



# DECONOMI

## NÚMERO EXTRAORDINARIO

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

AÑO IV - NÚMERO 12 - JUNIO DE 2021

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 Chómer

**Director Área Comercial:** Pablo Frick

**Director Área Tributario:** Eduardo Laguzzi

**Director Área Recursos:** Natalia Waitzman

**Coordinador General:** Rodrigo Jaime

**Coordinadores:**

María José Alzari

Rodrigo Bustingorry

Sara Llorente

Liliana Taverna

**Comité de Honor:**

Héctor Alegría

Salvador Bergel

Raúl Etcheverry

Rafael Manovil

**Comité Académico:**

Griselda Capaldo

Horacio Corti

Miguel De Dios

Leila Devia

Graciela Junqueira

Beatriz S. Krom

Silvia Nonna

Martín Paolantonio

Jorge S. Sicoli

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

<a href="#">Presentación – Nota del director</a> por <b>Héctor Osvaldo Chomer</b>	Pág. 5
<b>Doctrina</b>	
<a href="#">“La sociedad: sus elementos esenciales”</a> por <b>Tomás M. Araya</b>	Pág. 6
<a href="#">“La configuración de los marcos de reestructuración preventiva en la directiva europea sobre reestructuraciones e insolvencia”</a> por <b>Ana Belén Campuzano</b>	Pág. 21
<a href="#">“El cambio de los paradigmas societarios. La sociedad anónima sin capital social mínimo, sustituido por patrimonio neto social mínimo y patrimonio ajustable”</a> por <b>Ariel Ángel Dasso</b>	Pág. 64
<a href="#">“El derecho societario frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas y modelos en pugna”</a> por <b>Eduardo M. Favier Dubois</b>	Pág. 86
<a href="#">“La implicación del accionista en la sociedad cotizada”</a> por <b>Jesús Quijano González</b>	Pág. 143



# DECONOMI

## Presentación – Nota del director

por Héctor Osvaldo Chomer

Tengo el placer de presentar este número que es tan extraordinario como especial.

Extraordinario porque su aparición es inusual en esta época y especial, pues incluye contribuciones de reconocidos especialistas que comparten gentilmente sus ideas con nosotros.

Lo inusual generalmente sorprende y es por eso que lo importante es que se trate de algo relevante y agradable para el sorprendido. No hemos podido anunciar este número para evitar la sorpresa, más estoy seguro que lo presentado al lector es de gran calidad por lo que será de su agrado y utilidad.

Sólo me queda agradecer esas colaboraciones, con la esperanza de haber logrado una gran edición que llegue a la más amplia cantidad de colegas.

La Revista Electrónica del Departamento está abierta para recibir las colaboraciones de quienes deseen presentarlas a la consideración de los lectores. Ellas son recibidas y presentadas a los ávidos lectores a fin de suscitar el debate y alcanzar fértiles conclusiones.

En esta ocasión recibimos y ahora, muy satisfechos, ponemos a disposición de los lectores estas magníficas colaboraciones.

Como siempre: gracias, muchas gracias por todo; a los autores por regalarnos sus pensamientos y a los lectores por valorar y consultar la Revista .

Muchas, muchas gracias.



## “La sociedad: sus elementos esenciales”

por Tomás M. Araya

### I. Libertad contractual

La libertad contractual comprende la atipicidad: cualesquiera figuras nacidas de pactos lícitos son válidas<sup>1</sup>. Pero – como bien señala Girón Tena - la validez no elimina el problema: para llenar lagunas del sustrato fáctico bajo el cual uno o más sujetos llevan adelante determinadas conductas o bien para aplicar ciertas normas que el ordenamiento jurídico considera como imperativas, hay que “saber cuándo se está fuera o antes de una figura y cuándo se está dentro de ella”<sup>2</sup>. O, desde otro ángulo, determinar la “disciplina aplicable” a las relaciones – internas y externas – derivadas de los compromisos adquiridos<sup>3</sup>.

En la búsqueda de un concepto elemental de sociedad el objetivo es identificar el número mínimo de elementos comunes (*esenciales*) a todos los demás tipos societarios, que puedan servir para identificar cuando estamos (o no) ante una sociedad<sup>4</sup>.

La utilidad e importancia de la tarea radica precisamente en que una vez identificados dichos elementos esenciales (y solo entonces) podrá aplicarse el régimen general que un ordenamiento jurídico determinado prevé para las relaciones asociativas que llegan a configurar una *sociedad*, debiendo respetarse la autonomía de la voluntad para aquellas relaciones asociativas que no constituyen sociedad. Claro está, es en el ámbito de las relaciones asociativas/societarias informales, es decir no inscriptas, donde tenderán a darse las situaciones “grises”, que requerirán la indagación sobre la presencia (o no) de dichos elementos esenciales<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> GIRÓN TENA, José, “Derecho de sociedades”, Madrid, 1976, pág. 25.

<sup>2</sup> GIRÓN TENA, *ob.cit.*, pág. 25.

<sup>3</sup> PAZ-ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” en “Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, Civitas, Madrid, 1991, pág. 744

<sup>4</sup> Ya Vélez Sarsfield se planteó el problema de determinar el tipo de relación jurídica en el recordado ejemplo de los dos vecinos que comparten el uso de un buey: “Suponed, dice, que dos vecinos, cada uno de los cuales no tiene sino un buey, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo, y que este último le dará el suyo a su turno la semana siguiente. Esta convención no es un alquiler, porque el precio no es dinero; no es tampoco un préstamo porque tal contrato no es a título gratuito de una y otra parte; tampoco es un cambio porque la propiedad no es traspasada; ni sociedad, porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado” (nota al artículo 1143 Código Civil).

<sup>5</sup> Sin embargo, al menos en nuestro país y actualmente, el efecto de la inscripción no sana ni modifica la esencia de la relación jurídica. Recordar que el artículo 5 de la ley 26.005 disponía que un contrato de “consorcio de cooperación” no



# DECONOMI

La tarea – obviamente – tiene una utilidad relevante cuando se analizan ordenamientos en los que la regulación de uno y otro sistema (el societario y el asociativo/contractual) difieren en forma significativa o, para ser más precisos, cuando estamos ante un ordenamiento cuyo régimen societario desconfía (o inclusive, no reconoce) de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones societarias informales, tal como ocurrió en nuestro país a partir de 1972 con la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550<sup>6</sup>, fundamentalmente en lo que hacía al régimen de las sociedades no constituidas regularmente (de hecho o irregulares)<sup>7</sup>.

Desde 2015, con la entrada en vigencia en nuestro país del Código Civil y Comercial, el análisis teórico-conceptual pareciera tener una menor utilidad (y por ende, generar un menor interés) atento las acertadas modificaciones incorporadas por dicho cuerpo normativo. Por un lado, con la ratificación del principio de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones asociativas no societarias, otorgando – a los fines obligacionales - igual rango jurídico a las figuras “típicas” y las “atípicas” (art. 1446)<sup>8</sup>. Por el otro, con la nueva regulación de la sociedad residual o simple, es decir aquella no constituida regularmente que – en esencia – también se orientaron

---

inscripto “... *tendría los efectos de una sociedad de hecho*”, norma que fue objeto de importantes críticas y no fue trasladada junto con los otros artículos cuando la regulación sobre consorcio de cooperación pasó al Código Civil y Comercial (arts. 1470 y sgtes).

<sup>6</sup> Una crítica a dicha normativa puede verse en ETCHEVERRY; “Sociedades irregulares y de hecho”; Ed. Astrea; 1981 y – de manera más general- en LE PERA; “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”; LA LEY, 1980-A; 750

<sup>7</sup> En nuestro derecho, las figuras asociativas estaban miradas con disfavor en virtud de la limitación del artículo 30 de la ley 19.550, que prohibía a las sociedades anónimas ser parte de cualquier otro tipo social distinto de la S.A. y la sanción de nulidad de las sociedades atípicas del art. 17, sumado a la caracterización del negocio en participación como una “sociedad”, aun cuando de manera expresa la propia LSC señalaba que la misma carecía de “personalidad jurídica”. Esta situación de animosidad hacia las modalidades societarias no regulares fue en cierta forma atemperada en 1983 con la sanción de la ley 22.903 que incorporó un régimen de regularización, pero continuó hasta el año 2015 con la ineficacia de “*los derechos ...nacidos del contrato social*” entre los propios socios ante una sociedad no constituida regularmente (Art. 23, ley 19.550: La sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social pero la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados). Previa a la reforma, la situación era la que agudamente describe Palmero “*En nuestro país el problema se ha vivido de manera muy aguda lo que la doctrina dio en llamar el “fantasma de la sociedad de hecho”; sobre todo en la década del setenta, cuando se puso sobre el tapete los llamados “contratos de explotación de riesgo petroleros” que vehiculizaban acuerdos de colaboración entre empresas en miras a la obtención de este producto, circunstancia que abrió un importante debate en torno a si esa relación de organización disparaba automáticamente - y más allá de la intención de los contratantes-, la creación espontánea de una sociedad irregular o de hecho con todas las consecuencias que de ella se infieren, tanto relativas a la administración como así al régimen de responsabilidad de estas entidades de facto.*” (PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones entre contrato y personalidad” en “Derecho económico empresarial. Estudio en homenaje al Dr. Héctor Alegria”, La Ley, 2011, tomo II, pág. 1343 y sgtes.).

<sup>8</sup> **Al describir las disposiciones generales de los contratos asociativos (capítulo 16, título IV – Contratos en particular - del libro tercero “Derechos personales” del Código Civil y Comercial), el artículo 1446 ratifica el principio de la autonomía de la voluntad “Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos”**



correctamente hacia un mayor respeto de la autonomía de la voluntad en la faz interna para este tipo social no regular<sup>9</sup>.

En efecto, en la actualidad nuestro derecho reconoce de manera expresa la primacía de la autonomía de la voluntad en aquellas relaciones de organización asociativas que no constituyen sociedad<sup>10</sup> y también reconoce – como regla general y con razonables limitaciones – la primacía de dicho principio en la faz interna de aquellas relaciones asociativas informales (no inscriptas) que sí constituyen sociedad<sup>11</sup>.

Esta situación podría equivocadamente llevar a sostener la falta de utilidad de la tarea de indagar los elementos esenciales de la sociedad ya que – finalmente – ambos caminos llevan, con sus matices, a la autonomía de la voluntad. No comparto esta posición por diversas razones. En primer lugar, si bien se ha avanzado en el derecho societario hacia el respeto de la autonomía de la voluntad (y es de esperar que esta tendencia, con la que estoy de acuerdo, continúe), existen características propias del régimen societario generador de una persona jurídica que interactúa con terceros, que justifican ciertas limitaciones a dicho principio. Es decir, siempre en el ámbito contractual el respeto de la autonomía de la voluntad será mayor que en el ámbito societario, en el cual es natural que existan limitaciones fundamentalmente vinculadas con la actuación común exterior de la sociedad y su vinculación con terceros. En segundo lugar, siempre es importante identificar los elementos esenciales de toda figura jurídica ya que ello tiene relevancia práctica, entre otras cuestiones, para la aplicación de la analogía o los principios generales a situaciones no reguladas expresamente o, inclusive, para ver si el ordenamiento jurídico acierta

---

<sup>9</sup> Sobre la autonomía de la voluntad en el derecho societario, ver CABANELLAS, Guillermo (h), “Función económica del derecho societario”, RDCO 1989-279; DUPRAT, Diego, “La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales”, LL 12/12/2013, AR/DOC/3886/2013; ROTHENBERG, Mónica, “Autonomía de la voluntad y sociedades de capital”, Astrea, Buenos Aires, 2019; y BALBIN, Sebastián, “Sobre la autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario”, LL AR/DOC/11/2020. La nueva normativa fue en general bien acogida, aunque se levantaron voces contra la eliminación de la responsabilidad solidaria para estas sociedades residuales. Puede verse, ROITMAN, Horacio, AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA, Eduardo, “Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), AR/DOC/3841/2014 y, en una posición crítica a la reforma, NISSEN, Ricardo A., “Reflexiones en torno a las sociedades incluidas en la sección IV de la ley 19.550, las sociedades por acciones simplificadas y el futuro del Derecho societario argentino”, La Ley 2019-E, 1105, AR/DOC/2502/2019

<sup>10</sup> Artículo 1447 CCC: “*Aunque la inscripción esté prevista en las Secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes*”

<sup>11</sup> La ley 26.994 – que sancionó el Código Civil y Comercial – dejó sin efecto la norma que declaraba ineficaz los “*los derechos ... nacidos del contrato social*” entre los propios socios ante una sociedad no constituida regularmente (art. 23, ley 19.550). Actualmente, tanto el artículo 22 como el 23 de la ley 19.550 consagran la eficacia del contrato social y de las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad, respectivamente, entre los socios.



al indicar los elementos configuradores de un determinado concepto. En tercer lugar, el tema sigue siendo esencial en aquellos ordenamientos – como el nuestro – en que se reconoce personalidad jurídica a *todas* las sociedades, no solo a las formalmente registradas, por el evidente efecto que produce en terceros la personalidad jurídica que se genera con la aparición de una sociedad, lo que – para aquellas sociedades informales no inscriptas – requiere obviamente contrastar la presencia (o no) de aquellos elementos esenciales que precisamente configuran una sociedad.

## **II. Contratos asociativos y sociedad**

Debemos al proyecto de unificación civil y comercial del 1987 la propuesta de incorporar una regulación sobre contratos asociativos a nuestro ordenamiento<sup>12</sup>.

La figura del contrato asociativo surge como superadora de la figura del contrato de plurilateral de organización e incluye tanto a los contratos plurilaterales personificantes (asociación, sociedad) como a los no personificantes (como “*joint ventures*” o los “típicos” en nuestro derecho: unión transitoria, agrupación de colaboración o consorcio de cooperación)<sup>13</sup>.

Se los ha definido como aquellos en el cual dos o más partes acuerdan [realizar determinados actos] para obtener con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común<sup>14</sup>. Su función no se agota con el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes. En los contratos asociativos, explica Richard, existe una comunidad de fin, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo un interés (o finalidad) común<sup>15</sup>.

El Código Civil y Comercial no los define de manera expresa, optando por disponer que serán aplicables las disposiciones del capítulo donde los regula (precisamente intitulado “Contratos asociativos”<sup>16</sup>) a todo contrato de

---

<sup>12</sup> Si bien el Proyecto del 87 incorporaba el tema, las normas propuestas tenían un contenido diferente al finalmente adoptado por el Código Civil y Comercial sancionado, que se basan más en la regulación propuesta por la llamada Comisión Federal del año 1993, que fue base del Proyecto del año 1998 y del actual Código Civil y Comercial (ver ARAYA, Miguel, “Contratos asociativos”, en “Contratos y sociedades en el proyecto de código civil y comercial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2013).

<sup>13</sup> ARAYA, Miguel, “Contratos asociativos”, *ob. cit.*, pág. 6

<sup>14</sup> ARAYA, Miguel, “Contratos asociativos”, *ob. cit.*, pág. 8

<sup>15</sup> RICHARD, Efraín Hugo, “El Código Civil y Comercial y contratos asociativos. Negocio en participación y agrupamiento de colaboración”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), AR/DOC/1054/2015

<sup>16</sup> Capítulo 16 (arts. 1442 a 1478), aunque las normas aplicables a todo contrato asociativo son las disposiciones generales (arts. 1442 a 1447).



# DECONOMI

colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que *no es sociedad* (art. 1442).

Nuevamente entonces, el problema está en determinar si una determinada relación de organización asociativa es o no sociedad, ya que de tener dicho carácter estaremos fuera del mundo contractual. Veamos pues los elementos esenciales de los contratos asociativos.

En primer lugar, nos dice Palmero<sup>17</sup>, aparece la *finalidad común*, generadora de una “*convergencia de conductas*” que “... *se traducen en prestaciones coadyuvantes, orientadas hacia un fin común*”. Esta característica viene a ser el rasgo distintivo de estos contratos frente a los contratos de cambio, en los que las partes están enfrentadas y el mayor beneficio para uno determina normalmente un menor beneficio para el otro. En este tipo de contratos, explica Manóvil, “...*la causa fin del contrato no es ya la contraprestación de la otra parte, sino la actividad colaborativa, cooperativa o de coordinación*”<sup>18</sup>.

En segundo lugar, el fin común y la existencia de una serie de conductas orientadas hacia dicho fin requiere una *organización*, que coordina y unifica las diferentes prestaciones de índole material o personal que se orientan hacia la consecución del fin común<sup>19</sup>. Esta organización que podrá ser muy tenue – o hasta inclusive confundirse con las previsiones contractuales, como normalmente ocurrirá en el negocio en participación - no deberá en aquellos contratos en que tenga un mayor desarrollo (como las AC o UT) posibilitar la interacción con el mundo exterior de uno de sus miembros (o de una determinada persona) actuando como un nuevo y único sujeto, ya que en este caso estaremos ya ante una persona jurídica, es decir, habremos ido más allá del contrato asociativo para llegar a la sociedad.

En tercer lugar, el contrato asociativo presupone el desarrollo de una *actividad común*, orientada a la consecución del fin común, que es precisamente

---

<sup>17</sup> PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones entre contrato y personalidad” en “Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria”, La Ley, tomo II, pág. 1374 y sgtes.

<sup>18</sup> MANOVIL, Rafael M. “Contratos de colaboración y sociedad” en ETCHEVERRY, R., CHOMER, H. y GENOVESI, L., “Derecho comercial y de los negocios”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Eudeba, 2007, tomo I, pág. 101 y sgtes.

<sup>19</sup> “... *todo negocio asociativo presupone necesariamente, la presencia de una organización, que reviste esta característica en función de la finalidad del negocio y que a la postre, todos estos elementos se subsumen y armonizan en miras a un mejor y más eficiente resultado del proyecto compartido*” (PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones ...”, *ob. cit.*, pág. 1376)



# DECONOMI

la contracara de la “organización” Dice Palmero: “... el negocio asociativo, al estar sustentado en base a una organización, actúa ineludiblemente a través de una multiplicidad de actos independientes de la más diversas especies, los que considerados en conjunto y con relación al fin, dan lugar claramente a la presencia y desarrollo de una verdadera actividad común ...”<sup>20</sup>. También en este caso, la actividad común o coordinada no deberá generar una *actuación común externa*, ya que en este caso estaremos saliendo de la figura del contrato para caer en la sociedad.

Finalmente, también como una derivación de la *organización*, existirá una *estabilidad o permanencia temporal* propia de este tipo de contratos, que se diferencian de los actos aislados propios de los contratos de cambio<sup>21</sup>.

### **III. Elementos esenciales de la sociedad**

3.1. Al ser la sociedad una “especie” del “género” de los contratos asociativos, no nos puede extrañar que cuando la doctrina describe los elementos esenciales de la sociedad mencione a los indicados para los contratos asociativos. Veremos, sin embargo, que si bien hay una raíz común, existen también importantes diferencias.

Girón Tena identifica los siguientes elementos mínimos (es decir, esenciales) del concepto: *manifestación externa, patrimonio común, durabilidad* y un *fin económico común*<sup>22</sup>. A dichos elementos, corresponde agregar – en nuestro derecho y en todos aquellos que reconocen personalidad jurídica a las sociedades- el de “*centro de imputación diferenciada*”, como derivación lógica del concepto de sujeto de derecho de la sociedad<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones ...” *ob. cit.*, pág. 13. Como se describe más adelante (punto III), en aquellos casos en que esta actividad se manifiesta hacia el exterior de manera común, surgirá la “*actuación común externa*” que implicará la personificación del negocio asociativo, dando nacimiento a la sociedad.

<sup>21</sup> PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones ...”, *ob. cit.*, pág. 1383. En el trabajo que estamos siguiendo, Palmero agrega el centro de imputación diferenciada para aquellos contratos asociativos con personalidad, es decir la sociedad.

<sup>22</sup> GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 26. Más adelante, explica que “*la generalidad de un concepto es tanto mayor cuanto menos sean los requisitos o elementos que se le piden*”, describiendo los elementos esenciales de la sociedad en sentido “amplio” y luego distinguiendo entre sociedad en “sentido estricto” y asociación (GIRON TENA, *ob. cit.*, pág. 29).

<sup>23</sup> Así lo hace RICHARD, quien enuncia los siguientes elementos esenciales de la sociedad en sentido estricto: “*a. la manifestación externa; b. la constitución de un patrimonio común o autónomo; c. la durabilidad; d. el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación; e. actividad u origen negocial; f. organización o forma organizada; g. reconocimiento legal de personalidad; h. que se agregan, obviamente, al fin u objeto común*”. No veo diferencias con la descripción propuesta por Girón que adopto en este artículo ya que ya que el elemento d) (*fin económico común*) se engloba con el h) (*fin u objeto común*) y el a) (*manifestación externa*) con el e) (*actividad un origen negocial*)



# DECONOMI

Como se explica más abajo, el principal elemento (el “fin común”) nuestra aquí una cualidad de mayor integración que en el mundo asociativo contractual que da lugar a la “comunidad de riesgo”; se mantiene la “durabilidad” – que Palmero llama “estabilidad o permanencia temporal”-; la “actividad común” también avanza hacia una “manifestación externa común o conjunta”, generando así la imputación diferenciada normativa que da lugar a la personalidad jurídica y, como resultado de ésta última, aparece el “patrimonio común” propio de todo sujeto de derecho.

3.2. En su aspecto societario, el “fin económico común” se traduce en una “solidaridad de intereses de los socios” con la actividad social. Todos los socios deben contribuir a la obtención del fin social acordado y todos gozarán (o sufrirán) los resultados. Este elemento es sin dudas el principal de los elementos esenciales: *“no hay duda, en la doctrina de todos los países, acerca de que la nota peculiar de la Sociedad es la índole común del fin y su promoción por los socios”*<sup>24</sup>.

La idea central en la sociedad, dice Girón Tena, es la solidaridad (comunidad) de intereses de los socios con el fin u objeto social, lo que implica que todos contribuyan a su obtención, que a todos los afecten los resultados y que, de una u otra manera, todos puedan exigirse que sea así<sup>25</sup>.

Aparece así, como un aspecto ineludible de este elemento esencial, la “comunidad de riesgo”: *“hay ya sociedad con la plena comunidad en lo favorable y adverso y con la contribución al fin común”*, nos dice Girón Tena refiriéndose al concepto “amplio” de sociedad<sup>26</sup>.

En palabras de Manóvil: *“En la sociedad ... hay un riesgo común y, consecuentemente, un destino común, porque la calidad genérica de los derechos de todos es igual y porque aquel riesgo depende de la gestión también común del patrimonio formado por los aportes puestos en común, [existiendo así] ... un interés común”*; *“... aquél interés común derivado del riesgo y de la*

---

<sup>24</sup> GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 40.

<sup>25</sup> GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 40

<sup>26</sup> GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 41



# DECONOMI

*vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa-fin de la sociedad”<sup>27</sup>.*

El hecho de ser parte de una sociedad no implica que cada socio debe dejar de perseguir su mejoramiento individual, lo que sucede es que cada socio obtiene dicha mejora a partir (y a través) de su participación en la sociedad. Se dice, por ello, que los socios “corren en conjunto el riesgo empresarial”, lo que precisamente genera la *comunidad de riesgo*.

Sobre este primer elemento de un fin común, existe una discusión sobre si el fin debe necesariamente ser “lucrativo” o, inclusive, económico. En nuestro derecho, en su recordado artículo sobre el concepto de sociedad analizando el proyecto de lo que luego sería la ley 19.550, Halperín propuso una interpretación amplia del concepto (finalmente adoptada en el texto legal de 1972), a fin de permitir la constitución de sociedades con el objeto de investigación técnica o experimentación de nuevos procedimientos en beneficio de los socios<sup>28</sup>.

En el derecho español, Paz-Ares – siguiendo a Girón Tena<sup>29</sup> - sostiene que se debe construir el concepto de sociedad sobre “... *bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin*”, prescindiendo del requisito del fin lucrativo<sup>30</sup>.

En nuestro derecho, inclusive y desde el año 1972, se permite que la asociación adopte la “forma de sociedad” para desarrollar su objeto<sup>31</sup> - y por ende quede regulada por la Ley General de Sociedades pese a tener un objeto de bien

<sup>27</sup> MANOVIL, Rafael M., “Contratos de colaboración y sociedad”, *ob. cit.*, pág. 116)

<sup>28</sup> HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales”, RDCO, 2, pág. 265 y sgtes. La posición de Halperín fue posteriormente incluida en la exposición de motivos de la ley 19.550 “... *se exige que las sociedades persigan la producción o intercambio de bienes o servicios. En este sentido, la Comisión estimó prudente hacerse eco de las críticas que en el derecho italiano se hicieron a la fórmula ‘actividad económica’ en mérito a que ésta, si bien implica una actividad patrimonial, no significa necesariamente la finalidad de lucro. Por otro lado, la locución adoptada obvia todo problema cuando la actividad no sea productiva en sentido económico, como sería el caso de las sociedades constituidas por la mera administración o conservación de bienes o para la investigación técnico-industrial*”

<sup>29</sup> GIRÓN TENA señala que si optamos por un concepto amplio de asociación-sociedad - como género-, sin incluir el fin de lucro como elemento esencial, entonces deberemos también concluir que este tipo de sociedad “amplia” puede tener causas-fin de distinta índole, a saber: lucrativa, mutualista o cooperativista, agrupacional o consorcial y asociativo (sin fin lucrativo) (GIRON TENA, *ob. cit.*, pág. 38, con cita de Ghidini, pág. 12-33)

<sup>30</sup> PAZ ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” en “Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios de homenaje a José Girón Tena”, Civitas, 1991, pág. 730 y sgtes.

<sup>31</sup> El art. 3º de la Ley General de Sociedades dispone que “*las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones*”.



# DECONOMI

común y sin fines de lucro<sup>32</sup> , que se justifica sólo si aceptamos que la sociedad es una técnica de organización<sup>33</sup>.

Desde un punto de vista teórico, la no inclusión de un fin económico como el fin u objeto genera complicaciones para diferenciar entre sociedad y asociación e inclusive para distinguir cuál es el género y cuál la especie, tal como puede leerse en las obras clásicas<sup>34</sup>. Hoy esta discusión ha quedado superada en nuestro derecho, al aceptar como género a los contratos asociativos y como especies los distintos contratos de organización “personificantes” (sociedad, asociación) o no “personificantes”, innominados (*joint ventures*) o nominados (negocio en participación, UT, AC, consorcio de cooperación).

3.3. El elemento de la *manifestación externa* deviene también esencial. La actividad común o coordinada del negocio asociativo deberá generar una *manifestación o actuación externa* que actué – por efecto de la organización jurídica – dando así surgimiento a un nuevo sujeto en cuyo resultado participarán todos sus miembros (socios).

La *manifestación externa* es un elemento esencial para la configuración de una sociedad, de acuerdo al concepto aceptado en nuestro derecho. Es precisamente la ausencia de esta *manifestación externa* la que quita el carácter societario al hoy denominado negocio en participación (antes, “sociedad accidental o en participación”). En nuestro derecho, la “sociedad interna” no es sociedad – en sentido estricto - fundamentalmente por existir sólo en el ámbito interno. El otro argumento que también se utiliza (“*no es sociedad por no ser persona jurídica*”) no es correcto ya que de lo que se trata es precisamente de discernir si es o no sociedad. Si fuera sociedad (es decir, si

---

<sup>32</sup> La definición es de RAGAZZI, Guillermo, quien propone modificaciones al actual art. 168 del Código Civil y Comercial, que adopta una imprecisa definición de asociación por la negativa de su objeto (RAGAZZI, Guillermo Enrique, “Propuesta de reformas al Código Civil y Comercial. Asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones”, La Ley 14/08/2018, AR/DOC/1613/2018)

<sup>33</sup> Así lo hace RAGAZZI Guillermo: “Desde una perspectiva moderna del concepto de sociedad comercial como recurso técnico de organización, la solución legislativa no parece criticable; incluso, puede resultar una forma instrumental útil para encarar actividades no lucrativas y con reglas compatibles con dicho objeto, aunque sujeta a la rigurosidad de la organización societaria y al cumplimiento de las cargas que devienen del tipo adoptado” (RAGAZZI, Guillermo, “Asociación bajo forma de sociedad. Ajustes, desajustes y conflictos”, en “Tratado de los conflictos societarios” DUPRAT, Diego (director), Abeledo Perrot, tomo I, pág. 499 y sgtes, 2012”)

<sup>34</sup> “La diferencia entre el género asociación y la especie sociedad, queda, pues, limitada al terreno del objeto. En esta última las partes se vinculan para poner juntas prestaciones singulares a fin de conseguir, conjuntamente, una ventaja económica individual. A tal fin se organizan fijando la norma de las relaciones del grupo y en esta organización cada cual encuentra la propia compensación, no en la prestación de los demás, sino en la participación en el resultado útil obtenido mediante la conjugación de las prestaciones” (BRUNETTI, Antonio, “Tratado del derecho de las sociedades” (traducida por Felipe Solá Cañizares), Librería el Foro, tomo I, pág. 14)



# DECONOMI

estuvieran reunidos los elementos esenciales de la sociedad, incluyendo justamente el que no está presente, el de la manifestación externa), sería persona jurídica.

Por estas razones, desde hace largos años ya la doctrina<sup>35</sup> venía sosteniendo el carácter contractual de la “sociedad” accidental o en participación, lo que finalmente quedó consagrado con la sanción de la ley 26.994, que modificó su denominación – adoptando el de “negocio en participación” – y mudó su regulación al mundo contractual, junto con los restantes contratos asociativos<sup>36</sup>.

3.4. El “patrimonio común” o, para ser más precisos, “propio” que se forma con los aportes de los socios, pero “separado del de éstos”,<sup>37</sup> es esencial para que estemos ante una sociedad. Esta “autonomía patrimonial” es representativa de la figura societaria y significa un elemento diferenciador con la relación asociativa contractual amplia, en el cual “*las prestaciones de las partes no se dirigen a ente alguno*” sino que “*... están destinadas a posibilitar el desarrollo del negocio, pero no forman un patrimonio diferenciado del de sus miembros*”<sup>38</sup>.

