuesta)

-Gestión de conflictos de insolvencia en sedes extra concursales, la negociación, la mediación privada y colectiva, como etapa previa a la judicial.

-Flexibilización de los convenios laborales

-Un tratamiento de los créditos fiscales más equitativo, donde el Fisco no sea un perseguidor sino un socio.

-La digitalización del proceso de verificación de créditos, con buzón digital, formulario electrónico y legajo digital.

-La diferenciación entre los distintos tipos de acreedores, para negociar propuestas con los comerciales y adherir a planes preformulados respecto de otras categorías (financieros, fiscales y laborales).

DECONOMI

-Que ante la falta de acuerdo los jueces concursales tengan facultades para imponer una propuesta.

-Que ante la falta de cumplimiento el deudor pueda readecuar su propuesta conforme con la situación sobreviniente.

3.-Algunas divergencias.

Hubo diversas posiciones respecto:

-Del estricto control judicial de las posibles situaciones de abuso en las propuestas vs. no controlar las situaciones de abuso frente a la emergencia.

-De mejorar la retribución de los síndicos vs. reducir los costos del proceso.

-De fijar plazos exigüos vs. plazos amplios para las soluciones de emergencia.

-De modificar la ley de concursos vs. de sancionar normas específicas para la emergencia.

Un interesante material para analizar y pensar. Se puede decir que es un sólido paso en el “qué” y que podrá servir para ir diseñando el “cómo”.

Acótase, por uno de los autores de estas noticias, que más allá de la humorada del Dr. Favier Dubois sobre el encargo de Noé, el aquí firmante quisiera no asociarse en lo más mínimo con esa desafortunada figura. Insistimos: que sin la ayuda de Disney y de Hollywood habría sido totalmente (y con justicia) desplazado en la información popular por los animalitos que subió al arca-; pues ellos sí honraron la vida.