Si no se aceptaran como elementos esenciales el patrimonio autónomo y la manifestación externa, entonces no habría restricción para considerar “sociedad” a la sociedad “interna” (como la *societas* romana), en la que la contribución de cada socio es asumida desde un punto de vista estrictamente *obligacional*, pero sin sujeto autónomo diferenciado. En nuestro derecho, este fue el camino que adoptó el Proyecto de Unificación del año 87 cuando propuso una definición amplia de sociedad, siguiendo a la sociedad simple del derecho suizo (“*... contrato por el cual dos o más personas se reúnen*”).

---

<sup>35</sup> ANAYA, Jaime L. “Sociedades accidentales o en participación”. Bs.As., Cangallo, 1970; PLINER, Adolfo, “Sociedad accidental y asociación, sociedad o negocio o en participación. Necesidad de un replanteo normativo”, ED t. 62, pág. 709.

<sup>36</sup> La doctrina ha mayormente apoyado la nueva normativa sobre el tema (ver, por todos RICHARD, Efraín Hugo, “Contratos asociativos”, RDCO 270, 16/02/2015, AR/DOC/4626/2015 y MANOVIL, Rafael M. “Algunas de las Reformas al régimen societario en el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, en Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 13/11/2012, LA LEY2012-F, 1334; en contra, ver VERON, Alberto Víctor, “Negocio en participación (sociedad accidental o en participación) en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 07/04/2015, AR/DOC/816/2015

<sup>37</sup> MANOVIL, Rafael M. “Contrato de colaboración y sociedad”, *ob. cit.*, pág 115.

<sup>38</sup> MANOVIL, Rafael M. “Contrato de colaboración y sociedad”, *ob. cit.*, pág 115.



# DECONOMI

para obtener con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común”), recibiendo fuertes críticas a nivel doctrinario<sup>39</sup>.

3.5. El elemento de la durabilidad o no transitoriedad - que Palmero denomina “estabilidad o permanencia temporal” - es también un elemento esencial, que en esencia deriva de la necesidad de que exista un proyecto o actividad en pos de un fin común económico determinado. Sin embargo, no se observan diferencias de grado respecto de este elemento entre los contratos asociativos no personificantes y la sociedad. De hecho, nada impide que una agrupación de colaboración (por ej. para realizar actividades de investigación entre sus miembros) tenga una duración mayor que una sociedad constituida con un objeto específico.

3.6. Finalmente, el “centro de imputación diferenciada” estará – en nuestro derecho<sup>40</sup> - siempre presente cuando hablemos de sociedad, atento su carácter de persona jurídica. Si bien de este elemento deriva el patrimonio autónomo (lo que autorizaría a prescindir de este último en la descripción de los elementos esenciales), en virtud del carácter fáctico del elemento patrimonial, la determinación sobre su presencia (o no) ayudará a concluir si existe (o no) un “centro de imputación diferenciada”.

3.7. Para concluir, no es requisito para la existencia de sociedad ningún elemento intencional subjetivo, como en algún momento se consideró a la *affectio societatis* siguiendo el derecho francés<sup>41</sup>. Ello no implica desconocer la importancia de la noción objetiva de *affectio societatis* para diferenciar los vínculos societarios de aquellos que no lo son<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Este tipo contractual residual hubiera tenido la capacidad de subsumir las figuras atípicas e informales pero no recibió fuertes críticas ya que utilizaba un concepto “amplio” de sociedad para regular figuras asociativas que tendrían (o no) personalidad jurídica según lo determine un juez, creando así inseguridad jurídica. Una crítica a la regulación propuesta por el Proyecto puede verse en PALMERO, Juan C., “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la nación” RDCO 1987-817 y en MANOVIL, Rafael, “Las simples ‘sociedades’ y otras cuestiones críticas del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en materia societaria” en Revista Jurídica de Buenos Aires (Facultad de Derecho, UBA), 1988-III, p. 29.

<sup>40</sup> No es así en otros países, como Alemania e Italia que tradicionalmente no reconocen personalidad jurídica a las sociedades de personas, si bien la cuestión no es pacífica (Ver nota 35 del trabajo de PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones ...” *ob. cit.* con cita de AGUIRRE, Hugo, “El debate sobre la personalidad jurídica en las sociedades de personas en Italia” (Inédito).

<sup>41</sup> GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pag. 44. En sentido concordante, MANOVIL, Rafael M. “Grupos de sociedades (en el derecho comparado)”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pag. 569. HALPERIN la define como “*la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada*” (HALPERIN, Isaac, “Curso de derecho comercial”, Depalma, t. I, pag. 243, Buenos Aires)

<sup>42</sup> MANOVIL, Rafael M, “Grupos”, *ob. cit.*, pag. 570 (con cita de FARGOSI, Horacio, La “*affectio societatis*”, Valerio Abeledo, 1955, pag. 11)



## IV. Los elementos esenciales en la definición de la Ley General de Sociedades

Una vez identificados los conceptos diferenciadores o esenciales, corresponde detenerse en la definición que trae el artículo 1 de la Ley de General de Sociedades nro. 19.550 (“LGS”)<sup>43</sup>.

*“Habrá sociedad si una o más personas ...”*

Desde el año 2015, con la sanción del Código Civil y Comercial, la LGS (i) no diferencia más entre sociedad comercial y civil, regulando a todas las sociedades<sup>44</sup>; y tampoco (ii) incluye a la pluralidad de socios como un elemento esencial de la sociedad.

*“... en forma organizada...”*

Aparece aquí el elemento – ya mencionado en los puntos anteriores de este trabajo - de la organización jurídica, como conjunto de órganos societarios que sirven para formar la voluntad social de la sociedad, y como tal, deben estar presentes.

No debe entenderse la referencia a *organización* como la exigencia de una organización *empresarial* sino *jurídica*<sup>45</sup>, ya que ello llevaría a incorrectamente a suponer que sólo habría sociedad cuando existiera una “hacienda empresarial” de la cual la sociedad sería titular.

*“conforme a uno de los tipos previstos en esta ley”*

Normalmente se sostiene que el requisito de la tipicidad viene impuesto por la necesidad de que socios y terceros conozcan cuales son las consecuencias de formar parte de una sociedad.

---

<sup>43</sup> En su recordado artículo sobre el concepto de sociedad, HALPERÍN se pregunta sobre la conveniencia de incluir una definición de sociedad en el proyecto de ley y recuerda los antecedentes de la norma (HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad ...”, *ob. cit.*, pág. 265, nota 1). Ver el desarrollo de los distintos elementos en ESCUTI, Ignacio (h), “Sociedades”, Astrea, Buenos Aires, 2006.

<sup>44</sup> Corresponde recordar que la ley 19.550 regulaba sólo a las sociedades comerciales, no así a las civiles (a diferencia del Anteproyecto Malagarriga – Aztiria, que regulaba a todas las sociedades). Bajo el Código de Comercio, hasta el año 1972 en que se sancionó la Ley de Sociedades Comerciales se diferenciaba a las sociedades civiles y comerciales por el *objeto*. La cuestión cambió con la sanción de la ley 19.550, que distinguía unas de otras por el *tipo* utilizado. Antes de 2015, si la sociedad adoptaba uno de los tipos regulados en dicha ley, se estaba ante una sociedad comercial, independientemente de que realizara actividades que uno pudiera considerar como “civiles”

<sup>45</sup> “La exigencia se refiere a esa organización de la estructura jurídica, para el funcionamiento de la sociedad y no a la organización de los elementos integrantes de la empresa, noción económica (bienes, servicios, dirección); es el aspecto jurídico de uno de los elementos de la noción económica, el empresario colectivo (sociedad)” (HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad ...”, *ob. cit.*, pág. 268 y sgtes.



# DECONOMI

Se defiende la “tipicidad” bajo el argumento de que si no existiera, podrían existir sociedades sin algunos de los “requisitos esenciales tipificantes”, por ejemplo, sin órganos de administración o gobierno. Ello podría perjudicar a nuevos accionistas o a los acreedores de la sociedad, que tendrían dificultades para determinar los derechos que les corresponden, ya sea como socios o frente a la sociedad<sup>46</sup>.

No creo que ello sea así, particularmente a partir del año 2015 en que las sociedades atípicas, así como las informales, de hecho e irregulares quedan todas sujetas al tipo residual de las normas de la Sección IV LGS. Es evidente, entonces, que la tipicidad no es un requisito esencial para la existencia de sociedad desde el momento en que este tipo de sociedades atípicas son reconocidas por el propio ordenamiento como sociedades<sup>47</sup>.

Acertadamente, el Proyecto Anaya Etcheverry Bergel del año 2005 eliminaba la referencia al tipo de la definición del artículo 1<sup>48</sup> y la sanción de nulidad por atipicidad, aplicando a estos casos las normas de las sociedades irregulares, tal como se prevé actualmente.

*“... se obligan a realizar aportes...”*

El aporte es un elemento esencial: sin aporte no hay socio, y sin socio no hay sociedad. Se reitera aquí lo expresado más arriba sobre la necesidad de un patrimonio propio de la sociedad, como elemento esencial para su existencia.

*“... para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios”*

Los aportes deben ser aportados por los socios *para ser aplicados* a una actividad económica: la producción o intercambio de bienes o servicios<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> “La adopción de los tipos ad solemnitatem y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento a ellos (art. 17) responde al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto” Exposición de motivos, ley 19.550, siguiendo la posición de HALPERIN.

<sup>47</sup> En contra NISSEN, quien las califica de “anomalías societarias” (“... no son las entidades comprendidas en la actual Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, ni “sociedades simples” ni “sociedades residuales”, sino un conjunto de anomalías societarias, cuya inclusión en el ordenamiento societario argentino está inserta geográficamente a continuación del régimen de la nulidad societaria y muy lejos de los tipos sociales, lo cual no es precisamente una casualidad ni una mala técnica del legislador”) (NISSEN, Ricardo, “Reflexiones ...”, ob. cit.)

<sup>48</sup> Lamentablemente, la ley 26.994 no siguió al Proyecto del 2005 en esta propuesta.

<sup>49</sup> Ver la posición de HALPERIN *ut supra*, nota 27



# DECONOMI

Surge aquí el tema de la vinculación de la sociedad con la empresa<sup>50</sup>. Debe destacarse, sin embargo, que la ley *no exige* que exista una hacienda empresaria para tener por configurada la sociedad; lo que se requiere es que las contribuciones aportadas por los socios tengan *el destino de ser aplicadas* a la producción o intercambio de bienes o servicios. Pero en caso de que ello no ocurra y los aportes se mantengan dentro del patrimonio social, también habrá sociedad mientras los socios continúen corriendo el riesgo empresario de manera común.

*“... participando de los beneficios y soportando las pérdidas”*

Como se indicó más arriba, es éste el elemento diferenciador esencial de la sociedad: la *comunidad de riesgo*, que significa correr de manera conjunta el riesgo empresario para participar de los beneficios que se generen y afrontar en conjunto las eventuales pérdidas.

Este elemento constituye la causa-fin de la sociedad, que se interrelaciona aquí con el concepto de *interés social* que no debe ser entendido como el interés de la sociedad como institución por encima de los socios ni tampoco como el interés de la mayoría sino como el *“común denominador del interés jurídico de los socios en la sociedad”*<sup>51</sup>.

## **V. Conclusiones**

La identificación de los elementos esenciales de la sociedad permite discernir, en el caso concreto, si estamos ante un negocio asociativo sociedad – generador de un sujeto de derecho distinto a sus socios – o bien si nos mantenemos en el mundo contractual asociativo.

No obstante compartir una raíz común, los elementos esenciales de la sociedad se intensifican y diferencian respecto de aquellos de los contratos asociativos. Dos de dichos elementos (fin común y actividad común) aparecen –

---

<sup>50</sup> Esta posición fue sostenida por BUTTY, Enrique M. “Inoponibilidad”, en el *V Congreso Nacional de Derecho Societario*, Advocatus, tomo II, pág. 644

<sup>51</sup> MANOVIL, Rafael, “Contratos ...”, *ob.cit.*, pág. 117 y en “Grupos ...”, *ob.cit.*, pág. 568 y sgtes. En palabras de Richard, “Para que exista sociedad en el derecho argentino (sentido estricto) debe existir una relación de duración, exteriorizada, con pluralidad de personas, de origen negocial, con aportes que constituyan un patrimonio separado del de los socios (principio de división patrimonial), con una organización diferenciada aunque fuere mínima y actuando en “forma organizada” conforme las figuras reconocidas que permitan contraer derechos y obligaciones imputables diferencialmente a ese patrimonio autogestante, a través del cual los socios podrán pretender se generen utilidades y se distribuyan, soportando el riesgo conforme a la forma jurídica, conforme al criterio del art. 1° LGS”. (RICHARD, Efraín Hugo, “El Código Civil y Comercial y contratos asociativos...”, *ob. cit.*, pág. 3). Actualmente, el elemento de la pluralidad de personas no es ya esencial.



# DECONOMI

en el ámbito societario – con una característica propia, generando el primero de ellos la comunidad de riesgo, que implica correr en conjunto el riesgo empresarial para participar en conjunto de los beneficios o afrontar las pérdidas, y el segundo de ellos, la manifestación o actuación común externa, que genera el centro de imputación diferenciada.

Es recomendable que una próxima reforma a la Ley General de Sociedades elimine del art. 1 la referencia a la tipicidad atento que dicho elemento no constituye ya un elemento esencial de la sociedad a partir del reconocimiento como sociedades del que actualmente gozan las sociedades atípicas.



## **“La configuración de los marcos de reestructuración preventiva en la directiva europea sobre reestructuraciones e insolvencia”**

por Ana Belén Campuzano<sup>52</sup>

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN GENERAL. II. LA CONFIGURACIÓN DE LOS MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA. 1. La detección temprana de las dificultades financieras. 2. La viabilidad económica. 3. La continuación de la actividad empresarial. 4. La negociación con los interesados. 5. La reducción del coste del procedimiento. 6. Los deudores con dificultades financieras. 7. El administrador de reestructuraciones. 8. Los planes de reestructuración. III. BIBLIOGRAFÍA

### **I. CONSIDERACIÓN GENERAL**

Que la reestructuración preventiva constituye uno de los ejes fundamentales de la *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia, DOUE L 172/18, de 26 de junio de 2019)*, es una cuestión fácilmente deducible del hecho de que los “marcos de reestructuración preventiva” y las “medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración” se integren en el título de la misma. La opción por el fomento e impulso de los procedimientos de reestructuración encaja en la creciente tendencia a incorporar soluciones preventivas (no sólo preconcursales, en cuanto alternativas al proceso concursal, sino realmente previas al estado de insolvencia) en el derecho de la crisis económica. En ese contexto se sitúa la Directiva europea sobre reestructuración e insolvencia de 2019, cuyos principios

---

<sup>52</sup> Catedrática de Derecho Mercantil - Universidad San Pablo CEU



# DECONOMI

y reglas se mantienen, así como las expectativas que genera su incorporación a la legislación de los Estados miembros, aunque las condiciones económicas en las que la Directiva fue aprobada hayan cambiado profundamente a consecuencia de la pandemia sanitaria o, quizás por eso. Ciertamente, las actuales circunstancias han elevado el protagonismo de los marcos, medidas y procedimientos de reestructuración preventiva, aunque, probablemente, se esté pensando más en la eficiencia de la reestructuración que en la parte preventiva, habida cuenta de las conocidas dificultades financieras en el tiempo presente.

En todo caso, como señala en su primer Considerando, el objetivo de la Directiva es *contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva (...), eliminando tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad (...) y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.*

La Directiva se entiende sin perjuicio del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia y demás normas de la Unión Europea o convencionales que regulen la materia, dado que el objetivo es que sea compatible y complementaria con dicho Reglamento, cuya aplicación es directa. Como se indica en los considerandos de la Directiva, el Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, regula las cuestiones de competencia judicial, reconocimiento y ejecución, derecho aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, así como la interconexión de los registros de insolvencia. Su ámbito de aplicación abarca los procedimientos preventivos que promueven el rescate de los deudores económicamente viables y los procedimientos de exoneración para los empresarios y otras personas físicas. Sin embargo, el Reglamento no aborda las disparidades en las normativas



# DECONOMI

nacionales que regulan dichos procedimientos. Además, al limitarse a las insolvencias transfronterizas, el Reglamento no permite eliminar todos los obstáculos a la libre circulación y tampoco es viable que los inversores determinen de antemano la naturaleza nacional o transfronteriza de las posibles dificultades financieras del deudor en el futuro. Por ello, a través de la Directiva se persigue, entre otras finalidades, establecer unas normas sustantivas mínimas para los procedimientos de reestructuración preventiva.

Por otro lado, los Estados miembros que sean parte del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, firmado en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, y sus Protocolos, deben poder continuar cumpliendo sus obligaciones internacionales adquiridas. Las disposiciones de la Directiva relativas a los marcos de reestructuración preventiva deben aplicarse con las excepciones necesarias para garantizar una aplicación de dichas disposiciones sin perjuicio de la aplicación de dicho Convenio y de sus Protocolos.

La Directiva 2019/1023, de 20 de junio, por tanto, persigue, entre otros objetivos, que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, en particular con el fin de reducir su duración. En sus considerandos destaca que mejorar estos marcos y los correspondientes procedimientos es necesario dado que (...) *existen diferencias entre los Estados miembros en cuanto al abanico de procedimientos de que disponen los deudores en dificultades financieras para reestructurar sus empresas. Algunos Estados miembros tienen una serie limitada de procedimientos que permiten la reestructuración de empresas solo en un momento relativamente tardío, en el marco de procedimientos de insolvencia. En otros Estados miembros, la reestructuración es posible en un momento más temprano, pero los procedimientos disponibles no son tan eficaces como deberían o son muy formales, en particular porque limitan el recurso a soluciones extrajudiciales. Las soluciones preventivas son una tendencia creciente en la normativa en materia de insolvencia. Se tiende a favorecer planteamientos que, a diferencia del clásico que consiste en la liquidación de las empresas en*



# DECONOMI

*dificultades financieras, tengan por objeto la recuperación de estas o al menos el rescate de aquellas de sus unidades que sigan siendo económicamente viables. Dicho planteamiento, además de aportar otros beneficios a la economía, a menudo contribuye a mantener los puestos de trabajo o a reducir las pérdidas de puestos de trabajo (...).* Por ello, al determinar el objeto y ámbito de aplicación de la Directiva se señala que, entre otras, establece normas sobre los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor y las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración.

La Directiva no resulta aplicable a estos procedimientos en el caso de deudores que constituyan: a) empresas de seguros o de reaseguros; b) entidades de crédito; c) empresas de inversión u organismos de inversión colectiva; d) entidades de contrapartida central; e) depositarios centrales de valores; f) otras entidades y entes financieros; g) organismos públicos con arreglo al Derecho nacional; y h) personas físicas que no tengan la condición de empresario. Sin perjuicio de que los Estados miembros pueden ampliar el elenco de sujetos excluidos respecto a deudores entidades financieras y, por el contrario, ampliar la aplicación de estos procedimientos a personas físicas insolventes que no sean empresarios. A ello se añaden posibles limitaciones, que quedan a la decisión de los Estados miembros, respecto a la limitación de la aplicación de los marcos de reestructuración preventiva a las personas jurídicas y en cuanto a exclusiones o no afectación de algunos créditos: créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales; obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; o créditos derivados de la responsabilidad extracontractual del deudor. En este último ámbito, por tanto, como en otros muchos aspectos de la Directiva, resultan sustanciales las decisiones que cada Estado miembro adopte en el proceso de trasposición de la norma. Sin embargo, esa potestad de los Estados no se traslada a los derechos de pensión de jubilación devengados, respecto a los cuales la Directiva señala que los Estados miembros garantizarán que los marcos de reestructuración preventiva no repercutan en los mismos.



# DECONOMI

Bajo estas premisas la reestructuración preventiva que persigue impulsar la Directiva se asienta en la previsión de procedimientos que ofrezcan a los deudores en dificultades financieras soluciones eficientes –en coste y en resultados- siempre que exista viabilidad. Para ello fija los objetivos y pautas de los marcos de reestructuración preventiva que han de establecer los Estados miembros –sin perjuicio de que pueden mantener o introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales marcos de reestructuración preventiva distintos de los previstos en la Directiva- y las características de estos procedimientos que, en gran medida, se asientan sobre la base de la adopción de planes de reestructuración y sus efectos. La Directiva define la reestructuración como *aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*. A partir de ahí, incluye numerosas referencias a los marcos y a los procedimientos de reestructuración en sus prolijos considerandos y, en el articulado, centra su Título II en los marcos de reestructuración preventiva, incidiendo en su disponibilidad en los Estados miembros, la facilitación de las negociaciones, los planes de reestructuración, la protección de las operaciones relacionadas con la reestructuración y las obligaciones de los administradores sociales. Evidentemente, la consecución de estos objetivos, a través de procedimientos flexibles y eficientes, requerirá también, como destaca la Directiva, que los Estados miembros garanticen que los miembros de autoridades judiciales y administrativas que conozcan de estos procedimientos cuenten con una formación adecuada y con los conocimientos especializados necesarios para el ejercicio de sus funciones. Dicha formación y dichos conocimientos especializados pueden adquirirse también durante el ejercicio de las funciones de miembro de una autoridad judicial o administrativa o, antes de la asunción de dichas funciones, durante el ejercicio de otras funciones pertinentes.



# DECONOMI

Los Estados miembros han de adoptar y publicar, a más tardar el 17 de julio de 2021, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, aunque se prevé que aquellos Estados que experimenten especiales dificultades para aplicar la presente Directiva puedan disfrutar de una prórroga máxima de un año del plazo de aplicación previsto, lo que han debido notificar a la Comisión antes del 17 de enero de 2021. Aunque algunos Estados miembros ya ha cumplido, o cumplirán, con el plazo de incorporación de la Directiva a sus legislaciones nacionales, también habrá Estados que harán uso de esta prórroga, más aún en el contexto generado como consecuencia de la pandemia sanitaria.

En los plazos de incorporación de la Directiva se excepcionan las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28 (utilización de medios electrónicos de comunicación), letras a), b) y c) que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024 y letra d) que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026.

En el caso del derecho español, la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR) ya destaca que *la imprescindible reordenación, clarificación y armonización del derecho vigente que representa este texto refundido no excluye que el proceso de reforma del derecho de la insolvencia haya finalizado. España tiene pendiente de transponer la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que tiene como finalidad establecer mecanismos de alerta ante el riesgo de insolvencia, dar una regulación más completa y coherente a los procesos de reestructuración preventiva de las deudas, simplificar el derecho concursal, aumentar la eficiencia, aligerar costes, y ampliar las posibilidades de obtención del beneficio de liberación de deudas. Pero el texto refundido que ahora se aprueba constituye la base idónea para acometer de forma más ordenada, clara y sistemática esa inexcusable transposición, tarea que, ya por sí misma reviste extraordinaria dificultad.* Y, en el ámbito de las medidas concursales temporales adoptadas para paliar los efectos del Covid 19, el Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, modifica la Ley 3/2020, de 18 de septiembre -que recoge estas medidas concursales temporales- y en su parte expositiva, señala que articula *la*



# DECONOMI

*prórroga de moratorias... concursales, precisando que se extienden hasta finales de año las moratorias para el desencadenamiento automático de procesos concursales, con el fin de dotar de un margen de tiempo adicional para que las empresas que están pasando por mayores dificultades como consecuencia de la pandemia puedan restablecer su equilibrio patrimonial, evitando una innecesaria entrada en concurso. Además, se mantienen las mejoras de agilidad en el proceso concursal, mientras se completa la modernización del régimen concursal español en el marco de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Añadiendo que la moratoria concursal proporcionará el marco adecuado para abordar el proceso de análisis y refuerzo de los balances y de reestructuración financiera, en el curso de 2021, en paralelo con la modernización del marco concursal con ocasión de la transposición de la correspondiente Directiva. De esta manera, el conjunto de medidas contempladas en el Real Decreto-ley permitirá apoyar a las empresas con problemas de solvencia desde las situaciones más leves hasta las más severas, siempre con el objetivo de apoyar el mantenimiento de la actividad y el empleo.*

A pesar de que en el derecho español se está, actualmente, en el período de transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia, el impacto de sus previsiones ya es perceptible. En efecto, las previsiones de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia han justificado que algunos juzgados mercantiles hayan aceptado el denominado prepack concursal - “paquete previo al concurso” o “empaquetado concursal”- a pesar de que este procedimiento no tiene reconocimiento legal en nuestra legislación concursal, motivo que lleva a otros juzgados a no admitir esta alternativa. Esta opción fue acogida en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020, al resolver la petición de medida cautelar solicitando el nombramiento de un experto independiente (que en el futuro podría ser el propio administrador concursal) que supervise el proceso de venta de unidad



# DECONOMI

productiva, para que dicha venta pudiera llevarse a cabo de forma simultánea o inmediata a la declaración de concurso, medida que se coordinaría con el precurso en tramitación ante otro Juzgado Mercantil. En el supuesto, se opta por formular la solicitud dentro de la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, entendiéndose que *no se puede considerar ajeno a su finalidad el tratar de efectuar las gestiones necesarias para entrar en el procedimiento concursal de la mejor de las maneras posibles, aunque sea previendo la venta de unidades productivas, que, por otra parte, no deja de ser una de las posibilidades de contenido de un convenio concursal (...)*. Por lo que respecta al fondo de la petición, la resolución judicial indica que *lo que se solicita, en esencia, en este procedimiento, es anticipar la designación del futuro administrador concursal cuya función sería simplemente de acompañamiento, sin suspender ni intervenir las facultades de administración y disposición del deudor, a efectos de supervisar las negociaciones (...)* y, en su caso, un posible acuerdo de venta de unidad productiva a incorporar junto con la posterior solicitud de concurso. El mecanismo anteriormente indicado, previo a la declaración de concurso y denominado *pre-pack* o *pre-packaged concursal*, se viene utilizando en el derecho comparado con mayores o menores diferencias en atención al país de referencia. La medida que ahora se propone se asemeja a la del *"silent trustee"*, figura de creación jurisprudencial en el derecho holandés cuya función es facilitar al futuro administrador obtener la mayor información posible acerca de la compañía en cuestión con carácter previo a su designación formal como administrador concursal, y ello para que pueda examinar todas las circunstancias económico-financieras y prever posibles soluciones, de modo que de resultar la alternativa más beneficiosa, pueda implementarse el *"pre-pack"* de forma inmediata a la declaración judicial de insolvencia por el juez competente. La petición mencionada, no regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, no resulta totalmente desconocida en la experiencia práctica concursal en España, pues el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, mediante Auto de 9 de enero de 2012 en el concurso (...) y tras reconocer que no se trataba de una posibilidad directamente prevista en la Ley Concursal pero tampoco prohibida, procedió a designar a un órgano interino de administración concursal con el objetivo de tutelar alguna de las actuaciones del deudor bajo



# DECONOMI

*comunicación del artículo 5 bis y de supervisar la preparación del posible procedimiento concursal. Más concretamente se estableció que dicha tutela suponía “anticipar algunas de las tareas de administración concursal, aquellas que no supongan facultades de decisión directa ni supongan la sustitución o intervención de las actuaciones del deudor”. Los razonamientos que llevaron a dicho Juzgado de lo Mercantil a acordar esta medida fueron en términos generales los siguientes: permitir que el administrador concursal interino supervise las decisiones que toma el deudor durante esta fase y que pueda adquirir conocimiento acerca del negocio, con el fin de que declarado el concurso este se trámite con la rapidez exigida para este tipo de operaciones; hacer posible una continuidad entre las decisiones pre y post concursales y, no debe tratarse de una medida justificada para todos los supuestos, sino que hay valorar caso por caso y ver las circunstancias concurrentes (“esta situación de tutela interina es especialmente importante cuando se trata de empresas en funcionamiento que tengan actividad industrial y que den empleo directo o indirecto a un número importante de trabajadores”). Además de lo expuesto, la Directiva (UE) 2019/1023 incluye entre sus objetivos conseguir que los estados implementen nuevas medidas tendentes a garantizar un más ordenado y eficiente procedimiento de liquidación, reduciéndose la excesiva duración de los procedimientos de insolvencia en beneficio de unos mayores porcentajes de recuperación. Por tanto, en una situación de “distressed” donde se plantee un escenario liquidatorio o incluso de concurso con activo insuficiente para el pago de créditos contra la masa, sin duda que la opción apuntada podría ser de interés con el fin de maximizar el activo. A esta fase de preparación de las operaciones sobre los activos de la empresa podrá serle de aplicación el carácter reservado propio de la comunicación de (...) la Ley Concursal (art. 583 TRLC), si así se hubiere solicitado. Acogiendo esta argumentación, en el caso concreto resuelto en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020 se considera adecuada la concesión de la petición realizada respecto al experto independiente, especificando su estatuto y funciones. Y dispone en el estatuto jurídico del experto independiente que el experto nombrado en esta fase pre-concursal será también el administrador concursal, una vez declarado el concurso, en su caso, y salvo causa justificada. En consecuencia, para su*



*nombramiento y durante su gestión resultarán de aplicación las normas establecidas por la Ley Concursal sobre nombramiento (...) de la administración concursal.*

Este prepack concursal ha sido acogido por los Juzgados Mercantiles de Barcelona (20 de enero de 2021) y por los Juzgados Mercantiles de Baleares (28 de abril de 2021), que determinan el procedimiento a seguir, al objeto de dotarlo no sólo de la mayor eficiencia posible, sino también de transparencia. El procedimiento, siguiendo estas consideraciones, ha sido aplicado en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga de 15 de febrero de 2021.

Por el contrario, sobre la base de que la legislación española aún no contempla esta figura -aun cuando considera deseable que así se haga, al trasponer la Directiva comunitaria sobre marcos de reestructuración temprana- la Guía de Buenas Prácticas para la venta de unidades productivas (Colegio de Abogados de Madrid, en colaboración con Economistas y Judicatura, aprobada por los Jueces Mercantiles de Madrid el 22 de enero de 2021).

## **II. LA CONFIGURACIÓN DE LOS MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA**

De los extensos considerandos de la Directiva, así como de su articulado, pueden deducirse algunos de los principales objetivos y características que han de procurar los marcos de reestructuración preventiva que se incorporen a las legislaciones de los Estados miembros, que habrán de incluir en sus legislaciones procedimientos de reestructuración efectivos, aunque ello no implique, necesariamente, que todos los deudores puedan acceder en las mismas condiciones (los Estados pueden exigir requisitos en atención a conductas rechazables de algunos deudores) y tampoco se impide que los Estados limiten el número de veces, dentro de un período determinado, que un deudor puede acceder a un marco de reestructuración preventiva.

### **1. La detección temprana de las dificultades financieras**

Los marcos de reestructuración preventiva persiguen, ante todo, una reestructuración efectiva de los deudores con dificultades financieras en un momento temprano. Delimitar el término “temprano” es, en realidad, complejo, dado que aunque el espíritu de la Directiva es que esa detección o alarma



# DECONOMI

temprana sea previa a la situación de insolvencia, no faltan las referencias a la insolvencia inminente. En efecto, la Directiva alude en diversas ocasiones a marcos de reestructuración preventiva temprana que eviten la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables y evitando, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. Como se destaca, cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Por ello, se incide en la necesidad de facilitar *información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva* a los que puede acudir el deudor a tiempo aún de adoptar medidas eficientes frente a sus dificultades financieras. Todo mecanismo que se implemente y sirva al objeto de esta alerta temprana –público o privado- redundará en un mayor éxito de la reestructuración, aunque la Directiva no atribuye a los Estados miembros ninguna responsabilidad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por los procedimientos de reestructuración derivados de dichas herramientas de alerta temprana. En este sentido, se pretende que el marco o marcos de reestructuración esté disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implica normalmente un total desapoderamiento -o, al menos, un relevante desapoderamiento- del deudor y el nombramiento de un administrador.

No obstante, si se atiende a la literalidad con la que en el articulado de la Directiva se inicia el régimen de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva, se aprecia que se incide en que *los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial.* No cabe duda, por tanto, de que el objetivo es detectar las dificultades financieras



# DECONOMI

con la mayor antelación posible, evitando que éstas se pongan de manifiesto cuando la insolvencia es ya actual. Pero no se rechazan los marcos de reestructuración preventiva en relación con la insolvencia inminente, teniendo en cuenta que ambos conceptos o “estados” se definen por la legislación de cada Estado. De hecho, las obligaciones de los administradores sociales que establece la Directiva (art. 19) se vinculan con la insolvencia inminente: los Estados se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa.

En el caso de la legislación española, la insolvencia es un estado; “ser” insolvente es “estar” en insolvencia; y estar en insolvencia exige cierto grado de continuidad. Indica el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15ª, de 11 de junio de 2007, que la expresión “estado de insolvencia” se entiende en un sentido flexible, que se identifica con la situación de incapacidad actual o inminente para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez, pero con activo superior al pasivo exigible. El artículo 597 del texto refundido de la Ley Concursal se refiere al deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, aunque es el artículo 2.3 del mismo texto (el presupuesto objetivo del concurso de acreedores) el que delimita el estado de insolvencia actual y de insolvencia inminente. En lo que aquí interesa, en la normativa concursal española se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art.2.3 TRLC). En estado de insolvencia inminente el deudor podría (es una facultad) solicitar su declaración en concurso y puede, igualmente, optar por una alternativa de derecho preconcursal (acuerdo de refinanciación y acuerdo extrajudicial de pagos). El concepto de insolvencia inminente gira en torno a la previsión de la imposibilidad de cumplir. El adjetivo inminente significa “que amenaza o está para suceder prontamente”. Insolvencia inminente equivale a insolvencia amenazante. Los elementos del concepto de insolvencia inminente son, en



# DECONOMI

primer lugar, la objetiva previsibilidad de la insolvencia y, en segundo lugar, la inminencia de ese estado. De un lado, la insolvencia inminente exige una previsión de la imposibilidad de cumplir de modo regular y puntual las obligaciones existentes a medida que sean exigibles. Al tratarse de una previsión, la insolvencia inminente es un estado objetivamente probable, y no un estado absolutamente seguro. De otro lado, el juicio que contenga esa previsión debe ser un “juicio de probabilidad”, y no un “juicio de posibilidad”. Insolvencia inminente no equivale a insolvencia en potencia, y tampoco equivale a insolvencia posible. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea la imposibilidad de cumplir como objetivamente probable a corto plazo, y no el que prevea simplemente como posible que se encontrará en ese estado. El objeto de esa previsión es que el deudor prevea que no va a poder cumplir y, además, que esa situación de imposibilidad se va a prolongar en el tiempo. El objeto de la previsión no es la dificultad para cumplir, sino la imposibilidad para hacerlo.

Como señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 8 de septiembre de 2008, la insolvencia inminente que sigue el modelo alemán de la *Insolvenzordnung* alemana de 1994, se configura en torno a la puntualidad en el pago, presentándose así como una situación de futuro, dado que el deudor todavía no ha incumplido puntualmente sus obligaciones exigibles, pero es previsible que ello se produzca en un plazo más o menos próximo, no delimitado legalmente. Concurrirá la insolvencia inminente no solo cuando el deudor prevea que no puede cumplir sus obligaciones en el futuro, sino también cuando las puede cumplir, pero con retraso o puede cumplirlas de forma irregular. También el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao de 17 de febrero de 2006, al indicar que la insolvencia inminente se configura como un estado de pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual (el deudor que prevea que no podrá cumplir), pero referido no sólo a la regularidad, como en el modelo de insolvencia actual, sino también referido a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones. Por otra parte, señala el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 25 de marzo de 2015 que *la Ley Concursal únicamente define la insolvencia (...) como aquel estado en que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Se entiende que esa definición está*



# DECONOMI

*referida a la insolvencia actual. Debe colegirse que la insolvencia inminente es aquella condición en que el deudor se enfrenta a una futura imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles, sin que la Ley Concursal establezca ninguna exigencia respecto al tiempo máximo al que debe referirse esa predicción. Como ha explicado la Sentencia de la Sección 28 especializada mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 18 de noviembre de 2008, la situación de insolvencia es absolutamente compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad carece de liquidez para atender regularmente sus obligaciones. Por otra parte, la causa de la imposibilidad de cumplir es indiferente: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio, por falta de liquidez y/o de crédito*

## **2. La viabilidad económica**

La viabilidad ha de ser condición de los marcos de reestructuración preventiva, como, en gran medida, es requisito de cualquier procedimiento que pretenda tener éxito reestructurando o refinanciando las dificultades financieras de un deudor. La falta de viabilidad no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración –como una refinanciación- sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados. Por ello, se contempla que los Estados miembros puedan mantener o introducir una prueba de viabilidad en virtud de la normativa nacional, siempre que dicha prueba tenga por finalidad excluir a los deudores que no tengan perspectivas de viabilidad y que pueda llevarse a cabo sin comprometer los activos de los deudores.

En la experiencia española respecto a los acuerdos de refinanciación, que también requieren viabilidad, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 plantea ¿qué es lo que tiene que ser viable?, ¿qué grado de certidumbre ha de concurrir?, ¿hasta qué momento debe abarcar dicho grado de certidumbre? y ¿de quién ha de predicarse la viabilidad?. Respecto a ¿qué es lo que tiene que ser viable? señala



# DECONOMI

que lo relevante no es que la sociedad pueda seguir viva, sino que la actividad profesional o empresarial del deudor continúe a corto y medio plazo.

Así, destaca la referida resolución judicial que *la primera pregunta debe responderse afirmando que la viabilidad no hace referencia a la idea de sociedad, como conjunto organizado de personas para la consecución de un fin común, sino a la idea de empresa, como unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. Y ello porque el centro de atención lo constituye la actividad empresarial, siendo a ella a la que se refieren, no solo los Considerandos 15, 16 y 23 de la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sino también la Ley Concursal (...). Por otra parte, y como manifesté en el auto de 8 de noviembre de 2016, tanto el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, como la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, expresan que la finalidad de las mismas es "adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o "desapalancamiento", optando, frente a la liquidación de una empresa viable desde un punto de vista operativo pero inviable desde un punto de vista financiero, por "sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo". Igualmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, identifica expresamente en su Preámbulo como la primera premisa básica de la citada Ley 17/2014, "considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y, muy en especial, para el mantenimiento del empleo". Y, en la misma línea, el Considerando 1 de la Recomendación de la Comisión señala que "el objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía". Por tanto, lo relevante no es que la sociedad pueda seguir viva, es decir, que no se disuelva, sino que la actividad empresarial continúe puesto que, como hemos visto, es esta*



# DECONOMI

*circunstancia la que justifica excepcionar tanto el régimen normal de rescindibilidad concursal como el principio de relatividad contractual. Y ello con independencia de que la falta de continuidad empresarial pueda fundarse, no solo desde puntos de vista económicos o industriales sino también jurídicos, por ejemplo, a través de la alegación de que la sociedad no saldría de una causa de disolución en la que pudiera encontrarse y con ello se imposibilitaría la continuidad de su actividad. No obstante, en el caso de autos no se alegó esta circunstancia en las demandas de impugnación sino en el acto de la vista, por lo que no cabe su análisis al haberse planteado en un momento en el que había precluido tal posibilidad, de conformidad con los artículos 136 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

La segunda de las cuestiones planteadas ¿qué grado de certidumbre ha de concurrir?, se entronca en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 con la idea de que no basta con que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante será que la probabilidad de que ello suceda sea mayor que la de que no suceda; que sea razonable entender que se producirá, sin llegar a pretender una certeza absoluta y sin obviarse que el análisis de razonabilidad acerca de la continuidad exigirá un examen previo del carácter realizable del plan, es decir, si las bases sobre las que se sustenta son de plausible cumplimiento.

En este sentido, destaca la sentencia que *siguiendo con el planteamiento inicial y despejada la primera incógnita, la siguiente cuestión a tratar es el grado de certidumbre que debe existir respecto de la continuidad de la actividad empresarial, para lo cual hemos de hacer una aproximación a los conceptos de posibilidad y probabilidad, bastando con señalar que la posibilidad hace referencia a la potencialidad frente a la actualidad, es decir, a la capacidad de algo para llegar a ser o a producirse, mientras que la probabilidad alude a la razonabilidad de que algo suceda y, por tanto, a diferencia de la posibilidad, admite graduación. De forma que algo será posible o imposible y, en el primer caso, más o menos probable. Sobre estas premisas, parece lógico entender que no basta con que sea posible la continuidad de la actividad empresarial, sino que lo relevante será que la probabilidad de que ello suceda sea mayor que la de que no suceda. Así, cuando la Ley Concursal (...) exige que el plan de viabilidad al*



# DECONOMI

que debe responder el acuerdo de refinanciación "permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial", no está pretendiendo decir que ello sea posible (es decir, que no sea imposible), sino que sea razonable entender que se producirá. Lo que, además entronca con la valoración que ha de hacer el experto independiente para el caso de ser designado, ya que el mismo ha de informar sobre "el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad". Por tanto, la Ley Concursal parecería alejarse de los postulados de la Recomendación de la Comisión de 2014, ya que, cuando propugna el rechazo de los planes que "claramente no ofrezcan ninguna perspectiva de (...) garantizar la viabilidad" (Considerando 23), podría dar a entender que bastaría con lo contrario para su aprobación, es decir, con que ofrezcan alguna perspectiva de garantizar la viabilidad. Sin embargo, no podemos llegar a una conclusión de tal calado ya que, anteriormente, el Considerando 15 se había encargado de exigir que el plan contuviera una descripción detallada de "las posibilidades de que el plan (...) garantice la viabilidad", lo que necesariamente (por la utilización del plural) alude a la realización de juicio de probabilidad o, si se quiere, de razonabilidad. Lo contrario supondría vaciar de contenido el requisito analizado, puesto que bastaría con indicar en el plan de viabilidad que todo depende de que un tercero asuma, sin contraprestación, la totalidad de la deuda de la compañía, pues ello es posible y, por tanto, realizable, y de cumplirse es razonable pensar que la compañía podría continuar con su actividad. Sin embargo, no es probable que ello suceda. En cualquier caso, la exigencia de razonabilidad no puede ser llevada hasta el extremo de pretender una certeza absoluta, como se desprende (...) de la Ley Concursal puesto que el mismo, al negar la posibilidad de rescindir en sede concursal los acuerdos de refinanciación que cumplan determinados requisitos, incluye entre los mismos precisamente el examinado, es decir, que el acuerdo de refinanciación "permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial". Por tanto, es posible entender que un acuerdo de refinanciación alcanzado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso permitía la continuidad a pesar de que, finalmente, la sociedad acabara entrando en concurso. En conclusión, el análisis ha de limitarse a valorar si es razonable pensar que, si el deudor actúa tal y como prevé el plan de viabilidad, la probabilidad de que pueda continuar su actividad empresarial supera a la



# DECONOMI

*probabilidad de que no pueda hacerlo, por lo que será desproporcionado exigirle un sacrificio si es más probable que, a pesar del mismo, no se produzca tal continuidad. Pero no puede obviarse que dicho análisis de razonabilidad acerca de la continuidad exigirá un examen previo del carácter realizable del plan, es decir, si las bases sobre las que se sustenta son de plausible cumplimiento. Y ello en contra de lo que sostienen los solicitantes, que afirman en el párrafo 220 de su oposición que "un acreedor únicamente podrá denunciar la existencia de un sacrificio desproporcionado en relación con la viabilidad de las sociedades deudoras si prueba: (i) que aun cuando se extendieran los efectos del acuerdo de refinanciación y se cumpliesen todas las previsiones contenidas en el Plan de Viabilidad, no se permitiría la continuidad de las deudoras en el corto y medio plazo; o (ii) que la referida continuidad se habría alcanzado igualmente sin la extensión de efectos, porque el examen que respecto del plan de viabilidad se efectúa en el auto de homologación tiene un carácter cuasi formal, en el sentido de que, como es obvio, carece el juzgador de los necesarios conocimientos técnicos y económicos como para poder realizar una evaluación que vaya más allá de la razonabilidad aparente de las conclusiones de aquél, de modo que, si bien esto no puede ser nuevamente discutido, es decir, la razonabilidad aparente de las conclusiones, no puede vedarse la posibilidad al análisis de algo más profundo, es decir, por una parte, del carácter realizable de las bases sobre las que se apoyan tales conclusiones y, por otra, de la razonabilidad real y no aparente de tales conclusiones.*

La tercera pregunta que se plantea en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, ¿hasta qué momento debe abarcar dicho grado de certidumbre?, se relaciona con la finalidad legislativa de que no se utilice el mecanismo de la refinanciación para un fin distinto del previsto, teniendo en cuenta que expresamente el tiempo sobre el que se proyecta el juicio de probabilidad se sitúa en el corto y medio plazo, lo que le permite entender que la viabilidad no se refiere a términos actuales, sino que se proyecta a partir del corto y medio plazo. El deudor mantiene la actividad profesional o empresarial y el acuerdo de refinanciación ha de responder a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor a corto y a medio plazo.



# DECONOMI

La resolución judicial resalta que *la tercera pregunta alude al tiempo sobre el que ha de proyectarse el anterior juicio de probabilidad y, en atención a las alegaciones de las impugnantes, a si el marco temporal analizado ha de guardar relación con el momento en el que el acuerdo prevé el pago de los impugnantes. Sin embargo, nos encontramos ante cuestiones distintas, por cuanto que lo que el legislador pretende con el establecimiento de un requisito temporal es asegurarse de que no se utiliza el mecanismo de la refinanciación para un fin distinto del previsto y que puede aglutinarse en los términos del Considerando I de la Recomendación de la Comisión, en el que se expone que "el objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía". Cuestión distinta será que la falta de garantía en el cobro pueda suponer un empeoramiento de la situación del acreedor al que se extienden los efectos, lo que será analizado posteriormente. Por tanto, y atendiendo al tenor (...) de la Ley Concursal, el tiempo sobre el que se proyecta el juicio de probabilidad se sitúa en el corto y medio plazo. Dualidad que tiene su importancia porque implica la necesidad de efectuar un doble análisis, ya que no bastará con que en el corto plazo sea probable la continuidad, sino que ha de serlo también en el medio plazo. Y ello porque, no es suficiente con que la continuidad se limite al plazo de un año (que se identifica en el Plan General de Contabilidad de 2007 con el corto plazo) ni es exigible al acreedor que tenga que esperar hasta pasado ese plazo para ver reanudada la actividad. En cualquier caso, a nivel Comunitario parece apuntarse tanto a la unificación del plazo como a su extensión, al proponerse que en el artículo 8.1 de la Directiva que se aporte "un dictamen o declaración motivada por la persona responsable de proponer el plan de reestructuración que explique por qué la empresa es viable, cómo la aplicación del plan propuesto puede evitar la insolvencia del deudor y restablecer su viabilidad a largo plazo, y en el que se expongan asimismo las condiciones sine qua non para su éxito" (...). Por otra parte, también cabe plantearse si es precisa la viabilidad actual de la sociedad o*



# DECONOMI

*si es suficiente que se proyecte a partir del corto plazo. Es decir, si puede acudir al mecanismo ofrecido por la (...) Ley Concursal un deudor que, no solo tenga dificultades financieras, sino que en el momento de la solicitud tampoco sea viable desde un punto de vista operativo y que no vaya a serlo hasta pasado un año, al tomarse como referencia el corto plazo. La cuestión es de notable importancia puesto que de lo que se trata es de determinar si puede acceder a la homologación el deudor que precise, no solo de una reestructuración financiera sino también empresarial, es decir, que exija para alcanzar una viabilidad operativa, por ejemplo, reducción de costes de funcionamiento o cambio en el modelo de negocio (...). Si atendiéramos exclusivamente a la Recomendación de la Comisión, podríamos llegar a pensar que solo se confiere tal posibilidad a las empresas actualmente viables, puesto que constantemente se refiere a las "empresas viables con dificultades financieras" (Considerandos 1, 11, 12 y 14 y artículos 1 y 16), pero lo cierto es que el legislador nacional ha optado por no establecer limitación alguna en (...) la Ley Concursal, por lo que considero que la falta de viabilidad presente del deudor no es obstáculo para la homologación de un acuerdo de refinanciación que responda a un plan de viabilidad que no solo se sustente en una reestructuración financiera. Y es que solo parece desprenderse la necesidad de actividad actual, con independencia de su viabilidad presente, al exigirse que el plan permita su continuidad (...). Éste, además, parece ser el camino que podría seguirse a nivel comunitario de aceptarse la Propuesta de Directiva ya citada, pues en la misma se habla del restablecimiento de la viabilidad (artículos 4.1, 8.1.g y 12.1), lo que implica su inexistencia actual, así como de la reestructuración, no solo de las deudas sino también de la empresa (artículo 4.1).*

La última de las cuestiones que formula la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017, es ¿de quién ha de predicarse la viabilidad?. La literalidad legal señala que la viabilidad que permita la continuidad ha de predicarse de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el supuesto analizado en dicha resolución la dificultad deriva del hecho de que se trata de la refinanciación de un grupo de sociedades. En este caso, entiende que la respuesta ha de ser que debe procurarse la continuidad de la actividad empresarial de cada sociedad, individualmente considerada,



# DECONOMI

esencialmente, por la falta de personalidad jurídica propia e independiente del grupo de sociedades. A ello se añade que, careciendo de una regulación sustantiva del grupo de sociedades, no parece que pueda exigirse al acreedor un sacrificio que no lleve aparejada la continuidad de la actividad empresarial de su deudor, lo que no comporta que sea precisa la elaboración de tantos planes de viabilidad como sociedades haya, ya que será suficiente con que del plan o de los planes que se presenten se desprenda la viabilidad de cada sociedad individualmente considerada.

Así, señala la sentencia que. *finalmente, es fundamental analizar si, en un supuesto como el presente de refinanciación de un grupo de sociedades, la continuidad de la actividad empresarial que ha de producirse con la implantación del plan de viabilidad al que responde el acuerdo de refinanciación debe predicarse del grupo en general o de todas y cada una de las sociedades deudoras firmantes de dicho acuerdo en particular. Y la respuesta es clara. Debe procurarse la continuidad de la actividad empresarial de cada sociedad, individualmente considerada. Esencialmente, por un motivo, la falta de personalidad jurídica propia e independiente del grupo de sociedades, que provoca que las relaciones jurídicas que mantengan las sociedades con terceros no produzcan efectos directos respecto de las restantes, de modo que quien es acreedor de una sociedad, por el principio de limitación de la responsabilidad, lo es de ésta y de ninguna otra (sin perjuicio de la extensión de responsabilidad, por ejemplo, en el ámbito laboral en el caso de los denominados grupos patológicos de sociedades, pues en este caso no es por la existencia del grupo sino por el modo de actuación concreto de las sociedades por el que se solidariza la responsabilidad). El grupo de sociedades, como tal y no como conjunto de sociedades, no tiene activo ni pasivo. No es sujeto de relación jurídica alguna que determine que haya de cumplir una obligación o que pueda exigir su cumplimiento, sino que serán las sociedades que forman entre si el grupo de sociedades las que, individualmente, sean titulares de derechos y obligaciones. Por tanto, no puede exigirse al acreedor de una sociedad (que solo puede ver satisfecho su crédito con los activos de la misma, pues no puede dirigirse contra las restantes sociedades del grupo con las que no mantenga relaciones jurídicas), que se sacrifique para que otras sociedades del grupo puedan*



# DECONOMI

*continuar con su actividad. Criterio que resulta conforme con la jurisprudencia sentada en materia de rescisión concursal por la Sala Primera del Tribunal Supremo (esencialmente, en la sentencia 100/2014, de 30 de abril, citada por otras muchas, entre cuyas más recientes se encuentra la número 407/2017, de 27 de junio), ya que, si bien se admite que la onerosidad del acto constitutivo de la garantía establecida sobre el bien de una sociedad venga dada por la concesión de un crédito a otra sociedad del mismo grupo, a la hora de determinar el carácter perjudicial del acto, habrá de valorarse "si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía", sin perjuicio de que "no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto". Y ello porque el sacrificio exigido al acreedor no tendría beneficio correlativo alguno al cesar la actividad empresarial de la sociedad deudora. No puede obviarse que se hace precisa una regulación no meramente contable o procesal del grupo de sociedades, sino sustantiva, pero hasta que ello no se produzca considero que no puede exigirse al acreedor un sacrificio que no lleve aparejada la continuidad de la actividad empresarial de su deudor. En cualquier caso, esta conclusión no comporta que sea precisa la elaboración de tantos planes de viabilidad como sociedades haya, ya que será suficiente con que del plan o de los planes que se presenten se desprenda la viabilidad de cada sociedad individualmente considerada.*

### **3. La continuación de la actividad empresarial**

La reestructuración que plantea la Directiva comunitaria debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial, en su totalidad o en parte, modificando la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier otra parte de su estructura de capital -en su caso mediante la venta de activos o de parte de la empresa o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, de la empresa en su conjunto- así como realizando cambios operativos (en cada supuesto, conforme a las previsiones legales que la normativa de cada Estado miembro requiera). Una reestructuración efectiva y viable ha de ayudar –procurará- la salvaguarda de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizará el valor total



# DECONOMI

para los acreedores - en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto. La continuación de la actividad se relaciona con la denominada función conservativa, pero, también se relaciona –no se contrapone- con la función solutoria, es decir, la máxima satisfacción de los acreedores. En buena lógica, una reestructuración exitosa debe conducir al mantenimiento de la actividad empresarial, y ello redundará positivamente en el mantenimiento de empresas y puestos de trabajo y en el grado de satisfacción de los acreedores.

En el derecho español la continuación de la actividad empresarial o profesional incluso se persigue tras la declaración del concurso de acreedores, que no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. Esa declaración legal deja claro que el concurso de acreedores no es, en sí mismo considerado, causa de finalización de la actividad profesional o empresarial que viniera ejercitando el concursado. En consecuencia, hasta que se produzca la aceptación de la administración concursal, el propio concursado habrá de continuar ejerciendo provisionalmente la actividad, sin perjuicio de las medidas cautelares que hubieran podido ser adoptadas, y con sometimiento a varios requisitos específicos. No obstante, las estadísticas indican que, mayoritariamente, el concurso de acreedores no logra esa continuidad, lo que exige plantearse que una reestructuración preventiva temprana tenga más posibilidades de lograrlo.

## **4. La negociación con los interesados**

Los procedimientos u operaciones de reestructuración deben basarse en un diálogo con los interesados, desde la perspectiva general de la protección equilibrada de los derechos de todos los implicados, haciendo especial hincapié en la adecuada participación de los representantes de los trabajadores. Es obvio que todo proceso de reestructuración requiere negociar y la implicación de todos los afectados, en cuanto las medidas y plan que pretenda alcanzarse requerirá de la conformidad de la mayoría, así como para lograr los efectos positivos del mantenimiento de la empresa y del empleo que debe procurar una reestructuración efectiva. Esta negociación tendrá más posibilidades de alcanzar



# DECONOMI

resultados positivos cuanto antes se detecten las dificultades financieras y antes se acometan medidas para afrontarlas. Aunque, lógicamente, el momento central de la negociación se circunscribe al sometimiento del plan previsto a la aceptación de los interesados.

En todo caso, como es habitual en los procesos y procedimientos que atienden a la solución de las dificultades financieras o económicas, esta negociación debe de realizarse en ciertas condiciones, para procurar su éxito. Fundamentalmente, la cuestión reenvía al marco de suspensión de las ejecuciones, una vez que se produce la solicitud de reestructuración o la apertura del procedimiento. La Directiva define la “suspensión de ejecuciones singulares” como toda suspensión temporal, concedida por una autoridad judicial o administrativa o por ministerio de la ley, del derecho de un acreedor a ejecutar un crédito frente a un deudor y, cuando así lo disponga la normativa nacional, también frente a terceros prestadores de garantías, en el contexto de un procedimiento judicial, administrativo u otro, o suspensión del derecho de embargar o ejecutar los activos o la empresa del deudor por medios extrajudiciales. No es éste el momento para detenerse en este relevante aspecto –en su alcance y efectos-, pero si que es oportuno resaltar que la Directiva regula con detalle este punto, con el fin de facilitar las negociaciones relativas a un plan de reestructuración, para ser capaz de continuar su actividad empresarial o, al menos, de preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones. En todo caso, en la búsqueda de un equilibrio entre los derechos del deudor y los de los acreedores, la Directiva considera que una suspensión de ejecuciones singulares debe aplicarse por un plazo máximo de cuatro meses, aunque al reconocer que las reestructuraciones complejas pueden requerir más tiempo, prevé que los Estados miembros puedan establecer que, en esos casos, la autoridad judicial o administrativa pueda acordar prórrogas del plazo inicial de la suspensión, con una duración total de doce meses, en aras de la seguridad jurídica (al margen quedarían los supuestos en los que el deudor deviniera insolvente –la insolvencia, al menos la actual, no es, en sí, el presupuesto de la reestructuración- en los que la suspensión quedaría sujeta a otro régimen).

También contempla la Directiva, en relación con las ejecuciones, reglas respecto al alcance de las cláusulas de vencimiento anticipado y de los



contratos vigentes con obligaciones recíprocas esenciales. Así, define el “contrato vigente” como aquél entre un deudor y uno o varios acreedores en virtud del cual las partes tienen todavía obligaciones que cumplir en el momento en que se acuerda o aplica la suspensión de las ejecuciones singulares.

## 5. La reducción del coste del procedimiento

Una de las cuestiones recurrentes en los procedimientos y procesos que las legislaciones establecen para afrontar las dificultades financieras o, en general, la crisis económica, es el de coste de los mismos. También la Directiva comunitaria destaca que es necesario disminuir los costes de la reestructuración, tanto para los deudores como para los acreedores. Integrando dentro del coste tanto el relativo a la duración del procedimiento, como estrictamente el coste económico del mismo, incluso el coste social. Una solución que no se retrase en el tiempo tiene evidentes ventajas en cuanto al coste del procedimiento, la viabilidad de la empresa o el grado de satisfacción de los acreedores. Por ello, para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, se insiste en que los marcos nacionales de reestructuración preventiva incluyan procedimientos flexibles.

En cuanto al coste temporal, como precisa la Directiva, la reducción de la duración de los procedimientos de reestructuración contribuiría a incrementar los porcentajes de recuperación de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traduce en una mayor pérdida de valor del deudor o de su empresa. La conclusión es incuestionable; un procedimiento largo se traduce en un deterioro de la situación –a todos los niveles- que raramente finaliza con éxito. Con frecuencia, la excesiva duración de un procedimiento se vincula con la autoridad competente para gestionarlo, en particular, cuando de un proceso judicial se trata, en el que la falta de medios y el respeto a las garantías jurisdiccionales puede traducirse en una prolongación temporal excesiva para alcanzar los fines del proceso. Por ello, insiste la Directiva en que los Estados miembros deben garantizar que los procedimientos de reestructuración (también los de insolvencia y exoneración de deudas) se tramiten de manera eficiente y rápida. Y, a título ejemplificativo, sugiere la creación de órganos jurisdiccionales o salas especializados, o el nombramiento de jueces especializados de conformidad con la normativa nacional, así como la



# DECONOMI

concentración de la jurisdicción en un número limitado de autoridades judiciales o administrativas, que constituirían maneras eficientes de alcanzar los objetivos de seguridad jurídica y efectividad de los procedimientos, aunque reconoce que no debe obligarse a los Estados miembros a dar prioridad a estos procedimientos sobre otros. En todo caso, en el articulado la Directiva permite que el marco de reestructuración preventiva pueda consistir en uno o varios procedimientos, medidas o disposiciones, y que algunos de ellos puedan desarrollarse en un contexto extrajudicial, sin perjuicio de cualquier otro marco de reestructuración previsto en la normativa nacional. Incluso, los Estados miembros podrán establecer disposiciones que limiten la actuación de las autoridades judiciales o administrativas en un marco de reestructuración preventiva a los supuestos en que sea necesario y proporcionado, velando al mismo tiempo porque los derechos de las partes afectadas y de los interesados estén garantizados.

También se incluye, para reducir la duración de los procedimientos, la utilización de medios electrónicos de comunicación. Ello permitiría realizar trámites y actuaciones de forma rápida, aunque, lógicamente, el uso de los medios electrónicos se vincula no sólo a la necesaria seguridad de los mismos, sino también a los requisitos para la participación de todos los interesados. La Directiva establece que los *Estados miembros velarán por que, en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, las partes en el procedimiento, el administrador concursal y la autoridad judicial o administrativa puedan llevar a cabo por medios electrónicos de comunicación, incluso en situaciones transfronterizas, al menos las siguientes acciones: a) la reclamación de créditos; b) la presentación de planes de reestructuración o reembolso; c) notificaciones a los acreedores; d) la presentación de impugnaciones y recursos.* Aunque, no hay que olvidar que en los plazos de incorporación de la Directiva se excepcionan las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al artículo 28 (utilización de medios electrónicos de comunicación), letras a), b) y c) que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2024 y letra d) que se adoptarán y publicarán a más tardar el 17 de julio de 2026.

Por lo que se refiere al coste económico, los procedimientos de reestructuración deben tener un coste equilibrado. La cuestión no es sencilla de



# DECONOMI

concretar, sobre todo en lo que se refiere a los costes derivados de la intervención de profesionales. En la medida en que la reestructuración preventiva parte de no “desapoderar” al deudor, considera que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración no debe ser siempre obligatorio –dependerá de las concretas circunstancias de cada caso, aunque los Estados pueden considerarlo obligatorio en determinadas circunstancias- para evitar costes innecesarios. En otros supuestos, en concreto cuando es una mayoría de acreedores quien solicite el nombramiento, se prevé que sean los acreedores quienes asumen los costes y honorarios del administrador en materia de reestructuración. En realidad, la Directiva se limita a exigir que los Estados miembros velen por que la retribución de los administradores concursales se rija por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos. Y es que las connotaciones negativas que pueden generarse por el cuestionamiento de la relación entre las funciones y el coste de estos profesionales es un aspecto que conoce bien la deficiente evolución, en este punto, de la legislación concursal española. En nuestro modelo de administración concursal –pendiente aún de desarrollo tras las reformas introducidas en el mismo en 2011- ha tenido gran impacto esta cuestión, lo que inició una senda, que debe de revertirse, de devaluación de la profesión de administrador concursal. Es evidente que el coste del procedimiento debe ser proporcional a las funciones que procura. Pero, aunque los aspectos que deben de tenerse en cuenta para lograr ese objetivo son diversos, en la evolución de la legislación concursal española resulta sorprendente que reiteradamente las medidas adoptadas para ello, desde las primeras reformas concursales, hayan recaído sobre los profesionales que intervienen en el proceso.

Entre otras, Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 12 y 15 de marzo de 2010

En fin, el coste social es, igualmente, relevante. Tanto por las consecuencias negativas que se mantienen vinculadas con los deudores que se encuentran en dificultades financieras –que, aunque van progresivamente reduciéndose no han terminado de desaparecer por completo- como por el hecho



de que la prolongación de un procedimiento de reestructuración pueda terminar por afectar negativamente al deudor y a su actividad.

En el derecho concursal español 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 conductas. La *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 1 de septiembre de 2010* 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 (...), bien en las específicas (...)*. 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 (...), sino en la conducta activa u omisiva del deudor respecto a la producción o agravación de la misma.*

## **6. Los deudores con dificultades financieras**

Los marcos de reestructuración preventiva se plantean como procedimientos o medidas que han de estar disponibles a solicitud de los deudores con dificultades financieras, lo que no impide que los Estados miembros también puedan establecer que los marcos de reestructuración preventiva estén disponibles a petición de los acreedores y de los representantes de los trabajadores, a reserva del consentimiento de los deudores.



# DECONOMI

La previsión requiere algunas puntualizaciones. En primer lugar, que queda a decisión de los Estados poder limitar el acceso de los deudores a la reestructuración, excluyendo a aquellos condenados por grave incumplimiento de las obligaciones en materia de contabilidad o llevanza de libros, sobre todo si con ello resulta imposible conocer la situación empresarial y financiera de los deudores. En segundo lugar, que, junto a las dificultades financieras, se permite a los Estados ampliar el ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva a aquellas situaciones en las que el deudor se enfrente a dificultades que no sean financieras, siempre que estas supongan una amenaza real y grave para la capacidad actual o futura del deudor de pagar sus deudas al vencimiento de estas. En tercer lugar, que entre esos deudores se indica que debe prestarse especial atención a las pequeñas y medianas empresas. Así, señala que *las empresas, en particular las pymes, que representan el 99% de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión. Las pymes tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño. Las pymes a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las pymes y que puedan consultarse en línea. Además, se deben ofrecer herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las pymes para la contratación de expertos.*

Aunque en España resulta frecuente hablar de empresa familiar, no existe equiparación entre ésta y la pequeña y mediana empresa. Cuando la empresa es, fundamentalmente, propiedad de una familia empresaria o tiene un alto porcentaje de tenencia familiar que, además, participa en su gestión, hablamos de empresa familiar. Pero, el concepto de empresa familiar no está



# DECONOMI

vinculado al tamaño de la empresa o al volumen de sus actividades, sino a la dimensión familiar. En este sentido, la empresa familiar puede ser pequeña, mediana o grande, cotizada o no cotizada o, incluso, conformar un grupo familiar de empresas. El tamaño o dimensión de la empresa o su complejidad debe ser tenido en cuenta en la elección de la forma jurídica -esencialmente, la forma societaria- en la que desarrollará su actividad o actividades económicas, pero su caracterización como empresa familiar no se deriva de este dato, sino de que la propiedad esté única o mayoritariamente en manos de la familia empresaria, que participa en su gestión y aspira a que la empresa continúe en el seno de la familia en generaciones futuras. De ahí que la equiparación que, en ocasiones, se ha pretendido entre empresa familiar y pequeña y mediana empresa no sea exacta. La empresa familiar se caracteriza por su dimensión familiar y no por su volumen de negocio o por el número de empleados. De manera que hay empresas familiares que encajan en la definición de pequeña y mediana empresa, pero también hay empresas familiares que responden a la caracterización de la gran empresa. Ciertamente, la equiparación deriva de la interpretación de datos en ambos ámbitos. En este sentido, si se estima que un elevado porcentaje de empresas son familiares y se indica que la pequeña y mediana empresa constituye el número más elevado de empresas, es fácil concluir que buena parte de las pequeñas y medianas empresas son familiares. Ello no obsta, no obstante, a que la empresa familiar tenga encaje tanto en el volumen de la pequeña y mediana empresa, como en el de la gran empresa.

En todo caso, la Directiva parte de que *para reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras, los deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial.* En esa medida, aunque se contempla el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no se considera que tal nombramiento deba ser siempre obligatorio, sino decidirse en atención a las concretas condiciones de cada supuesto, aunque permite, en



determinadas circunstancias, que los Estados miembros puedan requerir que en todos los casos se nombre obligatoriamente a dicho administrador.

## **7. El administrador de reestructuraciones**

La Directiva define al “administrador en materia de reestructuración” como toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las siguientes funciones: a) asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración; b) supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa; y c) tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones. Aunque el término acogido es el de administradores en materia de reestructuración, la propia Directiva se refiere también a ellos como administradores concursales.

El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor. No obstante, los Estados miembros deben poder determinar que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración sea siempre necesario en determinadas circunstancias, como, por ejemplo: en caso de que el deudor disfrute de una suspensión general de ejecuciones singulares; cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por medio de una reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías; cuando el plan de reestructuración incluya medidas que afecten a los derechos de los trabajadores, o cuando el deudor o sus administradores sociales hayan actuado de modo delictivo, fraudulento o perjudicial para las relaciones empresariales. Y, en todo caso, los Estados deben establecer disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan, al menos en los siguientes casos: a) cuando una autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares y la autoridad judicial o administrativa decida que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes; b) cuando el plan de reestructuración deba



# DECONOMI

ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías; o c) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo solicite, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador en materia de reestructuración.

Los administradores en materia de reestructuración que sean nombrados por las autoridades judiciales o administrativas han de estar adecuadamente formados y tener los conocimientos especializados necesarios; ser nombrados de manera transparente teniendo debidamente en cuenta la necesidad de garantizar la eficiencia de los procedimientos; ser supervisados cuando realicen sus funciones; y ejercer sus funciones con integridad. Todo ello puede reputarse obvio, pero no siempre resulta sencillo de desarrollar. Muestra de ello es que en la legislación concursal española continúan pendientes de desarrollo aspectos esenciales del estatuto de la administración concursal.

El 1 de septiembre entró en vigor el texto refundido de la Ley Concursal que aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Sin embargo, la regularización, aclaración y armonización que persigue este texto no alcanza a todas las previsiones de la legislación concursal. En efecto, el texto refundido de la Ley Concursal recoge –tras incidir en su necesidad el Dictamen del Consejo de Estado- una disposición transitoria única que en su apartado primero establece que *el contenido de los artículos 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 todos ellos inclusive, de este texto refundido, que corresponda a las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha ley. Entre tanto permanecerán en vigor los artículos 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre.* Por tanto, las condiciones de acceso a la administración concursal continúan siendo las previstas tras la reforma de la legislación concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La falta de desarrollo reglamentario impide la aplicación de las modificaciones posteriores introducidas por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre



# DECONOMI

(que son las que armoniza, regulariza y aclara el texto refundido de la Ley Concursal, aunque su entrada en vigor tampoco pueda producirse hasta que se lleve a cabo ese desarrollo). El mero dato de que ese desarrollo no se haya producido ya da idea de las dificultades que concurren. Aunque, dado el tiempo transcurrido, no se justifica que el desarrollo de la administración concursal continúe pendiente; la relevancia y complejidad de las funciones que desarrollan estos profesionales debe desarrollarse en un marco jurídico seguro de acceso y permanencia. Y esta prolongada falta de desarrollo es aún más insatisfactoria si tenemos en cuenta las reiteradas carencias y críticas que recibe el sistema aplicable. En este marco, resulta ya inaplazable abordar este desarrollo. La importancia de las funciones que desempeña en el concurso la administración concursal y la constatación de que es necesario que a ese cometido accedan profesionales especializados en insolvencia, plantea la necesidad de formular un sistema transparente y objetivo de acceso a la profesión de administrador concursal. Es evidente que en ese sistema de acceso jugará también un papel relevante el modelo de designación y conformación del órgano, pero más allá de las observaciones -positivas o negativas- que pueden trazarse por la relación entre esos factores, resulta inaplazable conformar ese sistema de acceso de forma objetiva y acreditable. En esa medida, la regulación del acceso de los profesionales a la administración concursal debe de recoger aquellas condiciones subjetivas que se han ido perfilando como imprescindibles para conferir a la administración concursal un estatus de profesión especializada en un ámbito tan complejo como el de la insolvencia. Condiciones subjetivas que, además, han de resultar acreditadas a través de un sistema definido, en el que la transparencia y objetividad prevalezcan. La correcta conformación del órgano no sólo asegurará que éste dispone de los conocimientos y experiencia necesarios para el desempeño del cargo, sino que procurará el marco idóneo para que el derecho de la insolvencia proyecte seguridad y confianza. Todo ello requiere algunas precisiones que resultan de la experiencia acumulada de los últimos años. En primer lugar, por la propia concepción del proceso concursal debe de requerirse una previa formación jurídica y económica de base -lo que exige la correspondiente titulación- que conforme la actividad profesional que se lleva a cabo. El concurso de acreedores es un proceso y el presupuesto objetivo



# DECONOMI

del mismo el estado de insolvencia actual o inminente. Son, por tanto, los profesionales jurídicos y económicos (con la titulación que lo sustente y la acreditación profesional que corresponda) los que reunirían la primera condición subjetiva de acceso a la administración concursal. Por razones elementales, dichos profesionales deben acreditar una experiencia efectiva en el ámbito jurídico y económico en el que actúen profesionalmente. Esta primera condición supone que otros profesionales de otras disciplinas, cuya formación no sea jurídica y económica, no reunirían esta primera condición. Puede argumentarse en contra de este criterio, pero lo cierto es que la apertura de la previa formación y experiencia efectiva a conocimientos distintos a los jurídicos y económicos suele constituir una reacción a un sector, el de las insolvencias, que tiende a considerarse endogámico. Y, es razonable, que por ello se prefiera una concepción aperturista. No obstante, parece preferible sostener que lo adecuado técnicamente es que la previa condición de acceso sea la formación jurídica y económica con experiencia efectiva, y derivar los aspectos de la profesión que puedan resultar más controvertidos a la determinación de un sistema definido -objetivo y contrastable- de especialización. Hay que tener en cuenta, además, que si se persigue -como debe perseguirse- la especialización en insolvencia, un criterio excesivamente aperturista frustraría esa especialización. En efecto, en segundo lugar, esos profesionales jurídicos y económicos deben estar especializados en insolvencia, es decir, poseer experiencia efectiva y tener formación específica concursal. En realidad, el binomio de la especialización debe ser a la inversa, al menos, en los casos de los profesionales que pretendan incorporarse por primera vez a la profesión de administrador concursal. Tendrán su correspondiente titulación, su experiencia profesional y añadirán la especialización concursal que será la que les permitirá acceder a la profesión y adquirir experiencia efectiva concursal. El caso, evidentemente, es distinto para quienes en los últimos años han adquirido ya experiencia efectiva concursal y han mantenido su especialización concursal. La cuestión nuclear que se plantea aquí es cómo regular la acreditación de esta especialización en un futuro que esperemos no esté demasiado lejano, superando con ello ese desarrollo reglamentario pendiente que se prolonga ya desde hace demasiado tiempo. Esta prolongada provisionalidad enfrenta ahora el obstáculo adicional de decidir si el



# DECONOMI

sistema de acceso que se implante ha de diferenciar a los profesionales según la experiencia concursal efectiva que ya posean. A ello se añade la otra cuestión delicada: decidir la vía o vías que acrediten la especialización. Es decir, si esta condición de especialista es suficiente con acreditarla documentalmente (reportando los procesos concursales en los que ya se ha intervenido y aportando certificación de la formación específica que de forma continua se ha recibido); si no se considera suficiente la acreditación documental referida y sería necesaria adicionalmente una prueba específica de aptitud para el acceso; o, incluso, si en atención a los años de experiencia efectiva concursal bastaría la acreditación documental que, por el contrario, con menos años no sería suficiente y exigiría esa adicional prueba específica de aptitud. Es obvio, que cualquiera de esas opciones -o, cualesquiera otras combinaciones que pudieran plantearse- tiene argumentos a favor y en contra. No hay obstáculos insalvables que impidan modificar el sistema y exigir ahora una prueba adicional de aptitud (en cualquiera de sus acepciones de competencias, suficiencia o idoneidad), ni tampoco para fijar un sistema *transitorio* que determine quienes ya, por su experiencia y especialización, pueden considerarse aptos y quienes, con menos experiencia y especialización, podrían acceder a través de esa prueba de aptitud. Dicho esto, las pruebas de aptitud “profesional”, por sí solas, para cumplir su cometido requieren un diseño y desarrollo que, habitualmente, generan más problemas de los que resuelven; o, al menos, las pruebas que se configuran como un examen (con el contenido que sea). No quiero decir con ello que dichas pruebas no resulten idóneas a este fin; lo son cuando su planteamiento cubre las competencias que se persiguen y, en puridad, la complejidad que puede plantearse en los procesos concursales convierte en un reto el diseño de una prueba de estas características. Por ello, el acceso -que también, la permanencia- se ha planteado desde hace tiempo en términos de alcanzar y mantener la especialización a través de la formación específica (y la experiencia concursal efectiva cuando ésta pueda acreditarse). Adentrarse en el ámbito de la formación concursal es, sin lugar a duda, un empeño complejo. Las consideraciones, observaciones, críticas y sospechas que han venido acompañando al desarrollo de la formación concursal son innumerables y de sobra conocidas. No se discute, en general, la conveniencia y preparación de



# DECONOMI

numerosas instituciones y entidades para ofertarla y el derecho e idoneidad que concurren en quienes participan en ella. Pero, si se cuestionan con frecuencia las relaciones entre formación y designación y, un aspecto no menos importante, la formación tiene un coste que asume el profesional, de ahí que el sistema debe ser lo suficientemente equilibrado para conciliar la necesaria exigencia de formación especializada con diferentes opciones que la procuren. Sobre esas premisas, apostar por un sistema “rígido” de formación -en su acepción de no flexible- probablemente no resultaría una medida idónea. Ahora bien, si debe considerarse la idoneidad de un sistema de formación definido (término que prefiero al de reglado, por ser más omnicomprendivo) que opere respecto a todos los intervinientes en la oferta formativa, asegurando que los destinatarios reciben la formación específica necesaria. Definición de los requisitos que deben concurrir en las instituciones y entidades que realicen las actividades formativas; en los medios y metodologías; y, en suma, en la formación, que no sólo debe alcanzar a los contenidos (en cuanto a la indicación de materias y número de horas acreditables), sino que debe dotarse de mecanismos que aseguren su seguimiento (la formación debe realizarse de forma efectiva) y evaluación (existen diferentes sistemas de evaluación que, en definitiva, son los que permitirían acreditar que el objetivo formativo se ha alcanzado). Una formación concursal definida procuraría la preparación especializada de los profesionales que accedieran a la administración concursal y eludiría las sombras que a menudo se proyectan en este ámbito. Lógicamente, ninguna formación definida alcanzará su objetivo si institucionalmente no se articula un sistema objetivo de comprobación y control de los requisitos exigidos y, en última instancia, de depuración de aquella formación que no se ajuste a los términos definidos. E, igualmente, tampoco se alcanzaría el objetivo si el acceso pudiera acreditarse por otras vías. En este sentido, esa formación definida debería ser la única idónea para adquirir la especialización que requeriría el acceso a la administración concursal, es decir, la única que la acreditaría. Especialización que debería ser exigible a todo profesional que pretenda acceder a la administración concursal (sin excepciones al modelo) y permanecer en ella. La formación especializada no debe limitarse a ser un requisito de acceso, sino que debe mantenerse -la formación continuada forma parte del desempeño



profesional-. En definitiva, la concurrencia acreditada de las condiciones subjetivas sería la que permitiría, si se mantiene el modelo proyectado, solicitar la inscripción en el Registro público concursal. El nombramiento del administrador concursal se realizaría teniendo en cuenta las personas inscritas y, en su caso, la distinción entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande (como indican los artículos 60 a 62 TRLC, no aplicables aún por la falta de desarrollo reglamentario). En todo caso, la especialización acreditada ha de ser el criterio que determine el nombramiento, sin perjuicio de que, como es evidente, pueden existir niveles diferentes de especialización y experiencia acreditada que puedan pautarse, en línea con la proyectada diferenciación entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande. Un sistema definido de condiciones subjetivas acreditadas, que aseguren la especialización y experiencia de los profesionales jurídicos y económicos que acceden a la administración concursal, debe formularse de forma coordinada con el modelo de nombramiento, que ha de preservar que, en todos los concursos de acreedores, se respeten y valoren objetivamente las condiciones de acceso de los profesionales especializados.

## **8. Los planes de reestructuración**

Elemento central de los marcos de reestructuración preventiva son los planes de reestructuración, sobre los que la Directiva establece normas mínimas de contenido, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan exigir más explicaciones en el plan de reestructuración. Con independencia de quien solicite un procedimiento de reestructuración preventiva, se dispone que los Estados miembros velarán por que los deudores tengan derecho a presentar planes de reestructuración para su adopción por las partes afectadas y también podrán prever que los acreedores y los administradores en materia de reestructuración tengan derecho a presentar planes de reestructuración, fijando en qué condiciones podrán hacerlo. Teniendo en cuenta, además, que a lo largo de todo el procedimiento de reestructuración preventiva los trabajadores deben disfrutar plenamente de la protección del Derecho laboral, lo que en este ámbito incluye proporcionar a los trabajadores y a sus representantes la información referente a la propuesta de plan de reestructuración, a fin de permitirles efectuar una evaluación de las distintas posibilidades existentes, sin perjuicio de su



# DECONOMI

participación en la medida que sea necesaria para satisfacer los requisitos de consulta previstos.

No resulta posible entrar, en este trabajo, en el detalle del contenido, adopción y efectos de los planes de reestructuración, por lo que la referencia a los mismos se limita a destacar algunas de sus características más importantes. En este sentido, como se indicaba, los planes de reestructuración tienen que contener para su adopción (art. 9 Directiva) o para su confirmación por una autoridad judicial o administrativa (art. 10 Directiva), como mínimo la información siguiente: *a) la identidad del deudor; b) los activos y pasivos del deudor en el momento de presentar el plan de reestructuración, incluido el valor de los activos, una descripción de la situación económica del deudor y de la situación de los trabajadores, y una descripción de las causas y del alcance de las dificultades del deudor; c) las partes afectadas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, así como sus créditos o intereses cubiertos por el plan de reestructuración; d) en su caso, las categorías en las que las partes afectadas han sido agrupadas a efectos de la adopción del plan de reestructuración y los valores respectivos de los créditos e intereses de cada una de las categorías; e) en su caso, las personas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, que no estén afectadas por el plan de reestructuración, junto con una descripción de los motivos por los cuales se propone que no lo estén; f) en su caso, la identidad del administrador en materia de reestructuración; g) las condiciones del plan de reestructuración, incluidas en particular: i) cualquier medida de reestructuración propuesta (...), ii) en su caso, la duración propuesta de las medidas de reestructuración propuestas, iii) las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional, iv) en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre jornadas reducidas o medidas similares, v) los flujos financieros estimados del deudor, si está previsto en la normativa nacional, y vi) toda nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración y los motivos por los cuales es necesario aplicar dicho plan; h) una exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la*



# DECONOMI

*insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan. Los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide dicha exposición de motivos por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado. A partir de ahí, se añade que los Estados miembros facilitarán en línea una lista de comprobación completa para los planes de reestructuración, que esté adaptada a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas. La lista de comprobación incluirá directrices prácticas sobre la manera de redactar el plan de reestructuración de conformidad con la normativa nacional. La lista de comprobación se facilitará en la lengua o lenguas oficiales del Estado miembro. Los Estados miembros estudiarán facilitar la lista de comprobación en al menos otra lengua, en particular una lengua utilizada en las transacciones comerciales internacionales.*

De las reglas y condiciones establecidas para la presentación, adopción, protección, efectos y recursos ante un plan de reestructuración preventiva -que el articulado de la Directiva desarrolla con detalle, equilibrando previsiones obligatorias y otras que pueden modular o ampliar los Estados- sólo cabe destacar en esta sede el relativo a las “partes afectadas” y el referido a la “prueba del interés superior de los acreedores”.

El concepto de “partes afectadas” se refiere a *los acreedores, incluidos, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los trabajadores o las categorías de acreedores y, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los tenedores de participaciones cuyos créditos o intereses respectivamente se vean directamente afectados por un plan de reestructuración.* El objetivo es que los planes de reestructuración puedan adoptarse sin perjudicar injustamente los derechos de las partes afectadas, lo que reenvía a las reglas para la adopción de acuerdos, de manera que se prevé que éstas deban ser tratadas en categorías separadas de acuerdo con los criterios para clasificar las diferentes categorías fijados por la normativa nacional. La clasificación en categorías significa el agrupamiento de partes afectadas con el propósito de adoptar un plan de modo tal que refleje sus derechos y la prelación de sus créditos e intereses. Sobre esa base, como mínimo, se señala que los acreedores con y sin garantía deben ser tratados siempre como



# DECONOMI

categorías diferentes, aunque los Estados deben poder exigir que se formen más de dos categorías de acreedores, en particular categorías diferentes de acreedores con y sin garantía y categorías de acreedores con créditos subordinados. Además, los Estados también deben poder tratar en categorías separadas los tipos de acreedores que carezcan de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social y deben poder disponer que los créditos garantizados puedan dividirse en partes garantizadas y no garantizadas sobre la base de la valoración de las garantías. Asimismo, los Estados deben poder establecer normas específicas que faciliten la clasificación en diferentes categorías cuando los acreedores no diversificados o especialmente vulnerables, como los trabajadores o pequeños proveedores, puedan disfrutar de esa clasificación por categorías.

Por su parte, la “prueba del interés superior de los acreedores” se define en la Directiva como aquella que *se supera si se demuestra que ningún acreedor disidente se vería perjudicado por un plan de reestructuración en comparación con la situación de dicho acreedor si se aplicase el orden normal de prelación en la liquidación según la normativa nacional, tanto en el caso de liquidación de la empresa, ya sea mediante liquidación por partes o venta de la empresa como empresa en funcionamiento, como en el caso de la mejor solución alternativa si no se hubiese confirmado el plan de reestructuración*. Conforme a esa definición, se estima que los Estados deben poder elegir uno de esos dos umbrales al aplicar la prueba del interés superior de los acreedores en la normativa nacional. Esta prueba ha de aplicarse, en todo caso, cuando deba confirmarse un plan a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes o, según los casos, categorías de acreedores disidentes. Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores.

En fin, pensando en una posterior insolvencia del deudor, las previsiones sobre reestructuración preventiva también persiguen garantizar la adecuada protección de la nueva financiación -toda nueva ayuda financiera prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor para llevar a cabo un



plan de reestructuración e incluida en dicho plan de reestructuración- y de la financiación provisional -toda nueva ayuda financiera, prestada por un acreedor existente o un nuevo acreedor, que incluya, como mínimo, ayuda financiera durante la suspensión de las ejecuciones singulares, y que sea razonable y sea necesaria inmediatamente para que la empresa del deudor pueda continuar operando o con el fin de preservar o mejorar el valor de dicha empresa-. Dicha protección también se extiende a aquellas operaciones que sean razonables y necesarias inmediatamente para la negociación de un plan de reestructuración, en cuanto no puedan ser declaradas nulas, anulables o inejecutables por el motivo de que dichas operaciones sean perjudiciales para el conjunto de los acreedores, a no ser que concurran otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional. Aunque las previsiones de protección se establecen con respecto a una posible insolvencia futura del deudor, lo cierto es que difícilmente se tendrá acceso a esa financiación u operaciones en una reestructuración si no se contemplan medidas de protección a futuro de las mismas, en un ulterior procedimiento de insolvencia. Ello no significa, no obstante, que cualquier nueva financiación u operación pueda quedar protegida a futuro -especialmente, frente a una acción revocatoria- sino que subyace en la Directiva que esta protección sólo se extienda a la razonable e inmediatamente necesaria para alcanzar los objetivos de una reestructuración preventiva, sin desconocer que obtener esa financiación o esas operaciones en supuestos de deudores con dificultades financieras requiere incentivos y protección.

### III. BIBLIOGRAFÍA

AHEDO PEÑA, O. “Marcos de reestructuración preventiva: regulación”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

BELTRÁN, E. “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2007, págs. 29-52; Id. “Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada, en Sarcina/García-Cruces (*a cura di*), *Il trattamento giuridico della crisi d’impresa (profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto)*, Cacucci Editore, Bari, 2008, págs. 51-71.



DÍAZ MORENO, A. “Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 49, 2020, págs. 7-64.

ETXARANDIO HERRERA, E. “Marcos de reestructuración preventiva: vectores ideológicos”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

FLORES SEGURA, M. “La prueba del interés superior de los acreedores”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 318, 2020.

GARCIMARTÍN, F.J. “La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada “regla de prioridad absoluta”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43, 2018, págs. 11-38.

GÓMEZ ASENSIO, C. “La Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, págs. 472-511.

HERBOSA MARTÍNEZ, I. – ARENAS ALEGRÍA, C.C. “La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES)”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

HUERTA VIESCA, M<sup>a</sup>.I. “La Unión Europea ante la insolvencia: sucinta aproximación a la novísima Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración”, en *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica: estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias* (Andrés Sáenz de Santamaría, Coord.), Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2019, págs. 573-588.

LADO CASTRO-RIAL, C. “Líneas esenciales de la Directiva”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 8-9, 2019.

ROJO, A. “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2017, págs. 99-111.



# DECONOMI

TAPIA HERMIDA, A.J. “El nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia, *La Ley Unión Europea*, núm. 89, 2021; id. “Decálogo del nuevo marco europeo para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid-19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia, *Diario La Ley*, núm. 9793, 2021.



# DECONOMI

## **“El cambio de los paradigmas societarios. La sociedad anónima sin capital social mínimo, sustituido por patrimonio neto social mínimo y patrimonio ajustable”**

por Ariel Ángel Dasso

### **I. EL MUNDO SOCIETARIO ACTUAL Y LAS SOCIEDADES “HIBRIDAS”**

Es una imposición de la evidencia el acelerado proceso de cambio del derecho mercantil en permanente evolución para dar respuesta consistente a una, cada vez más, completa internacionalización de los operadores de la economía.

Este proceso se advierte particularmente en el mercado interior de la Unión Europea a través de las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo tras de las cuales se va operando en forma acelerada una modificación que muestra, como nunca, la aparición de nuevas formas cuya télesis es captar y ordenar los fenómenos económicos en orden a una mayor eficiencia.

El sector quizá más delicado en el marco de la evolución es el referido a las formas asociativas que tienden a suprimir los obstáculos para que los sujetos económicos llámense asociados, socios, accionistas, o terceros puedan ejercer en el marco del derecho su actividad económica del modo más rápido y efectivo, por medio de estructuras asociativas versátiles y flexibles, con acotamiento de su responsabilidad al límite del emprendimiento.

Todos los modernos ordenamientos particularmente los del derecho continental europeo, los de los países en desarrollo y naturalmente los Estados Unidos, han elaborado recientes leyes tendientes a que una nueva regulación ponga a las instituciones en sintonía con las necesidades del tráfico y la economía contemporánea facilitando la actividad empresaria en orden al bienestar general (*welfare – enhancement*).

Aparece patente, constituido en médula de la preocupación la determinación de nuevas formas de asociación o agrupación de los operadores cuya flexibilidad y limitación de responsabilidad a un aporte patrimonial



# DECONOMI

determinado al objeto del negocio guarde correlato con la eficiencia sin desmedro de la seguridad jurídica. Empeño difícil de conciliar.

La llamada *Limited Liability Partnership (LLP)* constituye una sociedad colectiva con limitación de responsabilidad de los socios. Fue recibida con enorme suceso para la conformación en particular de las asociaciones profesionales marcadas por los riesgos de la responsabilidad extracontractual.

53

A su vez surgieron también en Estados Unidos las llamadas *Limited Liability Companies (LLC)*, como un intento de evitar la doble tributación que alcanza a las sociedades de capital, en el estado de Wyoming, las que inicialmente rígidas derivaron luego en el actual tipo de sociedades de responsabilidad limitada que es considerado como el ejemplo del nuevo derecho societario para compañías cerradas constituyéndose en la forma asociativa más usada en los EEUU que sigue siendo considerado, aún hoy como la primer economía mundial.<sup>54</sup>

Francia, por Ley del 3 de enero de 1994 introdujo al mundo jurídico la sociedad por acciones simplificada (SpAS) cuyo éxito inicial alentó la reforma de 1999 que admitió la constitución con un solo socio para en 2009 suprimir la capitalización mínima configurándola susceptible de ser constituida por persona natural o jurídica.

---

<sup>53</sup> REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO “*Derecho Societario en los Estados Unidos*”, ed. Legis, p. 92: Se trata de una forma asociativa derivada de la concepción inicial de la compañía de personas y constituye uno de los tipos societarios más interesantes que se haya concebido en el sistema norteamericano en los últimos años. A diferencia de la tradicional sociedad de personas (*General Liability Partnership*) en ese tipo social híbrido los asociados no son responsables de manera solidaria e ilimitada por todas las obligaciones sociales, es la primera ley sobre sociedades de persona de responsabilidad limitada, promulgada por el Estado de Texas en 1991 aplicable a las profesiones liberales, en especial abogados, médicos y contadores, de la responsabilidad originada en el ejercicio de sus respectivas profesiones. En su origen no eximia la responsabilidad por obligaciones derivadas de causas diferentes al ejercicio culposo en el ejercicio profesional pero abrieron un ancho camino en Luisiana Delaware Carolina del Norte, Washington en 1993, entre otros, consagrando la responsabilidad limitada de responsabilidad impuesta a una persona por conducta atribuible a otra, cuyo fundamento está en la relación existente entre las dos personas o “responsabilidad indirecta por actos de otros” como la de un patrono por los actos de un empleado o la de un mandante por los incumplimientos contractuales, delitos o cuasidelitos de su mandatario. Lo cual resulta sumamente útil a los profesionales comprendidos en la referida ley. En algunos estados no se permite que las compañías de profesionales elijan formas asociativas diferentes a las sociedades de persona de responsabilidad limitada, para el ejercicio de profesiones liberales. En el Estado de Texas, donde nacieron, mas del 90% de las firmas profesionales están constituidas con dicho tipo personalista de responsabilidad limitada. **MC CAHERY, Joseph**, “*Limited partnership reform in the United Kingdom: A competitive, venture capital oriented business*”, *European Business Organization Law Review*, vol. 5-1, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 65.

<sup>54</sup> Cfr.” National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Revised Uniform Limited Liability Company Act”, Chicago, Annual conference Meeting, Julio 7-14 de 2006)



# DECONOMI

La Ley brasileña de sociedades 1.203 de 2001 adopta una forma asociativa que llama “sociedad simple” para actividades de profesionales intelectuales o empresario rural.

Inglaterra, por Ley del 20 de julio de 2000 legisla la sociedad colectiva de responsabilidad limitada. Chile por Ley 20.190 de 2007 siguiendo el modelo francés define a la sociedad por acciones como “*persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución cuya participación en el capital es representada por acciones*”. España por Ley 7 de 2003 crea la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE) habilitada sólo para personas físicas que puede ser unipersonal con la única condición de que el socio único no ostente esa calidad en otra de igual tipo. El órgano puede ser unipersonal y si fuere pluripersonal no estará encuadrado por la forma y régimen rígido del consejo de administración. Sus obligaciones contables son muy simples pues puede llevarse en un único registro. Colombia por Ley 1.258 de 2008 crea la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) susceptible de ser constituida por una o varias personas naturales o jurídicas con responsabilidad limitada al aporte.

En Italia constituye una novedad la introducción en el Código Civil por vía del Dec. Lgs. 6/ 2003 de una sección dedicada a los “patrimonios destinados a un específico negocio” en virtud de los cuales la sociedad puede constituir uno o más patrimonios separados desde el punto de vista jurídico respecto del patrimonio unitario (no destinado) de la sociedad que además prevé un “*contrato relativo al financiamiento del específico negocio*” que propende a la financiación del específico negocio con los ingresos provenientes del patrimonio destinado.

También Francia incorpora a su sistema la llamada “Nueva Empresa Individual de Responsabilidad Limitada” por Ley 658 de 2010 (*Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée: EIRL*) que permite al empresario persona física que realice cualquier tipo de actividad profesional independiente, comercial, artesanal, agrícola o liberal circunscribir el riesgo a la manera del director de la sociedad de capital pero sin crear sociedad ni persona moral. Se trata como en el sistema italiano de un patrimonio afectado a una actividad patrimonial (*patrimoine affecté*) distinto del patrimonio personal que pasa a ser “*no afectado*”. Tendrá así dos o más patrimonios independientes: su patrimonio



# DECONOMI

afectado responderá por sus deudas profesionales mientras que su patrimonio personal responderá frente a las otras deudas.<sup>55</sup>

Frente a la excepcional movilidad revelada en el mundo contemporáneo en todas las legislaciones, la modificación introducida en la legislación argentina aparece como una tibia respuesta, aparentemente simple pero de todas maneras conmocionante de la antigua tradición del rígido sistema de sociedad personalistas y sociedades de capital resistió la instalación de sociedades híbridas, como medio de entre tantos otros advertidos en el derecho contemporáneo, precedentemente citados dirigidos a la obtención de una forma o tipo legal ágil susceptible de obtener los dos ideales de un medio de contratación con limitación de responsabilidad y a la vez flexibilidad organizativa sin desmedro de los derechos de terceros.

## II. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La responsabilidad limitada estaba prohibida en el protocapitalismo: cualquiera fuere la forma asociativa, la empresa, ya fuera individual, ya fuere colectiva, o la del colectivo de una sociedad comanditaria imponía al empresario responsabilidad ilimitada. Fue un reconocimiento a favor de las clases terratenientes detentadoras de riqueza mobiliaria la consagración a favor del socio comanditario de la limitación de la responsabilidad al aporte, con lo cual el terrateniente podía invertir en actividades comerciales sin involucrar la totalidad de su patrimonio.<sup>56</sup>

Los preliminares de la responsabilidad limitada se remontan a la aparición de las primeras compañías difundidas a comienzo del Siglo XVII que surgían a favor de actos particulares que en cada caso otorgaba el Rey por medio de una “carta de incorporación”, que la convertía en “corporación”, las cuales fueron el instrumento de la vinculación de las metrópolis con sus colonias y en las que se aprecian los trazos del instituto que en el capitalismo moderno tomó auge hasta convertirse en su médula: la sociedad anónima.

---

<sup>55</sup> DASSO, ARIEL A “Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada” Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Profesor Emérito Dr. HECTOR ALEGRIA, 7 y 8 de abril de 2011, t. II, p. 1113 a 1150 con mayor desarrollo al tratamiento societario en el derecho comparado

<sup>56</sup> GALGANO, FRANCESCO; “Las instituciones de la economía capitalista, sociedad anónima, Estado y clases sociales”, Barcelona, Ed. Ariel 1990, 28.



# DECONOMI

Sus principios característicos eran: a) la dependencia del poder que les otorgaba el carácter de corporación; b) su organización administrativa de tipo oligárquico; c) la división del capital social en acciones libremente transmisibles y d) la responsabilidad limitada al monto del aporte.

El concepto de sociedad anónima aparece en el Código Napoleón supeditada su naturaleza jurídica a los principios del contrato de sociedad del Código Civil. El especialísimo ámbito político y las necesidades del desenvolvimiento conforme las ideas económicas de esa época generan la estructura de la organización sobre el principio democrático de la regla mayoritaria y se afirman los ya afiatados principios de la limitación de la responsabilidad y trasmisibilidad de las acciones que luego queda difundida como prototípica del derecho continental europeo como forma jurídica de la empresa en la que subyacente la noción contractual, y se instala en las ideas de libertad y organización democrática afirmada en las preliminares características notas de limitación de responsabilidad y negociabilidad de los títulos.<sup>57</sup>

Es el advenimiento de la sociedad anónima que convierte la excepción en regla en cuya virtud *todos* los socios, y no solo una parte de ellos, asumen responsabilidad limitada al aporte lo que significa en términos económicos sociales la obtención del beneficio de la responsabilidad limitada del emprendimiento colonizador del siglo del descubrimiento del nuevo mundo, para realizar su conquista.

Sin embargo, el principio de limitación de la responsabilidad constituye una prerrogativa que no ha podido despegarse nunca de una subyacente crítica social, ideológica y, casi siempre, también política. La limitación de la responsabilidad es conceptuada por una gran parte de doctrina como la más grande innovación y aporte jurídico a la era industrial, en medida tal que sin el advenimiento de la sociedad anónima, se conceptúa que no hubieran sido posibles ninguna de las excepcionales riesgosas empresas que a través de la colección de capitales de sujetos cuya responsabilidad queda limitada al aporte, la acumulación de una fuerza económicamente capaz de concretar emprendimientos que de otra manera no podían haber sido

---

<sup>57</sup> SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE DE: *Tratado de Sociedades Anónimas en el Derecho Español y en el Derecho Comparado*, Barcelona, 1953, p. 37.



# DECONOMI

acometidos, dado que particularmente aquellos de investigación o riesgo, están lejos de garantizar el éxito, estrella polar de toda empresa.

La labor de las compañías de responsabilidad limitada en la creación de riqueza en los sistemas económicos no puede ser negada, y no alcanza a desdibujar su tremenda trascendencia la circunstancia de que frecuentemente hayan sido utilizados con propósitos que exceden claramente las finalidades del instituto.

Tempranamente los detractores de la responsabilidad limitada predicaron que serviría como una forma de posibilitar el abuso de transferencia de los recursos del crédito a los accionistas beneficiados por el principio limitativo.<sup>58</sup>

Las críticas han aparecido y potenciadas, como un reclamo de la doctrina disparada al conjuro de escándalos financieros que treparon los niveles internacionales. Los casos que como Enrom o World Co. Trade en Estados Unidos y en Europa, Parmalat o Ciro, entre otros, han concitado la atención de todos los medios y han reclamado al dogma especializado paliativos, los que se supone deben encontrarse en la imposición de limitación a la responsabilidad ilimitada.

Los abusos en la utilización de la sociedad como tipo asociativo son tan antiguos como todos aquellos que alcanzan a cualquier instituto que, constituidos en útil instrumento, con propósitos benéficos a la comunidad, en cambio proyectan a través de sus excesos deterioros, particularmente a los recursos económico-financieros que sólo proporciona el crédito.

Es precisamente el legítimo interés de los acreedores frecuentemente perjudicados, lo que constituye el objetivo de la doctrina que postula institutos excepcionales que tienden a comprometer a los asociados por las obligaciones sociales. Esto acontece a través de un doble andarivel que, como común denominador, reclama por la extensión de responsabilidad a los socios-accionistas de las sociedades de capital. Uno de los caminos es la dilución del principio cuando la limitación de responsabilidad afecta a acreedores sociales

---

<sup>58</sup> **MC. CAHERY, JOSEPH, y otros**, *Corporate Governance and Innovation: Venture Capital Joint Venture and Family Business*, Tilburg University, 2006, p. 15 y ss.



# DECONOMI

como consecuencia del uso antifuncional, o lisa y llanamente abusivo, de la estructura y normas de la sociedad de capital.

El otro, de más reciente data, pone el acento en las hipótesis de responsabilidad extracontractual, es decir de créditos causados por actividades de la sociedad al margen de los negocios económicos directos: tales los daños ecológicos, accidentes de tránsito, etc.

La defensa del principio de limitación de responsabilidad contractual encuentra hoy un sólido bloque frente a aquella inveterada pretensión de dilución de la regla, pero se registran permanentemente nuevas convulsiones y reiterados embates cuando aparece patente, o la indefensión de los terceros ante la insolvencia de la sociedad. En estas situaciones, el análisis se proyecta directamente a la conducta de los sujetos que la han determinado, en vista a propagar a los mismos la entera responsabilidad patrimonial que no alcance a ser satisfecha por el patrimonio social.

Cuando se trata de responsabilidad *extracontractual* se sostiene que los terceros que no han contratado con la sociedad no tuvieron libertad para exponer su consentimiento, ni evaluar las consecuencias del principio en orden a las responsabilidades subsiguientes y por ello su situación merita trato y solución diferente.

Estos terceros, están afectados por la limitación de responsabilidad en mayor grado que los que contractualmente se vincularon a aquella, pues la suficiencia de la satisfacción de su crédito no dependerá ya de las contingencias de una interacción comercial evaluada por las partes, ni de las prestaciones que pudieron haber tenido en cuenta sino que quedará reducida a la mera suficiencia o insuficiencia de los activos porque, en tanto el sujeto que asume la calidad de acreedor en virtud de un negocio jurídico tuvo oportunidad de evaluar ventajas y riesgos y consecuentemente asumir los resultados del negocio; esa situación no puede ser equiparada a la de quien tiene un crédito en función de las consecuencias de un hecho dañoso totalmente ajeno a su voluntad como puede ser daño ecológico o el generado al consumidor por un producto nocivo o cualquier otro en el que no pudo ni tuvo ocasión de manifestar consentimiento.



# DECONOMI

La doctrina que justifica la responsabilidad limitada encuentra su fundamento y explicación en la deliberada asunción del riesgo que el tercero asume al contratar con la sociedad lo que significa la distribución de ese riesgo entre todos los acreedores y los asociados en la forma en que ellos consideren más eficientes ya que cada una de las partes pueden evaluar al contratar el alea y aún las contingencias que siempre tienen un margen de previsibilidad<sup>59</sup>.

La doctrina de la limitación de la responsabilidad sufre a su vez un severo contraste cuando se trata de sociedades abiertas pues su reconocimiento recaería sobre el mercado de valores con el consecuente daño por la disminución de la negociabilidad de las acciones de las sociedades que perdieran el beneficio de la responsabilidad limitada.

Constituye excepción a la responsabilidad limitada de los accionistas cuando estos en el ejercicio regular de su derecho de voto hubieran votado favorablemente resoluciones que se declaran nulas en cuya hipótesis responden limitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas ello sin perjuicio de las que corresponden a directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia (LGS 254)

### III. LOS ACREEDORES CONTRACTUALES Y EXTRACONTRACTUALES

Los acreedores contractuales negocian con la sociedad con pleno conocimiento de los riesgos o, por lo menos, con la posibilidad del pleno acceso al conocimiento de antemano respecto de las perspectivas que son consecuentes a una relación negocial.

Pero, además, la excepción a la regla de la limitación de la responsabilidad en la sociedad de capitales impone también entonces realizar una diferenciación que corresponde a distintos vínculos de la relación negocial contractual (y no sólo respecto de la responsabilidad extra contractual), y esto no es de ninguna manera simple cuando, como en la hipótesis de las relaciones laborales o las del consumidor por productos defectuosos, aun cuando puede

---

<sup>59</sup> HANSMANN, HENRY Y KRAAKMAN, REINIER "Toward ulimited shareholder liability for corporate torts", The Yale Law Journal, Volume 100, May, 1991, p. 1919.



# DECONOMI

hablarse (en ambos casos) de un contrato entre la sociedad y el tercero, los perjuicios guardan una marcada analogía con los de los de naturaleza extra contractual.

Y esto guarda relación con la apertura y transparencia del mercado. Difícilmente puede, *v. gr.*, el trabajador elegir al empleador ni disentir las condiciones del contrato de trabajo. Esto no es en teoría imposible, pero no fácilmente pensable en la mayoría de los escenarios económicos. Lo mismo puede decirse de los productos dañosos cuando se trate de aquellos que han logrado a través de la publicidad una ubicación preferente cuya adquisición, ante la inexistencia de productos en competencia, puede aparecer coactiva. En ambos casos la libertad en el consentimiento no existe en forma pura.

En cada caso sería menester determinar si el tercero pudo o no evaluar los riesgos inherentes a la relación social. Si pudo conocerlos. Y en estas hipótesis la apariencia engañosa podrá generar la idea de la derogación de la responsabilidad limitada.

Sin embargo, contra todas las críticas, lo cierto es que el beneficio de la responsabilidad limitada también es útil a los acreedores porque les permite acceder a la óptima distribución de sus riesgos y también a la reducción del coste de ejecución de las obligaciones a cargo de la sociedad. El traslado del riesgo de los inversionistas a los acreedores, que es precisamente la consecuencia de la limitación de responsabilidad debe ser considerado como económicamente eficiente porque son los acreedores quienes así están en mejores condiciones para analizar los riesgos financieros y *a priori* negociar una rentabilidad proporcionada al riesgo que están dispuestos a afrontar, lo que significa la obtención de mejor rentabilidad, en tanto mayor fuere el peligro en la frustración del negocio.

La responsabilidad ilimitada desestimula la elección que es inmanente al negocio y coloca al inversor en una igualdad de situación que va en contra de la eficiencia de su inversión. Es por ello, que la responsabilidad limitada hace que los acreedores procuren y exijan al mejor nivel de información.

Si existiera una responsabilidad ilimitada, el acreedor debería reclamar en forma individual a cada accionista que hubiere incumplido sus



# DECONOMI

obligaciones por lo que la ejecución coactiva sería, además de costosa, prácticamente imposible, especialmente en el caso de sociedades abiertas. Se concluye entonces que la responsabilidad limitada facilita la ejecución forzosa de los créditos de los acreedores y es más eficiente para la solución de los conflictos crediticios con la sociedad. <sup>60</sup>

Visto el tema desde el prisma intrasocietario, la derogación de la limitación de responsabilidad sería injusta para el socio más solvente, respecto de aquel que no lo es, pues el acreedor elegirá a aquel en la ejecución de responsabilidad lo que implica, por lo demás, un desestimulo de la asociación bajo la forma capitalista porque, el socio-accionista con mayor capacidad patrimonial cargaría con igual responsabilidad personal por los hechos del socio-accionista (administrador o no) autor del comportamiento dañoso, sin que mediara otro factor de imputación que un disvalioso criterio objetivo de pertenecer o integrar un único sujeto de derecho.

Se puede afirmar hoy, sin hesitar, que la abolición de la limitación de responsabilidad aparece claramente minoritaria, insuficiente en sus predicados para derogar un principio que, sólidamente establecido desde los albores de la sociedad anónima está constituido en instrumento medular del capitalismo y se encuentra afiatado con la clásica perdurabilidad de los principios e instituciones, cuya conveniencia está sedimentada a través del tiempo. La idea de una sociedad comercial vehículo fundamental del capitalismo tiene un incentivo imprescindible en la inderogabilidad del riesgo del inversionista que va ínsito en la limitación de responsabilidad.

Sin embargo, el grado de responsabilidad comunitaria de la sociedad-empresa no puede ser de ninguna manera soslayado y aparece potenciado en la misma medida en que esta se convierte en protagonista excluyente de la vida económica moderna. Digamos aquí que distintas soluciones entonces procuran, sin daños traumáticos a la esencia del sistema, paliar sus desvíos y estos son: la capitalización mínima, el seguro mínimo obligatorio y la responsabilidad del *management*.

---

<sup>60</sup> ENGRACIA- ANTUNES, JOSE, *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German an EU, an Internacional and Compartive Prespective*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 129



## IV. EL CAPITAL SOCIAL: UN CONCEPTO POLIMORFICO Y EQUÍVOCO

El capital social es refiere un concepto evidentemente jurídico, que ninguna relación guarda con la acepción económica. La terminología jurídica no se muestra particularmente precisa cuando trata el capital social con diversas acepciones según fuere la aplicación que el concepto es requerido en el caso metodológicamente desarrollado en el derecho positivo, lo que constituyen hipótesis diversas con distintos matices entre sí.

La importancia del capital social se refleja en el género societario a las que le da su nombre. Constituye sociedades de capital típicas, esto es reguladas legalmente en forma rígida: la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Sociedad en Comandita por Acciones, aunque esta está integrada por socios comanditarios con responsabilidad limitada al aporte de la misma manera de la sociedad anónima y de la SRL y socios comanditados con responsabilidad ilimitada. En la SRL los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de sus aportes (LGS: art.150)

En las sociedades de capital, el capital social aparece constituyendo un elemento sustancial que hace a su naturaleza.<sup>61</sup>

Cualquiera fuere el tipo de sociedades de capital, el concepto de capital social aparece explícito. Su definición en cambio tratándose de un elemento tan importante, no llena las exigencias de su clara definición.

El capital social no indica por si mismo ninguna realidad económica, dineraria, patrimonial. Es calificada casi unánimemente en doctrina como un *nomen iuris* esto es mera cifra aritmética, carente de valor económico y en consecuencia no susceptible de ser constituida en asiento de garantías de pago por cumplimiento de obligaciones frente a terceros.

---

<sup>61</sup> OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “Estudios de derecho societario”, Rubinzal-Culzoni, 2005, ps. 588, 635 y cc., recuerda la clásica aseveración de GARRIGUES, JOAQUÍN, “La sociedad es un capital con personalidad jurídica”.



# DECONOMI

Es una cifra matemática que aun exigida en los estatutos o, en su caso contrato societario en las sociedades de capital, constituye el instrumento indispensable toda vez que el sistema requiera la cuantificación, en la estructura y organización de la sociedad.

Su condición de cifra abstracta, no evaluable económicamente, lo constituye carente de todo significado patrimonial. Sus funciones son múltiples y tanto lo son que es frecuente la pretensión autoral de señalarlas con tanta prodigalidad, con tantas coincidencias como disensos.

Una indiscutible clasificación es aquella que distingue sus funciones internas como criterio para la determinación del estado o posición del socio en la sociedad de capital respecto de la cual no existen mayores disensos y la función externa, esto es de garantía frente a los acreedores que, en cambio, en razón de la responsabilidad limitada de los socios, no genera consenso.

A partir de las notas caracterizantes y sustanciales de la sociedad de capital el mismo se divide en participaciones cuando se trata de una sociedad de responsabilidad limitada o acciones referidas a la sociedad anónima y a la sociedad en comandita por acciones.

La mera suscripción de participaciones o acciones significa condición y derecho a la adquisición del carácter de socio en el mismo acto fundacional. Aun cuando, la integración del valor de participación pueda ser integrado en un momento ulterior.

El socio que adquiere su condición en el acto de fundación también obviamente adquiere dicha posición, en el caso de adquisición ulterior al acto de fundación en el curso del desarrollo de su actividad. Con la titularidad del socio, queda delimitada el grado o intensidad de sus derechos y obligaciones en la sociedad y particularmente en la medida proporcional de los mismos.

El poder de voto, que significa su derecho político relevante en tanto incita su porcentual en la decisión que expone la voluntad de la sociedad de la misma manera que el dividendo o utilidad, está determinado por la cantidad de acciones o de participaciones que puede suscribir además con carácter preferente (derecho de opción) en los aumentos de capital social (LGS: art. 189, 194, 197).



# DECONOMI

La regla común a todos los tipos de sociedades de capital que hace a su esencia es la responsabilidad limitada al aporte, lo que permite al socio con el mero ejercicio de esa función interna, asignada al capital social, desinteresarse de los avatares que significarían un riesgo mayor a la pérdida de su aporte. Tal regla, admite en el ordenamiento societario ciertos matices tales como el voto plural a favor de un socio.

A modo de resumen: el capital social al momento de constitución o adquisición del título de participación en la sociedad significa plasmar la relación jurídica del socio en y con la sociedad en cuanto a la intensidad o proporción relativa en el ejercicio de sus derechos siempre tabulados en el valor nominal de sus acciones o en otros términos al porcentaje de su tenencia respecto del capital social total.

La función externa del capital social es atribuida conceptuándolo como cifra de retención del patrimonio social. La suma aportada por los socios no podrá ser inferior en ningún caso, al valor nominal de las acciones sujetas.

Dado que el valor nominal no es mas que el resultado de dividir la cifra del capital social por el número de las acciones emitidas y suscriptas, se entenderá que la suma de todas las aportaciones constitutivas del patrimonio inicial sea, en el acto de constitución al menos igual que la cifra de capital social.

En el desarrollo de la actividad el carácter de rigidez y su naturaleza meramente nominal del capital social, solo susceptible de modificación en forma expresamente regulada en la ley, confronta con la flexibilidad y permanente movilidad y consecuente mutación del patrimonio social subvirtiéndose la regla de constitución en igualdad a lo largo del desarrollo de la sociedad sustituida entonces por la mera tendencia propuestas por la ley en orden al mantenimiento de un cierto equilibrio que adquiere aplicación en ocasión de la normativa dirigida a la reducción del capital social por pérdidas (art. 203 a 206), a su aumento o reducción total o parcial (LGS: arts. 187 a 206 )

Siendo que la cifra de capital constituye una deuda de la sociedad respecto de los socios está contabilizada en el pasivo y tiene su correspondiente en el activo, en virtud de los cual la sociedad no debe disponer de su patrimonio toda vez que en virtud de tal disposición y su contabilidad debe mantener en su



# DECONOMI

patrimonio la cifra del capital social respetando su límite mínimo, por lo que la sociedad no podrá distribuir dividendos toda vez que el patrimonio neto sea inferior a la cifra del capital social mínimo. Actuará así a modo de garantía a terceros con aplicación de la regla según la cual una parte del patrimonio social ubicado en el activo del balance queda afectada a la cobertura integral del capital social mínimo, incluido en el pasivo.

## V. LA FUNCION PRODUCTIVA DEL CAPITAL SOCIAL

Se encuentra en cuestión la posibilidad de técnica legislativa en orden a la instalación de una norma que imponga la suficiencia de recursos adecuados en la acepción de “suficientes” para el desarrollo de la actividad de la sociedad esto es a las necesidades de los recursos sustentables de la actividad. Subyace aquí el enigma de la infracapitalización a la que aludimos infra.

El derecho societario no contiene normativa que imponga a la sociedad un capital social suficiente para la función de explotación, o en otros términos imponer a la sociedad el deber de una capitalización adecuada a su función de explotación o producción, esto es la misma regla aplicable como principio de las leyes de bancos, compañías de seguros, de captación del ahorro público, en todo caso sometidas a las determinaciones de su capital social impuestos por los respectivos órganos de aplicación.

Desde el punto de vista doctrinario una posición minoritaria, postula con una interpretación amplia de las causales de disolución de la sociedad y en particular la imposibilidad de logro del fin social o cumplimiento del objeto, la expuesta ausencia de una normativa expresa sin que ello constituya un mero intento interpretativo carente de convicción para incluir una obligación societaria ajena a la naturaleza de la sociedad de capital, focalizada en la responsabilidad del socio- accionista, limitada a su aporte.

## VI. VALOR NOMINAL – FORMAL Y VALOR REAL- MATERIAL. INFLACIÓN



# DECONOMI

El valor nominal es la cifra o cantidad monetaria que la ley o la convención atribuyen a un bien y por ello constituye la cantidad monetaria que deberá ser la materia de venta o cualquier forma de transferencia o intercambio.

Debe estar expresamente escrito en el título de propiedad del bien. Su valor nominal, es el que se encuentra impreso en el billete o en una moneda, o en otros medios o instrumentos de pago (acciones, cheques, bonos, etc.).

En las sociedades de capital, el capital nominal coincide con el capital aportado. En las sociedades anónimas puede acontecer un desembolso mínimo del 25%, con un plazo también determinado por la ley para su integración.

En oposición al significado de valor nominal se define el valor real entendiendo por tal el valor absoluto, significado en unidad monetaria. Como ejemplo de escuela, un ingreso mensual de valor nominal 1.000, inscripto en los instrumentos de pago del salario (v.gr. billete, pagaré, cheque inscripción en contabilidad o registros) constituye el valor nominal, al cual como valor real se descuenta la inflación correspondiente al respectivo periodo de pago del salario.

La inflación se define como un concepto económico consistente en el aumento general y sostenido de los precios de bienes y servicios durante un periodo de tiempo (un año, un mes, una semana, etc.). El efecto es la disminución del poder de compra de la moneda, la insuficiencia del ahorro y de la inversión bajo el común denominador de la incerteza y la inseguridad respecto del valor real del dinero.

El valor real en la hipótesis de inflación de ingresos anuales de la unidad monetaria 1.000 con una inflación de dicho periodo anual del 10% significa el deterioro del ingreso anual en la misma proporción del 10% del poder adquisitivo del mismo valor nominal dinerario del periodo anual anterior.

## VII. EL CAPITAL SOCIAL MÍNIMO

La finalidad de la determinación de una cantidad monetaria de mínima establecida en el estatuto parece ofrecer una respuesta al problema de la insuficiencia patrimonial requerida para el desarrollo del objeto social del mantenimiento y progreso de la actividad, pero es evidente que en sus términos



# DECONOMI

no propone solución a la situación de infracapitalización de la sociedad porque tiene carácter general, sin relación ni vínculo con el objeto social respecto de las necesidades financieras.

Condividimos en cambio, la doctrina que con amplia mayoría focaliza como finalidad del capital mismo el propósito de orientación en la elección de los tipos de sociedades de capital, sugiriendo un mayor capital mínimo para las de mayor dimensión empresarial y correlativamente un menor capital social mínimo para la sociedad de responsabilidad limitada.

El instituto no encuentra más justificación pues no puede desbordar o superar el carácter de la responsabilidad limitada adjudicada al socio. Aun reconociendo el objeto del capital social meramente constreñido al tipo de sociedad de capital aparece insuficiente y hasta innecesario en cuanto a esa finalidad.

Por el contrario, se advierten los problemas que genera el capital mínimo destacando el rigor de la conclusión empírica respecto de la imposibilidad material de realizar una prospectiva de las necesidades para la explotación en el momento mismo de su constitución. En este sentido cabe remitir a la clara exposición del problema realizado por Fernández de la Gándara.<sup>62</sup>

Sin embargo, todos los ordenamientos societarios no se detienen en la exigencia de un capital mínimo fundacional, sino que muestran distintos instrumentos que tienden a la conservación durante toda la vida social de un capital mínimo suficiente durante la duración de la sociedad.

Así, por ejemplo, toda decisión u otro evento societario que redujera la cifra del capital por debajo del mínimo autoriza su impugnación.

Esta conclusión entra en cuestionamiento cuando la misma Ley impone la reducción del capital social inferior al mínimo en la hipótesis de pérdidas que insumen las reservas y el 50% del capital. En tanto que también priva a los acreedores del derecho de oposición regulado en el art. 83 inc. 3

---

<sup>62</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, "La infracapitalización societaria: Un problema de política y técnicas legislativas", en *Derecho económico empresarial - Homenaje al Dr. HÉCTOR ALEGRIA*, LL, 2011, t. II, p 1.203, especialmente sus citas EIDENMÜLLER, Horst – ENGERT, Andreas, "Das angemessene Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft", AG, 2005, p. 97; EIDENMÜLLER, Horst – GRÜNEWALD, Barbara – NOACK, Ulrich, *Das Mindeskapital im System de festen kapitalis*, ZGR, Sonderheft 17 (2006) S., p. 17.



# DECONOMI

(derecho anterior pre reforma 22.903 inc. 2) cuando la reducción voluntaria, esto es efectiva o real, opere por amortización de acciones integradas y se realice con ganancias o reservas libres (LGS art. 204 y art. 223).<sup>63</sup>

No existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que requiera en forma expresa la suficiencia de recursos propios en orden a la financiación adecuada al objeto (capital de explotación) de ello resulta que el capital social mínimo insuficiente para la explotación hace posible su funcionamiento aún infracapitalizada.

## VIII. CAPITAL SOCIAL Y RECURSOS PARA LA FUNCIÓN DE EXPLOTACIÓN. OTRA VEZ LA INFLACIÓN.

No existe en la LGS ninguna norma que exija recursos propios suficientes para la necesidad financiera adecuada al cumplimiento del objeto y mantenimiento de la actividad es frecuente en la práctica que sociedades con capital social insuficiente, se encuentren infracapitalizadas. La situación acontece con insuficiencia de recursos propios adecuados a las necesidades de la explotación del objeto sin que los socios realicen ingresos u otros medios para cubrir la insuficiencia. Estamos entonces en presencia de lo que la doctrina llama infracapitalización material o real.

Mayor gravedad que la anterior se da en la hipótesis en que la insuficiencia de recursos patrimoniales es cubierta por los socios por otros medios que no son aportes de capital sino préstamos a la sociedad los que se denomina *“infracapitalización formal o nominal”*.

La infracapitalización material no obliga a los socios a capitalizar cubriendo las deficiencias patrimoniales necesarias en orden a la explotación y cumplimiento de la función productiva cuya finalidad queda referida a la publicidad que hace saber a los acreedores el capital mínimo legal establecido en el estatuto.

---

<sup>63</sup> ZUNINO, JORGE OSVALDO *“Régimen de sociedades”* ed. Astrea, 26° ed., p. 181- VERON, *“Sociedades Comerciales”*, t. III, p. 621 y doctrina allí citada: en este caso la tutela de los acreedores impone el aumento de la reserva legal en proporción a la reducción.



# DECONOMI

La exigencia de publicidad registral y edictal de la cifra de capital, del objeto social y situación financiera constituyen la información frente a terceros. Claro está que en los casos de infracapitalización de mayor entidad, estaríamos en presencia de la causal de disolución referida a la imposibilidad de alcanzar el fin social (LGS: art. 94 inc. 4: esto es la imposibilidad sobreviniente de lograr la consecución del objeto social para el cual se formó).

Cuando se trate de infracapitalización formal o nominal, que también parte de la ausencia de recursos propios necesarios a la explotación del objeto social, y los propios socios suple la financiación externa, cubriendo la diferencia a título de préstamo, lo que supone un desplazamiento patrimonial a favor de la sociedad en orden a su financiación.

El préstamo, se establece con preferencia o prededucción generalmente a favor de los acreedores socios y en ocasiones hasta con garantía real. De esta manera el riesgo propio del socio en cuanto inversor se traslada a los acreedores, con un derecho de pago preferente respecto de los acreedores sociales asumiendo su misma vocación de acreedor igual a los acreedores externos cuya garantía es el patrimonio social.

Para evitar la lesión de los intereses de estos últimos los créditos intra societarios son postergados a los créditos de terceros. Pero tal postergación aparece eficaz cuando el patrimonio no permita el pago de todos, se entenderá que también es aplicable cuando la sociedad se encuentre en insolvencia. La respuesta entonces es la postergación como créditos subordinados, en posición análoga a otros sujetos de acreedores vinculados a la sociedad (*insiders*).

## **IX. LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS SOCIOS Y LA EQUIDAD EN OCASIÓN DE LAS PÉRDIDAS**

Es una nota característica de la sociedad de capital el apotegma según el cual los socios no responden frente a terceros por las deudas sociales.

La sociedad se interpone entre acreedores sociales y socios que son ajenos a cualquier responsabilidad por obligaciones exigibles por la sociedad.



# DECONOMI

Los socios en la sociedad de capital del tipo SA tienen la obligación de la integración del aporte en el acto constitutivo y por ese importe de su aportación responden exclusivamente ante la sociedad.

La exclusión de responsabilidad queda referida a otro instrumento atribuido a los atributos de realidad y efectividad del patrimonio social siendo este la única garantía con que cuentan los acreedores para satisfacer su crédito. La conclusión es que el patrimonio social constituye la única referencia objetiva en garantía de los acreedores sociales.

## X. LAS PÉRDIDAS DE LA SOCIEDAD

La Ley prevé en caso de pérdidas de la sociedad que afecten a su patrimonio, con una clara diferenciación entre la reducción voluntaria del capital, estableciendo solamente que, deberá ser resuelta por asamblea extraordinaria con informe fundado del síndico en su caso (LGS: 203) en cuya hipótesis los acreedores están asistidos en el derecho de oposición establecidos por la ley en el procedimiento de fusión. Estableciendo que en todo caso la reducción voluntaria debe ser inscrita y publicada con los mismos requisitos de la norma de envío.

La reducción voluntaria del capital no regirá cuando opere por amortización de acciones integradas y se realice con ganancias o reservas libres, en cuya hipótesis no existe detrimento alguno sobre el patrimonio social.

Cuando se trate en cambio de pérdidas, la asamblea extraordinaria tiene la potestad o facultad de decidir la reducción del capital por las pérdidas sufridas en orden al reestablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio confirmando así la tendencia vinculante de ambos conceptos (LGS: 205). Pero la reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen reservas y el 50% de capital (LGS: 206).

La circunstancia que las agresiones o pérdidas patrimoniales, desde el punto de vista económica aparecería razonable por vía del aumento de capital, en cambio se encuentre legalmente impuesto con la reducción obligatoria del capital lo que constituiría una *contradiccio in terminis*.



Sin embargo, dado que la pérdida del capital material afecta tanto a la sociedad como a los socios, si bien constituyen la disminución de la garantía de los acreedores, no asigna a los mismos el régimen de oposición aplicable a la reducción voluntaria y a pesar del perjuicio que sufren, teniendo en cuenta el contexto global del fenómeno, hace que los acreedores también vean disminuidas sus expectativas, lo que importa la veda de oposición<sup>64</sup>.

## XI. EL DESPERTAR DEL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO

Es muy reciente el despertar legislativo de la larga siesta que experimento el derecho societario argentino.

El tardío *aggiornamento* llegó con el Código Civil Comercial de la Nación (2015) que produjo importantes normas sustitutivas del derecho anterior, aunque no integralmente, pero guardando correlato morigerador de la intensidad de los cambios, trata a la sociedad como persona jurídica en cuyo elenco aparece en el art. 148 (a).

Al tratar sus atributos y efectos incluye nombre (art. 151), domicilio y sede (art. 152), objeto (art. 158) y “*patrimonio*” (art. 154) estableciendo un atributo que no aparece como tal en la misma Ley General de Sociedades.

Congruente con tal sustitución en el párrafo 3 de la Sección Tercera, art 163, “*Causales de Disolución*” -que la Ley General de Sociedades legisla en el art. 94, *incluyendo entre ellas en el inciso 5 la pérdida del capital social*- lo elimina y en sustitución incorpora en el art. 173 inc. i) “*el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*”, significando entonces que la causal de disolución no está determinada por la pérdida total del capital social mínimo cuya

---

<sup>64</sup> ZUNINO, JORGE OSVALDO, Régimen de sociedades Comerciales Ley 19 550, 23° edición, ed. Astrea, p. 219. La doctrina italiana, desde antiguo considera que la reintegración de capital, por mayoría a causa de pérdidas significa a la postre anular la calidad de socio que solo podría ser readquirida por el accionista con ejercicio del derecho de opción, efectuando un nuevo aporte en violación al principio general que determina que ningún socio-accionista puede ser obligado a nuevos aportes más allá de los afectados en el momento de constitución por lo que se trata de una posición subjetiva del socio inderogable sin su consentimiento. Por lo cual se postula para su aplicación el consenso unánime. La respuesta contesta que la aplicación de la regla de mayoría tiene en esta hipótesis, la alternativa del derecho de receso o retiro del socio, con reembolso del valor de sus acciones. De todas maneras se advierte que, la posibilidad de retiro alegada en la respuesta confirma el carácter sustancial inderogable de los derechos del socio frente a la sociedad y a terceros, inmanente al sentido de su responsabilidad limitada a aporte del capital en el acto de fundación, lo que significa que ni la sociedad ni terceros podrán agredir el patrimonio personal del socio que a diferencia de lo que acontece en las sociedades personalistas no está sometido al régimen de la responsabilidad ilimitada.



insignificancia trastoca el contexto legal, sino por la infrapatrimonialización, en la medida de hacer inviable su continuidad.

Nunca puede significar causal de disolución de la sociedad el capital social mínimo significado por una cifra aritmética rígida, constituido en un *nomen iuris* expuesto como valor nominal, carente de referencia material y sustraída en consecuencia al fenómeno económico de pérdida o ganancia condición atribuible al patrimonio social

En este sentido, la Sociedad Anónima Plataforma de Financiamiento Colectivo (PFC SA), creada por la Ley de apoyo al emprendedor 27.349 -2017, cuya autorización y control integral esta atribuido a la Comisión Nacional de Valores (Ley 27.349), establece en su Resolución 7/2017 la creación de la primer Sociedad Anónima de Responsabilidad Limitada, constituida no ya con capital social mínimo sino con patrimonio neto mínimo, ajustable anualmente en ocasión de cada ejercicio contable de forma adecuada a las necesidades financieras para el cumplimiento del objeto social y el mantenimiento de su actividad. A ella nos hemos referido con amplitud en DECONOMI, Año IV, número 11, “*Pandemia. La Prededucción y sus nudos*”.

## XII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Halperin Isaac, en su “*Manual de Sociedades*”, Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 372 y ss. explica allí con amplio desarrollo que la redacción el texto que considera causal de disolución al capital social mínimo fue redactado en épocas de consolidación económica, 1933. Inaplicable entonces a los periodos inflacionarios que generan el deterioro del valor monetario expuesto como cifra rígida. Por lo que debe entenderse que las pérdidas de la sociedad están referidas a su patrimonio (no al capital social).

La nueva Sociedad Anónima Plataforma de Financiamiento Colectivo regulada por la Comisión Nacional de Valores, crea una nueva sociedad anónima que deja de lado la redacción impuesta por la Ley 11.719 de 1933 y casi un siglo después asume al parecer como resultado de sucesivos periodos inflacionarios un subtipo de sociedad anónima sin capital social mínimo pero en cambio con



# DECONOMI

patrimonio neto social mínimo, y ajustable anualmente, ahora sí, adecuándolo a las necesidades de financiación para el cumplimiento de su objeto.



# DECONOMI

## ***“El derecho societario frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas y modelos en pugna”***

por Eduardo M. Favier Dubois<sup>65</sup>

### **INTRODUCCION.**

La ley de sociedades comerciales 19.550, sancionada en el año 1972 durante la vigencia del Estado de Bienestar, dispone un sistema de reglas que configuran un modelo societario “institucional” en tanto establecen requisitos sustanciales y formales rígidos e inflexibles en tutela del interés general y en protección de socios minoritarios y terceros.

Hoy, como consecuencia de los cambios culturales propios de la Posmodernidad, de los cambios económicos generados por el Neoliberalismo y la Globalización, del impacto de la “especificación” de los Derechos Humanos y de la prevención internacional del Lavado de Dinero, el Derecho Societario ha experimentado importantes cambios, ha incorporado nuevos paradigmas y ha dado lugar a la configuración de modelos societarios diversos.

En este trabajo se exponen, en forma panorámica, los nuevos modelos y sub-modelos societarios que se califican como “contractual”, “humanista” y de “prevención internacional”, que coexisten con el modelo “institucional” ya referido.

Confío en que el reconocimiento sobre la configuración y coexistencia de tales modelos, como así de sus fundamentos, pueda ayudar a enriquecer los debates y a avanzar en la búsqueda de las soluciones legales e interpretaciones superadoras en materia societaria.

### **CAPITULO I. EL DERECHO SOCIETARIO.**

El derecho de las sociedades, en su historia, comenzó para regular las relaciones contractuales internas entre los partícipes de un negocio.

---

<sup>65</sup> Doctor en Derecho (UBA). Profesor titular de “Derecho Comercial” en la Facultad de Derecho de la UBA y profesor titular de “Derecho Crediticio, Bursátil e Insolvencia”, en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA. Ex juez Nacional en lo Comercial. [www.favierduboisspagnolo.com](http://www.favierduboisspagnolo.com)



# DECONOMI

Con el tiempo, en plena época de grandes descubrimientos y colonizaciones, ese derecho se proyecta al exterior y da nacimiento a un sujeto con personalidad jurídica diferenciada de los socios: la sociedad anónima.

En nuestro país, se sanciona en el año 1972 la ley 19.550 de sociedades comerciales, la que regula en un solo cuerpo a todos los tipos sociales con una impronta “institucionalista”: impone determinadas normas sustanciales y formales que buscan tutelar el interés general y proteger a los socios minoritarios, a los acreedores y a los terceros.

Los requisitos fundamentales y/o caracterizantes del sistema institucional de la ley 19.550 son los siguientes<sup>66</sup>:

- a) Objeto empresarial, bajo pena de desestimación de personalidad<sup>67</sup>.
- b) Pluralidad de socios, bajo pena de nulidad original o disolución sobreviniente.
- c) Tipicidad cerrada, bajo pena de nulidad<sup>68</sup>.
- d) Estipulaciones prohibidas y no reconocimiento de los pactos de socios.
- e) Interés social basado en el interés empresarial<sup>69</sup>
- f) Información y limitaciones en la participación en grupos societarios.
- g) Capital productivo e intangible.
- h) Responsabilidad ilimitada de socios en casos de irregularidad y nulidad.
- i) Responsabilidad por dolo o culpa grave de los administradores.
- j) Contabilidad, resoluciones presenciales y actas societarias en libros rubricados ubicados en la sede social.

---

<sup>66</sup> Halperín-Butty, “Curso de Derecho Comercial”, Volumen 1, Parte General, Sociedades en general, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pags.249/252.

<sup>67</sup> Así lo han entendido calificada doctrina y jurisprudencia que llegaron a considerar que la personalidad jurídica societaria es “inoponible” por “encubrir fines extrasocietarios”, en los términos del art.54, tercer párrafo, cuando la sociedad no realiza actividad empresarial sino que es una mera titular de ciertos bienes o derechos. Ver C.N.Com., Sala C, 21-5-79, “Macoa”; idem, 10-5-95, “Ferrari Vasco c/Arlington S.A.”, confirmando una sentencia del autor, E.D., sup.”Temas de D.Societario”, 31-10-95, pags.91/95; Sala E, 18-12-00, “Mondine, Maria c/Lopez, Vicente”.

<sup>68</sup> Ver Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel “Derecho Societario”, Bs.As.1997, Ed.Astrea, pag.59.

<sup>69</sup> La ley 19.550 construyó al interés social como el interés de la empresa respectiva. Ver Otaegui, Julio “Invalidéz de actos societarios”, Bs.As., 1978, Ed.Abaco, pag.81.



# DECONOMI

- k) Inscripciones en el Registro Público de Comercio con efectos sobre la regularidad y control previo de legalidad.
- l) Policía societaria y fiscalización estatal, limitada o permanente, de las sociedades por acciones.
- m) Sometimiento de todo litigio entre socios a los tribunales estatales.
- n) Aplicación de la ley local a las sociedades extranjeras con sede o principal establecimiento en el país y requisitos rigurosos para la sucursal o para ciertos actos en el país.
- o) Contratos de colaboración sujetos a tipicidad y registración (incorporados por la reforma de 1983).

Estos requisitos, muchos vinculados al “orden público societario”<sup>70</sup>, responden a los paradigmas propios y tradicionales del Derecho Comercial que buscan un equilibrio entre su función de “facilitar” los negocios y su función de establecer “límites” en protección de terceros<sup>71</sup>.

Ahora bien, pasados casi cincuenta años, como consecuencia de los cambios culturales, económicos y legales que se mencionan en el siguiente capítulo, muchas de las normas y principios se han ido modificando y la impronta institucional del régimen societario se encuentra cuestionada y en situación de coexistencia con nuevos modelos societarios, según se expone en el cap. III.

## **CAPITULO II. LA POSMODERNIDAD: CULTURA, ECONOMÍA Y DERECHO.**

### **1.-La cultura: “Modernidad vs. Posmodernidad”.**

---

<sup>70</sup> ver Vítolo, Daniel –Director- “La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos”, Bs.As., 2000, Ed. Ad Hoc

<sup>71</sup> Favier Dubois, E.M. “Manual de Derecho Comercial”, Ed. La Ley, Bs.As., 2016, pag. 4 siguiendo a Halperín, Isaac y Butty, Enrique M. “Curso de derecho comercial”, Volumen I, Parte General. Sociedades en General, Ed.Depalma, Buenos Aires, 2000



# DECONOMI

La Antigüedad, la Modernidad y la Posmodernidad<sup>72</sup> son las tres grandes culturas de Occidente que implican diferentes visiones sobre el mundo y que determinan diversos comportamientos sociales.

Las mismas se han ido desarrollando sucesivamente a lo largo de la historia y hoy persisten en muy diversas proporciones.

La Antigüedad es el mundo de las religiones, de los mitos, del valor del pasado, de lo oculto, de lo no racional, del conocimiento esotérico.

La sociedad gira en torno a la idea de la divinidad como principio y fin de todas las cosas, incluyendo a la sociedad humana y al Derecho, que sustenta el poder de los reyes.

La Modernidad es una visión del mundo y un comportamiento social que se inicia a partir del Renacimiento en Europa y que tiene su mayor vigencia en la sociedad industrializada de fines del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX.

El eje de la Modernidad es la Razón, la que permite alcanzar la Verdad y la Justicia. También permite organizar debidamente a la sociedad política, en base a un “contrato social” del que deriva su legitimidad y la fuente de la autoridad. Aparecen así los Estados Modernos como base de la sociedad y se establecen instituciones que protegen las libertades y derechos de los ciudadanos.

La Modernidad es la era de la ciencia, del futuro, del trabajo, de la uniformidad, del progreso permanente, de valores absolutos que se apoyan en un ideal de hombre que, emancipado de dios y de los mitos, se constituye a sí mismo como el principio y fin de todas las cosas.

Pero en la segunda mitad del siglo XX la Modernidad entra en crisis. Hay una gran desilusión nacida del desencanto de que la razón y la ciencia puedan llevar a la felicidad. Ello frente a las atrocidades que razón y ciencia provocaron -y de algún modo justificaron- como fueron las dos guerras mundiales, el genocidio, las bombas atómicas, etc.. También hay un desencanto

---

<sup>72</sup>Favier Dubois, E.M. en la página web: [www.favierduboisspagnolo.com](http://www.favierduboisspagnolo.com): “El Derecho en la Posmodernidad. Cultura, economía y orden jurídico”, publicado en Rev. de Jurisprudencia Argentina SJA el 03/02/2021, pag. 3. Cita Online: AR/DOC/3958/2020; “Posmodernidad y cambio generacional en la empresa familiar” remitido en Octubre 2020 a Ed. Ad Hoc para el libro colectivo del Instituto Argentino de la Empresa Familiar “Cambio generacional en la empresa familiar”.



# DECONOMI

de la idea del progreso y del mejoramiento social frente al agravamiento de las desigualdades que produjeron los sistemas económicos y sociales.

El fracaso de la promesa de felicidad colectiva de la Modernidad, dio lugar a una serie de prácticas y cambios sociales, luego trasladados al mundo del pensamiento, que se designan como “Posmodernidad”.

Dicha denominación fue acuñada en una aguda crítica a la Modernidad que publicó Lyotard en 1979<sup>73</sup>.

En contraposición con la Modernidad, la Posmodernidad es la época del desencanto. Se renuncia a las utopías y a la idea de progreso de conjunto. Se apuesta solo a lo individual, a pasarla bien.

El pensamiento posmoderno es “pluralista” y “antidualista”, cuestiona a los textos por reflejar prejuicios, sostiene que el lenguaje moldea al pensamiento y crea la realidad, y que no hay verdades absolutas sino relativas ya que todo es cuestión de perspectiva o contexto.

La Posmodernidad es el mundo de las emociones, de vivir el presente desentendiéndose del pasado y temiendo al futuro, de la diversidad, de las subjetividades, de la celebración de las diferencias, de verdades y valores relativos, de una situación donde cada uno tiene derecho a vivir, pensar y actuar según su propia voluntad<sup>74</sup>.

La Posmodernidad no implica un movimiento heterogéneo, preciso y acabado, sino en todo caso un proceso de crítica de la Modernidad donde operan diversas tendencias en constante y diferenciada dirección<sup>75</sup>.

Si bien en el mundo occidental de hoy predomina la cultura Posmoderna, principalmente entre las generaciones jóvenes, ella coexiste con la Modernidad y, en pequeña escala, también con elementos de la Antigüedad.

---

<sup>73</sup> “La condición postmoderna. Informe sobre el saber”, Jean-François Lyotard, Ed. Cátedra, Teorema, Sexta edición, Madrid, 1998. Pueden destacarse entre los críticos de la Modernidad y mentores de la posmodernidad a Jean Baudrillard, Gianni Vattimo, Jacques Derrida, Michael Foucault y Gilles Lipovestky.

<sup>74</sup> Ballesteros, Jesus “Postmodernidad: decadencia o resistencia”, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

<sup>75</sup> Ver “La Posmodernidad”, obra colectiva de J.Habermas, J. Baudrillard, E. Said, F. Jameson y otros, editada por Hal Foster, Ed. Kairos, Sexta Edición, Barcelona 2006.



# DECONOMI

Como un mero ejercicio didáctico sobre las diferencias entre las “ideas fuerza” de la modernidad y de la posmodernidad, y con las limitaciones de toda simplificación, aportamos la presente tabla comparativa:

## **Modernidad**

Verdades absolutas.

Privilegia la Razón

Fe en el progreso.

Principio del deber.

Moral universal

Imperativo del deber

Ética del trabajo

Modelo único de vida.

Visión universal

Sentido de la Historia

Historia universal

Hombre ideal

Política

Perfección

Ideales

Ideologías

Utopías

Esperanza

Valor de las tradiciones.

Conflictos. Luchas.

Lucha de clases

## **Posmodernidad**

Verdades relativas.

Privilegia la Emoción.

Escepticismo

Principio del placer

Moral personal. Voluntad. Deseo

Imperativo de ser feliz.

Ética del consumo. Moda.

Multiplicidad de modos legítimos de vivir.

Reivindica las diferencias.

Historia sin sentido.

Historias locales

Hombres y Mujeres concretos. Minorías.

Gestión

Felicidad

Materialismo.

Indiferencia.

Distopías.

Escepticismo

Valor de los cambios

Consensos. Negociación.

Reivindicaciones por grupos



# DECONOMI

Importa el futuro	Importa el presente. El ahora.
Esfuerzos y metas	Mínimo esfuerzo. Nihilismo.
Solidaridad	Individualismo.
Religión oficial/Ateísmo	“New age”/Tolerancia/Agnosticismo.
Sacrificio	Egoísmo.
Padres autoritarios	Padres flexibles.
Vejez pasiva	Envejecimiento activo.
Represión.	Libertad. Exteriorización.
Sustancia	Apariencia. Transparencia.
Persuasión	Sedución.
Progresar	Pasarla bien.
Paciente.	Urgente. Instantáneo.
Soluciones uniformes	Soluciones particulares, a la carta.
Consumo	Hiper-consumo.
Palabra escrita.	Imagen
Seriedad. Utilidad.	Diversión. Entretenimiento.
Privacidad.	Narcisismo. Voyerismo.
Cuidado del espíritu	Cuidado del cuerpo. Gimnasio. Dietas. Estética.
Profundo	Superficial. Transparente.
Rigidez	Flexibilidad
Planificación	Improvisación.
Permanente	Efímero
Profundidad	Superficialidad
Analógico	Digital.
Alimentación por salud	Alimentación por belleza y/o ecología.
Viajero	Turista.



# DECONOMI

Deporte. Competencia.

Sociedad del espectáculo

Lengua oficial

Lenguaje inclusivo

## 2.-Los sistemas económicos.

Modernidad y Posmodernidad son fenómeno “culturales”, que no deben identificarse con sistemas “económicos”. Sin embargo, ambos se interrelacionan, se influyen entre sí y se moldean recíprocamente.

Históricamente, la Modernidad, en su momento de mayor expansión, se corresponde con el auge del capitalismo industrial: grandes fábricas, tecnología analógica, obras de infraestructura y producción en masa que abarata los costos.

Es el momento de la vigencia del “Estado de Bienestar”, un sistema económico y social que, originado en la Alemania de Bismark, se expandió luego de la depresión mundial de 1930 y especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial por el pensamiento de Keynes, y se mantuvo en Occidente hasta el final de la guerra fría.

En dicho modelo el Estado interviene en la economía proveyendo servicios generales en materia de salud, educación, pensiones, protección del empleo y de los sindicatos y demás asistencia social, como así emprendiendo por sí obras públicas y tomando medidas para bajar las tasas de interés e inyectar fondos al bolsillo de los consumidores de modo de crear una demanda sostenida de bienes y servicios que active la inversión.

Por su lado, la Posmodernidad, se corresponde con el desmantelamiento de ese Estado de Bienestar, sobre todo a partir del fin de la guerra fría, cuando el capitalismo industrial es reemplazado por el capitalismo financiero y por el denominado “neoliberalismo”.

En dicho sistema es el Mercado quien reemplaza al Estado en el rol de procurar el crecimiento económico. Las decisiones ya no se basan en consideraciones políticas, vinculadas al bien común, sino que se fundan en el criterio de “procurar ganancias a los inversores” como base para el crecimiento y para el desarrollo.



# DECONOMI

Dicho proceso también se corresponde con el de la Globalización económica por la cual se configura un Mercado Mundial que actúa sin considerar las fronteras políticas y donde las empresas multinacionales y el capital financiero internacional son los grandes actores y beneficiarios, en detrimento del poder de los Estados Nacionales y de la situación de los trabajadores<sup>76</sup>

Con posterioridad al atentado a las Torres Gemelas, la globalización reconoce un freno frente a la amenaza terrorista y empiezan a activarse, a nivel internacional, restricciones para los negocios y para la libre actuación de sociedades y transferencias de fondos, vinculadas principalmente a la Prevención del Lavado de Dinero y a la lucha contra el crimen trasnacional.

Como un mero ejercicio didáctico sobre las diferencias entre el Estado de Bienestar (EdB), último modelo económico de la Modernidad, y el de la Globalización y Neoliberalismo, propios de la Posmodernidad actual, aportamos la siguiente tabla comparativa:

<b>En la Modernidad (EdB)</b>	<b>En la Posmodernidad</b>
Reglas del Estado	Reglas del Mercado
Estado de Bienestar	Neoliberalismo.
Mercados nacionales	Globalización. Empresas multinacionales
Políticas Públicas	Mano invisible
Servicios Públicos	Servicios privatizados.
Jubilaciones estatales	Jubilaciones privadas: AFJP.
Política fiscal	Reducción impositiva
Maximizar Bien Común	Maximizar ganancia empresaria.
Instituciones fuertes	Instituciones débiles.
Bancos	Plataformas financieras y Fintech
Dinero estatal	Bitcoins y monedas virtuales

---

<sup>76</sup> Beck, Ulrich "¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización", Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.



# DECONOMI

Empresario	Inversor
Empresas	Plataformas
Economía Industrial	Economía Financiera
Productor-consumidor	Economía colaborativa. Prosumidor
Protección del trabajo	Reducción de costos de transacción.
Empleado-obrero	Emprendedor
Fábrica centralizada	Logística dispersa
Planificación	Exploración.
Operario humano	Robot. IA.
Recursos propios	Tercerización de recursos.
Organización vertical	Organización horizontal
Estructuras jerárquicas	Estructuras horizontales
Capital principal tangible	Capital intangible. Datos y algoritmos
Asunción de riesgos	Externalización de riesgos

### **3.-El Derecho frente a la Posmodernidad.**

#### **3.1.-Aspectos generales.**

En la Modernidad, tal como afirma Max Weber, el Derecho fue asumiendo cinco características esenciales:

- 1.-Reglas generales y uniformes;
- 2.-Aplicadas mediante procedimientos lógicos jurídicos;
- 3.-No aceptación de ningún tipo de lagunas;
- 4.-Irrelevancia de todo lo irracional, y
- 5.-Necesidad de que toda acción social esté avalada por el derecho<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Ver Trazenies Granda, Fernando De, "Postmodernidad y Derecho", Monografías Jurídicas Nro. 86, Ed.Temis, Bogotá 1993, pag. 16; Rodríguez Martínez, Eduardo "El pasaje del estado y del derecho a la posmodernidad", Centro de investigaciones Francisco de Vitoria, Facultad de Derecho, Universidad de Santo Tomás, Bogotá, Colombia ([www.revistas.usantotomas.edu.co/index.php/view/3274/3770](http://www.revistas.usantotomas.edu.co/index.php/view/3274/3770))



# DECONOMI

Es que en la Modernidad, el proceso de atomización individual se concentraba exclusivamente en la doble concepción del sujeto como hombre y como ciudadano, es decir, como individuo libre que vive una existencia dual: como sujeto civil en el orden mercantil, familiar e individual y como ciudadano perteneciente a la sociedad o a la comunidad política <sup>78</sup>

La atomización individual en este sentido se condensa en dos polos: la vida civil y la vida política; lo privado y lo público y el Derecho es su reflejo.

El Derecho de la Modernidad ha sido cuestionado desde la Filosofía del Derecho porque, casi exclusivamente, se ocupa de problemas formales o se agota en meta-teorías, sosteniéndose que la materia en la época posmoderna debe estar determinada por los contenidos atendiendo la preocupación por la “persona” como sujeto y objeto del discurso normativo<sup>79</sup>.

Ello requiere encarar el problema del “derecho injusto” y considerar la cuestión de la “racionalidad” en la plenitud de su sentido, o sea incluyendo aspectos importantes del ser humano: voluntad, sentimiento, percepción, intuición y, en particular, la experiencia histórica.

Aparece así el derecho de la Posmodernidad<sup>80</sup> como la búsqueda de un orden social no lineal, dinámico, que legisla para la diversidad, que respeta lo complejo con toda su variedad, y que trata de incorporar dentro de ese orden abierto las posibilidades del azar, de la libertad y de la complejidad<sup>81</sup>.

En la posmodernidad, el Estado no se dirige universalmente a los sujetos como proveedor de bienes y servicios, sino que promueve y orienta la

---

<sup>78</sup> Avila, Víctor M. “Desencantamiento del Derecho Moderno al Derecho Posmoderno: visibilización de derechos de otros y el Derecho comunitario”, en “Economías Fundacionales una mirada desde América Latina”, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Libre, Bogotá, Junio 2012.

<sup>79</sup> Kaufmann, Arthur “La filosofía del Derecho en la Posmodernidad”, Ed. Olejnik, Santiago, y Ediciones Temis S.A., Bogotá, Impreso en Bs.As., 2018, pag.72.

<sup>80</sup> Ver sobre posmodernidad y derecho los siguientes trabajos de Favier Dubois, E.M. en la página web: [www.favierduboisspagnolo.com](http://www.favierduboisspagnolo.com): “El Derecho en la Posmodernidad. Cultura, economía y orden jurídico”, publicado en Rev. de Jurisprudencia Argentina SJA el 03/02/2021, pag. 3. Cita Online: AR/DOC/3958/2020; “Modernidad vs. Posmodernidad en los debates actuales del Derecho Comercial”, Columna de Opinión de La Ley tomo 2020-D. Diario del 6 de agosto de 2020; “Posmodernidad y cambio generacional en la empresa familiar” remitido en Octubre 2020 a Ed. Ad Hoc para el libro colectivo del Instituto Argentino de la Empresa Familiar “Cambio generacional en la empresa familiar” (en prensa); “El crédito en la Posmodernidad”, en La Ley del 29-4-21, AR/DOC/1188/202; “El Derecho Concursal Posmoderno, Un nuevo modelo para abordar la insolvencia”, remitido para su publicación en “Doctrina Societaria y Concursal, Errepar (DSCE), Junio 2021; “El impacto de la posmodernidad sobre el Derecho” publicado el 4-5-2021 en la Revista LWYR de Chile, <https://www.lwyr.cl/opinion/el-impacto-de-la-posmodernidad-sobre-el-derecho/>.

<sup>81</sup> Ver Trazenies Granda, Fernando De, “Postmodernidad y Derecho”, Monografías Jurídicas Nro. 86, Ed. Temis, Bogotá 1993; Faria, Jose Eduardo “El derecho en la economía globalizada”, Ed. Trotta, Madrid 2001; Ortiz, Tulio E. y Pardo, María Laura (coordinadores) “Estado posmoderno y globalización”, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2006.



# DECONOMI

satisfacción autónoma e independiente de las necesidades individuales y sociales, por la propia comunidad o por sus organizaciones;

Los sujetos son agrupados por el derecho en torno a factores diversos que van desde los ligados a la ubicación geográfica, hasta los que tienen que ver con el género, la etnia, la cultura, la religión, los hábitos y costumbres; la edad, las capacidades, etc..

La posmodernidad es, entonces, el reconocimiento del orden dentro de la diversidad y de la diversidad dentro del orden.

Por eso el Derecho Posmoderno exige a los juristas no una simple labor exegética, sino fundamentalmente una función imaginativa, capaz de dar soluciones nuevas a nuevos problemas, utilizando nuevas categorías y conceptos, que permitan contrarrestar los efectos formalistas.

En una línea similar se ha sostenido que si bien el Derecho debe considerar la realidad de la globalización y de la posmodernidad no debe rendirse a ella y debe seguir consagrando valores que sirvan a la justicia y al bien común<sup>82</sup>.

## 3.2.-Los derechos humanos.

El paso de la Modernidad a la Posmodernidad, en materia jurídica, se manifiesta en la aparición de nuevos Derechos Humanos.

Durante la Modernidad se consagraron dos generaciones de derechos humanos.

La primera generación, relativa a los derechos civiles y políticos<sup>83</sup>, propios del Estado liberal, y vinculados al valor de la libertad.

La segunda generación, relativa a los derechos sociales<sup>84</sup>, propios del Estado de Bienestar, y vinculados al valor de la igualdad.

---

<sup>82</sup> Alterini, Atilio “¿Hacia un Geoderecho?” en “El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, obra colectiva en homenaje a Ciuo Caldani, Alterini-Nicolau (Directores), Ed. La Ley, Bs.As. 2005, pag.19.

<sup>83</sup> Estos derechos están recogidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966, a saber, el de los Derechos Civiles y Políticos, y el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>84</sup> Se exige cierta intervención del estado para garantizar un acceso igualitario a los derechos anteriormente citados, es decir, para compensar las desigualdades naturales creadas por las ventajas y desventajas de clases, etnia y religión que caracterizan las diferencias sociales de los individuos desde su propio nacimiento. El movimiento obrero y las ideologías



# DECONOMI

En la Posmodernidad aparecen dos nuevas generaciones de derechos humanos, a saber:

La tercera generación, que está integrada por los llamados derechos de la solidaridad, que son los que protegen los derechos de colectivos discriminados según grupos de edad, minorías étnicas o religiosas, o países del Tercer Mundo, que se ven afectados por alguna de las múltiples manifestaciones que cobra la discriminación económico social.

Se destacan entre ellos el respeto y la conservación de la diversidad cultural, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural de la Humanidad, etc.

Y la cuarta generación, que está conformada por los derechos derivados de los adelantos tecnológicos y de la conectividad. Tienen por finalidad garantizar el acceso universal a la tecnología buscando formas más avanzadas de ciudadanía y civilidad, de libertad y de calidad de vida<sup>85</sup>.

Entre tales derechos se destacan los “Neuroderechos”, que buscan proteger a los seres humanos del avance de la “neurotecnología”<sup>86</sup>.

Ahora bien, también en la Posmodernidad los derechos de la primera y segunda generación siguen evolucionando y presentan un proceso de “especificación”, esto es, hacia una determinación de los sujetos titulares de los derechos<sup>87</sup>.

Es así que se rompe el modelo racional y abstracto de la Modernidad y se logra una mayor aproximación al modelo de la igualdad material, para lo cuál se abandona la idea de destinatarios genéricos –hombres y ciudadanos– para reemplazarla por la de personas situadas en situaciones específicas: mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, personas con discapacidad, ancianos, etc.<sup>88</sup>

---

de corte internacionalista impulsaron definitivamente la consciencia de la necesidad de extender a todos los ciudadanos, y de forma progresiva, el derecho de educación, al trabajo, a una salud garantizada por el estado, etc.

<sup>85</sup> Bustamante Donas, Javier “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos”, <https://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

<sup>86</sup> A tales fines se postula la incorporación en las Declaraciones de Derechos Humanos de los siguientes derechos: 1: Identidad personal; 2: Libre Albedrío; 3: Privacidad mental; 4: Acceso equitativo al aumento de la neurocognición; 5: Protección contra los sesgos de los algoritmos. <https://www.infobae.com/salud/ciencia/2019/09/08/que-son-los-neuroderechos-que-se-buscan-implementar-como-respuesta-a-la-manipulacion-del-cerebro/>

<sup>87</sup> Bobbio, Norberto “El Tiempo de los Derechos”, trad. De Asis Roig, Madrid, Sistema, 1991, p.63 a 84.

<sup>88</sup> Dabove, María Isolina “Derecho de la Vejez”, Ed. Astrea, Bs.As., 2018, pag.124.



# DECONOMI

En materia societaria los DDHH hacen su aparición en las exigencias sobre responsabilidad social empresarial, balance social, empresas “B”, igualdad de género en los directorios, entre otras (ver cap.III) y en los casos en que los vulnerables se presentan como acreedores contractuales o extracontractuales de la sociedad.

### **3.3.-La Constitución Nacional.**

La reforma constitucional de 1994 receptó el paradigma posmoderno del “Estado constitucional y democrático de derecho”, donde la Constitución es el eje fundante de la práctica del derecho en su conjunto.

En sus contenidos, mantuvo o incorporó instituciones propias de la Modernidad y del Estado de Bienestar, tales como las vinculadas a la política industrial y de desarrollo (art.75 inc.18), al progreso económico con justicia social y la educación pública (art. 75 inc. 19) a la protección del empleo, del salario y a la participación de los trabajadores en la empresa, los derechos sindicales y los derechos de la seguridad social y de la familia (art.14bis).

No obstante, al mismo tiempo incorporó derechos que son propios de la Posmodernidad posibilitando la aplicación del “Derecho Posmoderno”.

Uno de los puntos fundamentales es que confirió a los Tratados internacionales jerarquía superior a la ley (art.75 inc.22), lo que permitió potenciar a los numerosos tratados de Protección Recíproca de Inversiones de la época, consistentes con la globalización económica.

Paralelamente, incorporó directamente a la C.N. ciertos Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc.22, segunda parte), y reconoció los derechos de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23), categorías propias de la Posmodernidad.

Asimismo reconoció derechos a los pueblos originarios (art. 75 inc. 17) y consagró con rango constitucional valores de la posmodernidad como son la tutela del medio ambiente (art.41) y de los consumidores (art.42).

### **3.4.-La “constitucionalización” del derecho privado.**



# DECONOMI

En la posmodernidad existe una hibridación entre Derecho Privado y Público; se cuestionen los clásicos postulados y dogmas en la materia; se evidencia una constitucionalización del sistema del Derecho; se acrecienta la importancia, vigencia y desarrollo del mercado como institución jurídica y económica; y, se pone especial énfasis en las personas y grupos vulnerables.

En nuestro Derecho son ejemplos de ello la citada reforma de la Constitución Nacional del año 1994 y el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015.

Al respecto, la reforma constitucional de 1994 fue determinante para la constitucionalización del derecho privado, sobre todo debido al gran impacto de los textos internacionales de derechos humanos específicos referidos a personas situadas en contextos vulnerables.

También se introdujeron los arts. 41 (derecho al ambiente sano), 42 (protección y derechos del consumidor), y 43 (jerarquía constitucional de la acción de amparo, habeas data y habeas corpus, reconocimiento de derechos difusos, colectivos y de incidencia colectiva), entre otras novedosas previsiones.

Por su parte, con fuente en los arts. 1° y 2° del Código Civil y Comercial, los derechos fundamentales ingresan en el entramado del sistema jurídico privado, ya no por obra de la doctrina y la jurisprudencia, sino de un modo normativo, adecuándose a cada relación, transacción o acuerdo, conforme sean las circunstancias en particular (familia, niñez, salud, discapacidad, género, ambiente, consumidor, daños, laboral, comercial, etc.).<sup>89</sup>

De tal suerte, las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución logran tener eficacia directa, derogatoria, invalidatoria e interpretativa<sup>90</sup>

Al mismo tiempo, el propio derecho privado fue incorporando para sí el recurso a los principios y métodos de aplicación del derecho público: el juicio de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad.

---

<sup>89</sup> Palacio de Caeiro, Silvia B. "Influencia de la reforma de 1994 en la constitucionalización del derecho privado", LL 2020-A, diario del 12-2-2020, AR/DOC/4191/2019.

<sup>90</sup> Rivera, Julio Cesar "El derecho privado constitucional" RDPyC, nro. 7, a partir de p. 27.



Por otra parte, la posmodernidad pone en crisis a las ramas tradicionales del derecho y aparecen áreas novedosas, de alcance transversal, referidas simultáneamente a varias disciplinas, como es el caso del derecho de daños, el ambiental, el de la salud, el de la educación, el de la ciencia, el de la niñez, el de las personas con discapacidad y el derecho de la vejez, entre otras<sup>91</sup>.

### **3.5.-El derecho del consumidor.**

La figura del “consumidor”, aparecida después de la segunda guerra mundial y en franco avance dentro de la propia Posmodernidad, en nuestro derecho tiene protección constitucional (art. 42 C.N.) y legal (leyes 24.240, 26.361 y Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1092 y stes.)<sup>92</sup>.

En materia de sociedades, tiene incidencia en la RSE y en el balance social, en las empresa “B” y en el ámbito de las sociedades cotizantes en tanto se considera como un “consumidor financiero” al inversor no institucional que adquiere acciones.

También jugará en su fase externa, respecto de las acciones de los consumidores frente a la sociedad y frente a los socios en caso de daños o incumplimientos.

### **3.6.- El Derecho Procesal.**

La constitucionalización del derecho privado motivó el aumento de los requerimientos de los operadores jurídicos para que el juez iusprivatista formule una lectura constitucional de las cuestiones de derecho privado planteadas en sus jurisdicciones.

Tales requerimientos tienen como resultado que, para la defensa jurídica efectiva de los derechos, se desborden las previsiones de los códigos rituales a lo que se suma una impronta que privilegia la oralidad y la autocomposición de intereses.

---

<sup>91</sup> Dabove, María Isolina, “Derecho de la vejez”, Ed. Astrea, Bs.As., 2018, pag.154.

<sup>92</sup> Ver Hernandez-Japaze-Ossola-Sozzo y Stiglitz “Hacia un Código de Defensa del Consumidor”, LL 15-3-2021, AR/DOC/592/2021.



Ello se manifiesta en diversas formas: la posibilidad de saltar etapas recursivas (“per saltum”)<sup>93</sup>, la interpretación de la acción de amparo con un criterio amplio<sup>94</sup>, el acogimiento de las medidas autosatisfactivas<sup>95</sup>, aun donde los ordenamientos locales no las prevén, en las novísimas medidas anti-cautelares<sup>96</sup> y en los recursos de “revocatoria in extremis”<sup>97</sup>.

En materia de sociedades esto puede proyectarse en materia de litigios derivados de conflictos societarios, de medidas cautelares y de medidas autosatisfactivas societarias atípicas, que se sumen a las ya tipificadas (arts. 55, 236 y conc. Ley 19.550; art. 781 y conc. del Cod.Procesal Civil y Comercial de la Nación).

### **3.7.-Características del “Derecho Posmoderno”.**

Conforme con lo expuesto, y considerando las nuevas normativas, las nuevas prácticas, y las nuevas interpretaciones doctrinarias <sup>98</sup>, y jurisprudenciales, pueden señalarse, al menos provisoriamente, algunas de las características del Derecho Posmoderno, como las siguientes:

#### **i) Fuentes:**

1.-El derecho privado se “constitucionaliza”, integrándose con normas constitucionales y convencionales<sup>99</sup>.

2.-Junto al derecho estatal aparece un derecho uniforme, espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, la Lex Mercatoria<sup>100</sup>

#### **ii) Métodos:**

---

<sup>93</sup> Ver Sagües, Pedro “Constitucionalidad del per saltum”, LL, 1989 –B-318. Hoy regulado por el art. 257bis del cod.proc., ley 26.790.

<sup>94</sup> Cuestiones de legitimación y personería en el amparo José María Torres Traba T LA LEY 2020-E

<sup>95</sup> PEYRANO, Jorge W., La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución, en Medidas Autosatisfactivas, dirigida por Jorge W. Peyrano, Santa Fe, 1999, Editorial Rubinzal Culzoni

<sup>96</sup> Peyrano, Jorge W., “Las medidas anticautelares”, LL 2012-B-670; Fernández Balbis, Amalia, “El despuntar de las medidas anticautelares”, LL 2015-A-591; ESPERANZA, Silvia L., “El ideario anticautelar”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) - ESPERANZA, Silvia L. (coord.), La acción preventiva en Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 678

<sup>97</sup> Peyrano, Jorge W. (Director), Esperanza-Pauletti (Coordinadoras) “Revocatoria in extremis”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As.-Sta Fe, 2012.

<sup>98</sup> Zambrano, Alex “El Derecho Postmoderno” <https://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-postmoderno/>

<sup>99</sup> Gil Dominguez, Andrés “Inteligencia artificial y Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2019, pag. 177.

<sup>100</sup> Galgano, Francesco “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2005, pag. 41.



# DECONOMI

1.-Legislativo: Abandona las soluciones universales y uniformes para admitir soluciones particulares atendiendo a la existencia de diversos intereses individuales o grupales a tutelar dentro de una misma sociedad reivindicando y articulando las diferencias (mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, personas con discapacidad, ancianos, vecinos, originarios, etc.).

2.-Interpretativo: Impone un método propio resolviendo las cuestiones particulares aplicando en forma directa “reglas” y “principios” generales o superiores (normas constitucionales y convencionales) que resulten justos para el caso, por encima de una aplicación mecánica y lógica de la ley específica o en su ausencia con base en la constitucionalización del derecho privado.

3.-Científico: Se diluyen las autonomías de las diversas ramas del derecho frente a la aparición de nuevas disciplinas transversales (daños, ambiental, salud, niñez, ciencia, ancianidad, género, etc.).

### iii) Valores:

1.- Da prioridad a la voluntad privada, al individualismo<sup>101</sup> y a lo contractual, a los acuerdos privados y a las soluciones consensuadas por sobre las impuestas en forma general y universal reduciendo el concepto de “orden público” (voluntad procreacional, elección de género, negociación, mediación, arbitraje, “compliance”, códigos de buen gobierno corporativo, etc.).

2.-Abandona un modelo único de persona humana para admitir la diversidad: diversas formas legítimas de ser y de comportarse, respetando la autopercepción (LGTBIQ) y la autonomía de la voluntad de las partes mientras se encuentren en igualdad de poder y no se dañe a terceros<sup>102</sup>.

### iv) Contenidos:

1.-Tiende al reemplazo de las funciones del Estado por las del Mercado, reduciendo los impuestos y la protección laboral y favoreciendo la actuación de empresas multinacionales y la circulación del capital financiero.

---

<sup>101</sup> Mosset Iturraspe, Jorge “Cómo contratar en una economía de mercado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pag. 51.-

<sup>102</sup> Mill, John S. “Sobre la libertad”, trad. Pedro de Azcárate, Madrid, 1991, Edit. Alianza, pags. 65 y 66.



# DECONOMI

2.-Protege especialmente a los derechos del consumidor y al medio ambiente. Promueve políticas de igualdad de género y tutela de vulnerables.

3.-Reconoce nuevos sujetos/objetos jurídicos a partir de la valoración de los sentimientos (animales como “personas no humanas”) <sup>103</sup> o como resultado de los avances tecnológicos (robots, “bots”, inteligencia artificial, “cyborgs” y, “transhumanos”, etc.) <sup>104</sup> o por aplicación de la prevención internacional del lavado de dinero (reconocimiento de la persona jurídica como sujeto criminal)

4.-Previene el lavado de dinero y lucha contra el crimen trasnacional mediante normas internacionales que se incorporan a los derechos internos.

## v) Lenguaje:

Abandona el lenguaje técnico y se inclina por legislar y sentenciar en lenguaje “claro” de modo de que pueda ser entendido por todos los ciudadanos<sup>105</sup>.

## vi) Operadores:

1.-Los abogados y otros operadores jurídicos incorporan tecnologías para redactar, celebrar y controlar la ejecución de los contratos (“smart contracts”)<sup>106</sup>.

2.-Se comienza a desarrollar la inteligencia artificial (I.A.) para asesorar clientes, preparar demandas, elaborar sentencias y predecir resultados<sup>107</sup>.

## vii) Dialéctica interna.

Como se advierte, en algunas materias el Derecho Posmoderno presenta dentro de sí elementos y valores que se contraponen y pueden entrar en conflicto. Por ejemplo la búsqueda de ganancias para el capital mediante la

<sup>103</sup> Maggio, Facundo y Puig, Rocío M. “Hacia una mayor recepción jurisprudencial de la doctrina animalista”, LL 2020, diario del 28-2-2020, AR/DOC/3587/2019.

<sup>104</sup> Ver los distintos casos que plantea Andrés Gil Dominguez en “Inteligencia artificial y derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2019.

<sup>105</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída “El lenguaje en el Código Civil y Comercial argentino”, LL 2019, AR/DOC/3122/2019; Ojeda, María Verónica “El uso del lenguaje claro en la Justicia o poniendo en valor a Hermes”, Tomo La Ley 2020-F, Rev. 24-11-2020.AR/DOC/3816/2020.

<sup>106</sup> Dabah, Alejandro D. “Contratos inteligentes y su legalidad en el derecho argentino”, LL, AR/DOC/2979/2020.

<sup>107</sup> Bonina, Nicolás “Inteligencia artificial y derecho ¿Las máquinas van a reemplazar a los abogados?”, TOMO LA LEY 2020-F, rev. Del 24-11-2020.AR/DOC/3809/2020.



# DECONOMI

externalización de riesgos, propia del neoliberalismo, se opone a la necesidad de proteger al medio ambiente, a los consumidores y a los vulnerables, tutelas específicas de los nuevos derechos humanos, lo que indica que se trata de un área con su propia dialéctica interna entre posiciones individualistas y posiciones basadas en los derechos humanos o en la prevención de ilícitos internacionales.

### 3.8. Tabla comparativa.

Como un mero ejercicio didáctico sobre las diferencias de reglas y principios entre el derecho de la Modernidad, y el derecho de la Posmodernidad, aportamos la siguiente tabla comparativa:

<u>Derecho Moderno</u>	<u>Derecho Posmoderno</u>
Aplicación de la ley positiva expresa del caso Separación D. Público y D. Privado	Aplicación de principios constitucionales y convencionales. Constitucionalización del D. Privado
Ley estatal. Reglamentaciones públicas	Lex Mercatoria. Códigos Corporativos
Reglas universales	Reglas para colectivos específicos.
Igualdad formal ante la ley	Discriminación de consumidores, de ciertos colectivos y de vulnerables.
Lenguaje técnico	Lenguaje claro y accesible.
Tribunales estatales	Tribunales arbitrales
Modelo único de familia	Muchas formas familiares admitidas
Binario: capaz/incapaz	Graduación de la capacidad en el caso



# DECONOMI

Divorcio causal/consensuado	Divorcio unilateral
Protección de vivienda familiar	Protección de vivienda individual
Procedimiento penal inquisitivo	Procedimiento penal acusatorio
Orden público	Voluntad privada relevante
Tipicidad contractual cerrada	Libertad contractual
Conciliación optativa	Mediación obligatoria
Solución impuesta por el juez	Autocomposición de intereses
La sexualidad determina el género	La voluntad determina el género
Controles por el Estado	Controles por el Mercado
Derechos del trabajador	Flexibilización. Reducción de costos
Bien común	Bien individual
Animales y máquinas como cosas	Animales y máquinas con derechos
Derechos privados	Derechos de incidencia colectiva
Operadores humanos	Operadores Cibernéticos
Ramas jurídicas autónomas y delimitadas	Ramas jurídicas transversales e imprecisas
Vías procesales cerradas y típicas	Vías procesales abiertas y atípicas
Punición exclusiva de personas humanas	Punición de personas jurídicas



## Cap. III.-EL DERECHO SOCIETARIO FRENTE A LA POSMODERNIDAD.

### 1. La presión de la globalización sobre el derecho societario interno.

En lo que interesa a este trabajo, la globalización económica requiere para su expansión no solo la actuación de organismos internacionales y la aplicación de sus normas, sino también la modificación de los ordenamientos jurídicos locales de cada país para adaptarlos a las reglas del mercado<sup>108</sup>, por lo que presiona sobre éstos<sup>109</sup> generando las “normas jurídicas globalizadoras”.

En orden a lo señalado precedentemente, puede afirmarse que una norma jurídica es globalizadora, o sea que es consistente con la globalización y tiene por objeto ponerla en práctica, cuando:

-Busca facilitar los intercambios y liberalizar las contrataciones.

-Favorece la actuación de los Agentes del Globalismo: el capital financiero internacional y las empresas multinacionales.

-Tiende a acentuar las consecuencias del Globalismo en cuanto a la reducción del Estado y reducción del salario.

-Tiende a la puesta en funcionamiento de las pautas del consenso de Washington.

-Responde a los postulados del Análisis económico del Derecho (<sup>110</sup>) en cuyos términos, como se señaló, la función del Derecho debe limitarse a procurar la eficiencia, o sea reducir los costos de transacción en el mercado y, por ende, debe ser interpretado y justificado según la teoría económica.

Asimismo se propicia la intervención de economistas en las áreas jurídicas.

En lo que hace al Derecho Comercial corresponde señalar que, durante la Modernidad y vigente el Estado de Bienestar, su normativa acompañó

---

<sup>108</sup> Se busca que las legislaciones internas sean compatibles entre sí para facilitar el tráfico de los negocios. Ver Montoya Alberti, Ulises “La globalización jurídica”, RDCO, junio 03, pag.295.

<sup>109</sup> Tal presión lleva, según Leone Niglia, a la “globalización del derecho privado” cambiando el lenguaje jurídico, que se transforma en económico, sin debate previo, o sea en modo no democrático. Conferencia en la UBA, Derecho, del 18-2-04.

<sup>110</sup> Se señala como iniciadores de la Escuela del Análisis Económico del Derecho a Ronald H.Coase y Guido Calabresi, destacándose también Richard A. Posner. Ver “Derecho y Economía” de Robert Cooter y Thomas Ulen, , México, Fondo de Cultura Económica, 1998. También Mercado Pacheco, Pedro “El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica”, Madrid, 1994, Ed.Centro de Estudios Constitucionales.



# DECONOMI

ese rol predominante y controlador del Estado con diversas normas regulatorias y con la creación de instituciones de policía que dieron lugar a un movimiento doctrinario denominado como “Escuela de Derecho Económico”<sup>111</sup>.

En contraposición, durante la Posmodernidad, la aparición del neoliberalismo primero, y de la globalización económica después, fueron acompañados por una corriente de pensamiento denominada como “Análisis Económico del Derecho” (AED), en cuyos términos, la función del Derecho no es otra que procurar el correcto funcionamiento del Mercado<sup>112</sup>.

Por tal razón cada norma, y cada sentencia, deben ser juzgadas conforme con su “eficiencia” que consiste en reducir los costos de transacción, con prescindencia de consideraciones morales o políticas, debiendo el Derecho estar al servicio del Mercado<sup>113</sup>.

En materia societaria, la globalización presiona sobre el derecho societario interno de cada país de modo de acercarlo al "modelo contractual" en tanto éste implica una "desregulación" societaria consistente con las pautas del Consenso de Washington.

Ello importa la adopción del modelo del AED e implica la supresión del concepto de un “orden público societario”, la flexibilización de ciertas instituciones como la tipicidad, la regularidad y las nulidades societarias, la admisión de los acuerdos de accionistas, del arbitraje societario y del derecho societario "electrónico".

También se modifica el concepto tradicional de "interés social" que dejarán de ser el del propio de la empresa y pasa a ser el de la ganancia para los accionistas.

En particular, la globalización presiona a favor de los intereses de sus agentes principales que, como se señaló, son el “capital financiero internacional” y las “empresas multinacionales”.

---

<sup>111</sup> Rojo, Angel “El derecho económico como categoría sistemática”, RDCO, 1982, pag. 197.

<sup>112</sup> Posner, Richard A. “El análisis económico del derecho”, Fondo de Cultura Económica, Mexico 1998, entre múltiples autores.

<sup>113</sup> Farina, Juan M. “El Derecho Comercial en el Mundo Globalizado”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, pag. 23.



Respecto del capital financiero, la globalización propugna, para las sociedades abiertas, la instauración de las “reglas del buen gobierno corporativo” como un modo de tutelar el interés de los inversores en forma global<sup>114</sup>.

El segundo agente principal de la globalización son las “empresas multinacionales”<sup>115</sup>.

Su presión para la modificación del derecho societario se refleja en la tendencia a favorecer la actuación irrestricta de las sociedades “constituidas en el extranjero” (derecho de libre circulación y establecimiento), de los “grupos de sociedades” y de la “sociedad unipersonal” (subsidiaria totalmente integrada).

### **3.-La incorporación de nuevos modelos al derecho societario argentino.**

El derecho argentino fue objeto de la globalización jurídica pudiendo destacarse importantes áreas como la constitucional <sup>116</sup> , la contractual<sup>117</sup> y la concursal<sup>118</sup>, entre otras<sup>119</sup>.

También el Derecho Societario fue impactado de la globalización, tal como expusimos en su momento y desarrollamos seguidamente<sup>120</sup>.

Como consecuencia de ello, a lo que se suman los impactos de los Derechos Humanos y de la prevención internacional de crímenes, el sistema

<sup>114</sup> Velasco San Pedro, Luis “El gobierno de las sociedades cotizadas (corporate governance) en España: El informe Olivencia”, RDCO, nro.189/192, pag.40.

<sup>115</sup> Para un estudio sobre el tema ver: BALESTRA, RICARDO R. "EMPRESAS TRANSNACIONALES. INVERSIÓN EXTRANJERA Y ARBITRAJE", BS.AS.,1995, ED.ABELEDO PERROT.-BLOCH, ROBERTO "LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN EL MUNDO DE HOY", REV.DE DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL, ED. ERREPAR, NRO. 184, T.XV, MARZO 03, PAG.241.-BLOCH, ROBERTO "TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA Y EMPRESAS MULTINACIONALES", REV. DE DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL, ED. ERREPAR, NRO.159, T.XII, FEBRERO 01, PAG.608.-CHUDNOVSKY, DANIEL, KOSACOFF, BERNARDO Y LOPEZ, ANDRES "LAS MULTINACIONALES LATINOAMERICANAS: SUS ESTRATEGIAS EN UN MUNDO GLOBALIZADO", BS.AS., 1999, FONDO DE CULTURA ECONOMICA.-FAVIER DUBOIS (H), EDUARDO M. "LAS EMPRESAS MULTINACIONALES", REV.DE DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL, ED.ERREPAR, SEPTIEMBRE 03.-FERNANDEZ TOMÁS, ANTONIO "EL CONTROL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES", MADRID, 1983, ED.TECNOS.-

<sup>116</sup> Reforma constitucional de 1994. Ver supra cap.II nro. 3.3.

<sup>117</sup> Favier Dubois, E.M. “La globalización del derecho contractual argentino”, en “Contrataciones empresarias modernas”, Bs.As., 2005, Ed. Ad Hoc, pag.623.

<sup>118</sup> Favier Dubois, E.M. “La globalización del derecho concursal argentino y las acciones de recomposición y de responsabilidad en la quiebra” en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano”, Bs.As., 2003, Ed. Ad Hoc, tomo II, pag.91; ver también Favier Dubois, E.M. “El Derecho Concursal Posmoderno, Un nuevo modelo para abordar la insolvencia”, remitido para su publicación en “Doctrina Societaria y Concursal, Errepar (DSCE), Junio 2021.

<sup>119</sup> ) Favier Dubois, E.M.“La globalización económica y su impacto sobre el Derecho Argentino”, publicado en elDial.com - DC1DCB; el 17/10/2014; [http://www.eldial.com/nuevo/tcd-etalle\\_eco.asp?id=7687&base=50&id\\_publicar=18920&fecha\\_publicar=17/10/2014&camara=Doctrina&por\\_mail=1](http://www.eldial.com/nuevo/tcd-etalle_eco.asp?id=7687&base=50&id_publicar=18920&fecha_publicar=17/10/2014&camara=Doctrina&por_mail=1)

<sup>120</sup> Favier Dubois, E.M.“La globalización del derecho societario argentino: la relación sociedad empresa (ley 19.550), desplazada por el interés del inversor (Dec.677/01) y disociada a favor del negocio grupal (Anteproyecto 2003)” en “IX Congreso Argentino de D. Societario”, Sta.Fe, 2004, Univ.de Tucumán, tomo I, pag.229.



# DECONOMI

societario argentino fue experimentado una serie de cambios que desplazaron la hegemonía absoluta del modelo institucional e introdujeron, en distinta medida, normas, reglas y valores propios de otros modelos.

En ese camino pueden señalarse cinco etapas normativas diferenciadas y posteriores a la ley 19.550, a saber:

1a.- La del Decreto 677/01 que incorporó al derecho societario argentino algunas de las reglas del gobierno corporativo, relativo a las sociedades abiertas a la oferta pública, y la de los proyectos de reformas de la ley de sociedades de los años 2003 y 2005, ambos con una impronta claramente privatista y globalizante.

2a.-La de la Resolución 7/05 de la Inspección General de Justicia de la Nación, con una orientación marcadamente institucional y la de la Ley de Mercado de Capitales 26.831, del año 2012, que deroga al Dec.677/01 e incrementa el control estatal de las sociedades cotizadas, aun cuando mantiene muchas disposiciones del régimen anterior.

3a.-La de la Resolución 7/15 de la Inspección General de Justicia de la Nación, que deroga muchas de las normas publicistas de la RG 7/05; la del Código Civil y Comercial de la Nación y la de la ley 26.994, que resguardan algunos elementos del modelo institucional pero introducen importantes elementos contractualistas.

4a.-La de ley de emprendedores 27.349, que incorpora al derecho societario argentino a la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), que es el paradigma del derecho societario privatista y globalizado, la de ley 27.440, que reduce la intervención estatal en el Mercado de Capitales, y la del Proyecto de Reforma Societaria del año 2019 que fue la máxima expresión de un intento de reforma contractualista de la ley 19.550.

5a.-La etapa actual, de las Resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Nación de los años 2020 y 2021, con una impronta institucional, de Derechos Humanos y de Prevención Internacional, y del proyecto de reforma de la ley de Sociedades por Acciones Simplificadas, que tiene media sanción y busca someterlas a cánones publicistas.



# DECONOMI

En consecuencia, dentro del sistema societario argentino actual, podemos reconocer dos modelos y sub-modelos diferenciables que lo conforman con diverso grado de influencia normativa o interpretativa, a saber:

i.-El modelo “institucional” o “publicista”, que implica una activa presencia estatal y reglas inflexibles que tutelan el interés general, los derechos de los socios minoritarios y los derechos de terceros.

ii.-El modelo “contractual”, “privatista” “neoliberal” o “globalizador”, donde prima la libertad de las partes y la sociedad es un instrumento para reducir los costos de transacción en los negocios, debiendo el Derecho intervenir mínimamente y solo para corregir fallas del Mercado(AED).

iii.-El sub-modelo “humanista” que resulta de trasladar al sistema societario algunos de los principios y reglas de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los valores culturales de la posmodernidad, en particular los relativos a la igualdad de género y a la protección del medio ambiente, consumidores y vulnerables.

iv.-El sub-modelo de la “prevención internacional”, que limita al modelo contractual imponiendo controles y restricciones gubernamentales, mecanismos e institutos a los fines de prevenir el lavado de dinero y de hacer eficaz la lucha internacional contra actividades terroristas, narcotráfico, criminalidad organizada, tráficos ilícitos.

A continuación exponemos los diversos principios, reglas e institutos societarios que conforman el sistema societario vigente ordenados conforme al modelo o sub-modelo al cuál pertenecen.

## **4.-El modelo societario institucional.**

Este modelo, como se dijo, fue el adoptado originariamente por la ley 19.550, establece requisitos sustanciales y formales rígidos e inflexibles en tutela del interés general y en protección de socios minoritarios y terceros, y se encuentra hoy vigente en las siguientes reglas o principios societarios:

### **i.-Exigencia de sustrato empresarial.**



# DECONOMI

El artículo primero de la actual Ley General de Sociedades, establece que “Habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...”

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los arts. 1648 y siguientes del derogado código civil (ley 340), que no exigía, para que exista sociedad, la “forma organizada”, ni la aplicación de los aportes a “la producción e intercambio de bienes y servicios”, resulta que en el concepto legal actual de la “sociedad” resulta imprescindible el “objeto empresario”, o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Por su parte, el art. 1442 del Código Civil y Comercial, entre las disposiciones generales para los contratos asociativos, dispone que éstas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, “que no sea sociedad”. De tal suerte, toda asociación de dos o más personas, con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación, pero sin explotar una empresa, no es sociedad y queda subsumida en algunas de las figuras de los “contratos asociativos”, que en el código son contratos sin personalidad jurídica (arts.1442 a 1478). En definitiva, a partir de la ley 26.994, las sociedades no se denominan más “comerciales” pero deben ser todas “empresarias”.

Este requisito pre-normativo había sido eliminado en el texto del Anteproyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales<sup>121</sup>, elaborado en el año 2003 por la Comisión creada por Resol. MJDH 112/02, que implicó un intento de modificación del eje del Derecho Societario argentino<sup>122</sup>.

En la actualidad, y salvo el caso de la SAS, el requisito se mantiene y fue ratificado por la nueva redacción del art.100 de la ley 19.550, introducida por

---

<sup>121</sup> Ver Anaya, Jaime “Lineamientos del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades comerciales”, LL, año LXVII, nro.232, rev. Del 2-12-03, pags. 1/5.

<sup>122</sup> Ver Favier Dubois, E.M “La globalización del derecho societario argentino: la relación sociedad empresa (ley 19.550), desplazada por el interés del inversor (Dec.677/01) y disociada a favor del negocio grupal (Anteproyecto 2003)” en “IX Congreso Argentino de D.Societario”, Sta.Fe, 2004, Univ.de Tucumán, tomo I, pag.229; Grispo, Jorge D. “El anteproyecto de modificación de la Ley de Sociedades Comerciales y el “nuevo” concepto de sociedad”, ED, año XLI, nro.10.894, rev.3-12-03, pags.1/5.



ley 26.994, que exige para remover la casual de disolución que exista “viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”.

## ii.-El interés social empresarial.

El Decreto 677/01 caracterizaba al “interés social” como el interés exclusivo de los socios inversores<sup>123</sup>, con lo que a nuestro juicio legitimaba las decisiones de los administradores y socios que solo atienden a las necesidades de ganancia de los inversores a corto plazo aun cuando ello implicara degradación del aparato productivo, del empleo o del medio ambiente, o perjuicios para los acreedores y terceros en general<sup>124</sup>. Dicha normativa fue derogada por la Ley de Mercado de Capitales 26.831, luego reformada por ley 27.440.

En lo que hace a las sociedades cerradas, el concepto de interés social como interés de la empresa se mantiene hasta la fecha<sup>125</sup>.

## iii.-Estipulaciones nulas.

El art. 13 de la ley 19.550 dispone una serie de estipulaciones nulas que buscan proteger a los socios minoritarios más allá de su concreta voluntad en cada caso, en disposiciones claramente indisponibles para las partes y que forman parte del sistema institucional.

## iv.-Intangibilidad del capital social.

Es verdad que, como bien enseña Vítolo<sup>126</sup>, la importancia del capital social se va “difuminando” en el mundo posmoderno, para algunos es un concepto antiguo y pasado de moda el cual se advertiría superado, ineficiente, ineficaz e inútil. Para otros, ya es un instrumento injustificable, en la medida en que puede constituirse en un obstáculo a la inversión y el desarrollo intelectual, habida cuenta del papel protagónico que tienen el conocimiento, la investigación

---

<sup>123</sup> Rovira, Alfredo L. “El interés social: un concepto cambiante en la sociedad abierta que afecta el deber de lealtad de los administradores”, en “VIII Congreso Argentino de Derecho Societario...”, Tomo III, Rosario, 2001, Ed.Univ.Nacional de Rosario, pag.643.

<sup>124</sup> Ver nuestro trabajo “El gobierno corporativo y la tensión entre intereses dignos de tutela: la creación de valor para el accionista, el mantenimiento del valor para los acreedores y la utilidad social de la empresa para el desarrollo” en “Segundo Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Iguazu 2003” pub. por Fundación para la Investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, Bs.As., 2003, pag.71 y sstes.

<sup>125</sup> La ley 19.550 construyó al interés social como el interés de la empresa respectiva. Ver Otaegui, Julio “Invalidez de actos societarios”, Bs.As., 1978, Ed.Abaco, pag.81.

<sup>126</sup> Vítolo, Daniel “La difuminación de la función del capital social como elemento y requisito esencial en el derecho de sociedades”, tesis posdoctoral de la Universidad de Bologna, Departamento de Ciencias Jurídicas, Escuela Superior de Estudios Jurídicos, bajo la dirección de Jorge Alejandro Amaya, pag. 29, tesis defendida el 13-5-21, inédita.



y la tecnología, en el desarrollo económico y el progreso empresarial. Sin embargo, reconoce que otra parte de la doctrina sostiene que el capital social todavía sigue siendo un elemento vital y una noción central y fundamental en el derecho societario —al menos en el derecho positivo vigente—, proponiendo dicho autor su reformulación.

También es cierto que el carácter de requisito esencial del capital ha cedido ante la normativa de la Sección IV de la LSG, introducida por ley 26.994.

No obstante, las normas de fondo sobre capital social se han mantenido inalterables, el concepto de responsabilidad por “infracapitalización” también se mantiene en doctrina y jurisprudencia<sup>127</sup>, y la relación capital-objeto ha vuelto a ser requerida por la I.G.J. (ver RG 05/2020).

En tales condiciones se trata de un requisito del modelo institucional que, con alguna menor densidad, subsiste en el derecho actual.

#### v.-Policía societaria y fiscalización estatal

La ley de sociedades comerciales 19.550 establece un sistema de “policía societaria”<sup>128</sup> por el cuál la autoridad de contralor está facultada a investigar, aplicar multas, declarar la irregularidad administrativa y solicitar al juez la intervención, disolución o liquidación de una sociedad comercial (arts. 6º, 167, y 299 a 307).

También la ley dispone un contralor estatal administrativo al momento de la constitución o modificación de los estatutos de las sociedades por acciones, previo al control registral, aunque en los hechos en muchas jurisdicciones el doble control se ha eliminado a favor del administrativo (ley 22.316).

En la Capital Federal las funciones de autoridad de contralor societario las cumple la Inspección General de Justicia de la Nación, organismo

---

<sup>127</sup> Nissen, Ricardo “La infracapitalización societaria, la prevención de daños y las Sociedades por Acciones Simplificadas”, LL 2017-E-1117, AR/DOC/2633/2017; Ceserani, Luis “El deber de prevención del socio en la infracapitalización societaria”, LL 1-12-2020, AR/DOC/3542/2020.

<sup>128</sup> Ver del autor: “El modelo societario institucional en las nuevas resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Nación” en “Sociedades ante la I.G.J.”, Daniel Vítolo (Dir), Lucía Spagnolo (coor), Ed.La Ley, Bs.As., abril 2005, pag.158.; ITURRES - Carlos Federico Juan “El control de legalidad después de la sanción de las leyes 26994 y 27349” Revista del Notariado, nro 935 (ene - mar 2019); De León, Darío H., “El control de legalidad en el nuevo registro público”, en AA. VV., XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. 1, 2016.



que posee importantes atribuciones y la posibilidad de dictar resoluciones generales en la materia (ley 22.315).

Dichas facultades se mantienen en la Posmodernidad.

Ahora bien, desde hace un tiempo parte de la doctrina cuestiona a las facultades legales de la autoridad de contralor societaria y, en el año 2019, un Proyecto de reforma integral de la ley de sociedades<sup>129</sup>, propugnó sin éxito restringir al máximo el control estatal sobre la constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales y disminuir las facultades de la Inspección General de Justicia hasta el límite de prohibirle el dictado de resoluciones generales<sup>130</sup>.

Finalmente cabe recordar que hace un año, una cuestión directamente vinculada con la policía societaria que hizo correr ríos de tinta fue el caso de la intervención gubernamental de la empresa "Vicentin S.A.", donde además del DNU del PEN, luego revocado, la Dirección de Personas Jurídicas de Santa Fe solicitó al juez concursal la designación de interventores con apoyo en el art. 303 de la ley 19.550<sup>131</sup>.

## vi.-Limitaciones a los grupos de sociedades.

El concepto de grupo de sociedades no es pacífico en la doctrina<sup>132</sup> y el sistema argentino no provee de una regulación general del grupo sino de ciertas normas que reglamentan situaciones puntuales tendientes a superar problemas derivados del control societario<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Presentado por los Senadores Ada Iturriez de Capellini y Federico Pinedo y elaborado por una Comisión designada por Decreto DPP -58/18 del Senado, integrada por los Dres. Rafael Mariano Manóvil, Alfredo Lauro Rovira, Guillermo Ragazzi, Gabriela Calcaterra y Tomas Liendo.

<sup>130</sup> Ver el debate y las posturas a favor y en contra del proyecto en: Vítolo, Daniel R. "¿Jaque mate al principio de especialidad en las personas jurídicas privadas?", Errepar, Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor, Octubre 2019; Martorell, Ernesto E. y Nissen, Ricardo A. "El proyecto de reforma de la ley general de sociedades y la lesión de valores comunitarios fundamentales" LA LEY 2019-D, 1145 AR/DOC/2665/2019; Veron, Alberto V., "Una aproximación valorativa del proyecto de ley general de sociedades", Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE) Tomo XXXI Julio 2019; Carlino, Bernardo P. "El fin del cautiverio de la SAS. Proyecto de reforma a la LGS" Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) Tomo XXXI, Octubre 2019; Heredia Querro, Juan S. "Reflexiones sobre el concepto de sociedad, su finalidad y los principios que le son aplicables" Errepar, Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor, Noviembre 2019.

<sup>131</sup> Ver, entre otros, Vítolo, Daniel "Expropiación soberana de empresas", LL 28-6-2020, AR/DOC/2076/2020 y las notas de doctrina publicadas por La Ley en fechas 29-6-2020 (El Caso Vicentin Parte I), 30-6-2020 (Parte II) y 7-7-2020 (Parte III), en el tomo 2020-D.

<sup>132</sup> Ver Manóvil, Rafael Mariano "Grupos de sociedades en el derecho comparado", Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 1998, pag.163 y stes.

<sup>133</sup> Favier Dubois, Pater e hijo, "El grupo de sociedades. panorama societario y concursal", Errepar..... donde se señala que la normativa tiende a dar alguna respuesta a diversos problemas que los grupos plantean. Uno de los problemas que presentan los grupos se refiere a la falsa apariencia que, frente a terceros, pueden provocar las relaciones entre las sociedades integrantes de un mismo grupo, que no suelen realizarse conforme con las reglas del mercado sino con el interés del grupo. Dicha cuestión tiene parcial respuesta en la ley argentina cuando ésta exige la publicación de balances consolidados de la sociedad controlante dando cuenta de las relaciones con el grupo (art. 62, tercer párrafo, L. 19550, cit.), lo que permite el conocimiento de terceros. Otro de los problemas es el del vaciamiento por parte de la controlante



# DECONOMI

De tal suerte, la reglamentación sobre el control se manifiesta en los siguientes planos:

a) Sobre los estados contables: se debe suministrar la siguiente información complementaria: Estados contables anuales consolidados (art. 62). Las relaciones entre sociedades controlantes y controladas (art. 63) deben exponerse: en el activo (créditos e inversiones) y en el pasivo (deudas); en el estado de resultados (intereses pagados o devengados); notas complementarias (resultado de operaciones); memoria (relaciones y variaciones en las participaciones, créditos y deudas).

b) En las participaciones sociales (arts. 30, 31 y 32)

c) En las incompatibilidades para ser síndico (art. 286, inc. 2).

d) En la fiscalización permanente (art. 299, inc. 6).

e) En las responsabilidades del controlante previstas en el artículo 54 de la ley de sociedades comerciales y en la falta de reconocimiento del "interés grupal".

f) En la posibilidad de concurso por agrupamiento (art. 65 ley 24522) y en la extensión de la quiebra de la controlada a la controlante, si se dan las circunstancias previstas por el artículo 161, inciso 2) de la ley 24522 de concursos y quiebras.

g) En las consecuencias que la toma de control pueden tener ante las disposiciones de la ley de defensa de la competencia.

En materia de grupos societarios, el modelo institucional de la ley 19.550, ante la frustración del Proyecto de Reformas societarias del año 2019, se ha mantenido con una pequeña liberalización: La ley 26.994, permite que las

---

o de otra sociedad del grupo respecto del patrimonio de la controlada a través de negocios entre ellas, sin contraprestación o ruinosos para la segunda. A este tema la ley argentina lo considera en el artículo 54, primera parte, cuando consagra la responsabilidad del controlante por el daño a la controlada sin poder alegar compensación. Finalmente, otro problema importante que plantean los grupos es el de la interposición de personas en negocios simulados para dificultar las acciones de terceros mediante la utilización de las sociedades controladas como "testaferros" o "pantallas" de la controlante.

Al respecto, el artículo 54, tercer párrafo, de la ley 19550, introducido por la ley 22917, provee una solución al disponer la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la controlada y la posibilidad de imputar directamente a los controlantes la actuación extrasocietaria o ilícita, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños.



sociedades anónimas sean socias de las SRL y de contratos asociativos, conforme con la modificación del art. 30 LGS.

## vii. Control de sociedades extranjeras.

El art. 118 de la ley 19.550 dispone la aplicación de la ley del lugar del domicilio de constitución a las sociedades extranjeras. Sin embargo, como el art. 124 de la misma ley establece la aplicación de la ley local a cualquier sociedad constituida en el extranjero que tuviera su sede o establecimiento principal en el país, la interpretación durante mucho tiempo del citado art. 118 se hizo entendiendo que la aplicación de la ley del lugar de constitución se refería a la ley del domicilio efectivo.

Durante el auge de la globalización societaria esta interpretación cambió, pero hoy se mantiene el criterio del domicilio efectivo como base para la ley aplicable, sin perjuicio de la existencia de importante doctrina que postula la libre elección de la ley aplicable a las sociedades.

También el concepto de “acto aislado” se ha ido incrementando para llegar a comprender la compraventa de inmuebles y otras operaciones que implicaran continuidad en la relación jurídica en el país.

El CCCN ratifica las normas del sistema institucional en la materia al disponer que las “personas jurídicas” privadas constituidas en el extranjero se rigen por las normas de la ley 19.550 para las “sociedades” allí constituidas (art. 150 in fine del CCCN).

La IGJ tiene todo un cuerpo normativo de control y limitación de la inscripción de las sociedades extranjeras (RG 7/15).

Recientes resoluciones de la IGJ han reactivado los debates sobre el control y la registración de estas sociedades. Así, la RG 2/2020 dispone la constitución de una garantía por parte de los representantes de sociedades constituidas en el extranjero inscriptas en los términos de los arts. 118 y 123 de la ley 19.550<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> Ver Bomchil, Máximo “La garantía exigida a los representantes de sociedades extranjeras”, LL 30-9-2020, AR/DOC/3076/2020.



# DECONOMI

Por su parte, la reciente RG 8/2021 establece limitaciones para el accionar de “sociedades vehículo”, incrementa los requisitos para las inscripciones del art. 123 (plan de inversión, actividades en el exterior y en el país, beneficiario final, etc.), y dispone que las sociedades extranjeras constituidas en términos de los arts. 118 o 123 de la Ley Nº 19.550 en cualquier jurisdicción del país que mantengan participaciones sociales de modo principal en sociedades locales con domicilio y sede en CABA, deberán inscribirse en los mismos términos ante IGJ, lo que ya ha suscitado importantes debates académicos en las redes sociales, ora cuestionado las facultades de la IGJ nacional para interferir en registraciones realizadas en otras jurisdicciones, ora sosteniendo que se trata de medidas que desalientan inversiones.

## **5.-El modelo societario “contractual”.**

Este modelo, que considera a la sociedad como un negocio privado entre los socios y como un instrumento para reducir costos de transacción en los negocios (AED), pero que al mismo tiempo admite al Gobierno Corporativo como sistema para reducir las fallas del mercado, tiene aplicación en la actual legislación societaria en los siguientes institutos y reglas:

i.-La “Sociedad por acciones simplificada”: una sociedad “posmoderna”.

La Ley de Emprendedores 27.349 crea a la “Sociedad por Acciones Simplificada” o “S.A.S”, como un nuevo tipo social y con una reglamentación autónoma fuera de la ley general de sociedades, en un nuevo y sustantivo paso de flexibilización del derecho societario.

Oportunamente hemos conceptualizado a la S.A.S. como una sociedad comercial personalista pero por acciones que puede ser unipersonal y que combina la simplicidad de la SRL con ventajas propias de la SA, a las que suma flexibilidad y facilidades de constitución y actuación, bajos costos, posibilidad de acudir a la oferta pública de títulos valores, y que no está sujeta



a ninguna fiscalización de la Inspección General de Justicia sino solo al control de legalidad del Registro Público de Comercio<sup>135</sup>.

La S.A.S. es una estructura societaria que puede calificarse claramente “privatista” y “posmoderna”:

En lo cultural, porque cambia el horizonte de los jóvenes estudiantes que ahora no será solo el de conseguir su primer empleo sino también el de crear su propia empresa, lo que lleva a un cambio de “mentalidad” y de los objetivos hacia donde debería dirigirse la educación en cuanto a la formación de habilidades.

En lo legal, los impactos de la SAS sobre el sistema societario son los siguientes<sup>136</sup>:

a) “Privatiza” el derecho de las sociedades cerradas, al anteponer la voluntad de los socios sobre las normas de la ley 19.550 y sacarlas del área de la autoridad de contralor (art.33);

b) “Desjudicializa”, al procurar la resolución de los conflictos fuera de los tribunales (art. 57);

c) “Digitaliza” al derecho societario al prever no solo el uso de los TICS para la constitución, registros y comunicaciones, sino para la propia gestión societaria (art. 44); y

d) Es “disruptiva” del modelo institucional en tanto no exige o contradice a los presupuestos del derecho societario de la Modernidad

---

<sup>135</sup> Favier Dubois, E.M. “Sociedad por acciones simplificada y empresa familiar. Dos astros alineados”, Ed. Ad Hoc, Monografías, MG A 53, Bs.As., Marzo 2018.

<sup>136</sup> La principal característica es la libertad estatutaria, o sea que los socios pueden insertar en los estatutos las cláusulas que desean, con muy pocos límites. Además: admite el objeto plural, con actividades no vinculadas entre sí (art.36 inc.4), pero la sociedad no queda obligada por actos extraños al objeto sino por los relacionados directa o indirectamente con el mismo (art. 51); permite pactar prestaciones accesorias por servicios de socios o terceros ya prestados o a prestarse, al valor que se determine (art.42), quedando claro que cuando corresponda se aplica la ley de contrato de trabajo (art. 62); la transferencia de acciones se rige exclusivamente por el estatuto, no se inscribe en el Registro Publico sino en el Registro de Acciones que lleva la sociedad y el contrato puede limitar las transferencias o prohibirlas por diez años (art.48); los administradores pueden ser por plazo indeterminado, con un suplente si no hay órgano de fiscalización, debiendo inscribirse los cambios en el Registro Público (art.50); puede tener un solo administrador a pesar de que su capital supere los \$ 10.000.000; libertad en primas de emisión y libertad en clases de acciones y de derechos (art.44 y 47); se constituye con un capital insignificante y reconoce los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones sin capitalizar hasta por dos años (art.45); libertad para organizar la administración, gobierno y fiscalización, pudiendo tener gerentes o directores, reuniones o asambleas, o prever órganos con distintas funciones (49); permite la resolución amigable de conflictos y da la posibilidad expresa de acudir al arbitraje (art.57); puede ser una sociedad unipersonal sin quedar sujeta a fiscalización permanente; tiene la posibilidad de captar capitales mediante diversos tipos de acciones o por medio del “crowdfunding”, o financiamiento masivo por internet, entre otras características.



# DECONOMI

e) Es “expansiva”, en tanto la ley prevé que las sociedades preexistentes pueden ser transformadas en S.A.S. como un modo de pasarlas de un status institucionalista a uno privatista.

En el punto, las últimas resoluciones de la Inspección General de Justicia, se han orientado a incorporar elementos institucionalistas en la constitución y funcionamiento de las SAS, pudiendo destacarse las siguientes: RG 3/20: Dispone información en los edictos de las SAS sobre las características de las acciones y sobre las variaciones del capital social; RG 9/20: Establece disposiciones sobre el capital inicial de las SAS y la verificación del control de legalidad sobre la constitución, reformas y demás actos inscribibles; RG 17/20: Otorga un plazo para que las SAS constituídas sin firma digital lo subsanen, bajo apercibimiento de bloqueo registral; RG 22/20: Dispone investigaciones sobre las titularidades inmobiliarias de CABA en cabeza de SAS para determinar si se ajustan a los fines societarios debidos; y RG 43/20: Requiere dictamen de precalificación profesional para las inscripciones y sanciones para la inexistencia material de la sede inscripta o falsedad del beneficiario final.

Por su lado, fue aprobado con fecha 11-6-2020 por la Cámara de Senadores un proyecto de reformas a la ley 27.349 que establece, en lo principal, que previo a constituir una S.A.S. todo emprendedor debe inscribirse en un Registro Especial, que serán de aplicación a las S.A.S., las disposiciones de la Ley 19.550 siempre que las normas de la Ley 27.349 no las contradigan de forma expresa. Además reestablece el control de legalidad del Registro, dispone que la SAS no deberá estar comprendida en ninguno de los supuestos previstos por el artículo 299 y que deberá mantenerse en cualquiera de las categorías de MIPYME<sup>137</sup>.

El tema ha generado un arduo debate entre quienes postulan el mantenimiento del sistema original de la SAS, contractualista y posmoderno, y los que sostienen la necesidad de una adecuación al modelo institucional<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup>; Marano, María Eugenia “El proyecto de reforma de la ley 27.349 implica un necesario avance en la lucha contra la criminalidad económica y abre un nuevo horizonte para las Sociedades por Acciones Simplificadas.. <http://www.cipce.org.ar/articulo/proyecto-reforma-ley-27349-implica-un-necesario-avance-lucha-contra-criminalidad-economica>; En contra: Vítolo, Daniel “¿Por qué las SAS deben permanecer legisladas en una ley especial? –Modelos de planificación vs. Modelos de exploración”, Rubinzal Culzoni, RC D 2979/2020

<sup>138</sup> Ver Nissen, Ricardo A. “Las sociedades por acciones simplificadas SAS. El aporte societario del neoliberalismo o las sociedades off shore argentinas”, Ed. Fidas, 2018; Vítolo, Daniel R. “¿Por qué las SAS deben permanecer en una ley especial? Modelos de ‘planificación’ vs. Modelos de ‘exploración’”, Ed. Rubinzal Culzoni, RC D 2979/2020; Ver también



## ii.-Las reglas del Buen Gobierno Corporativo en las sociedades cotizantes.

Las reglas del “gobierno corporativo” (“corporate governance”) constituyen una iniciativa que busca elaborar un nuevo sistema societario que, a la par de favorecer la descentralización, especialización y coordinación de funciones entre los accionistas proveedores de capital y los administradores proveedores de capacidad gerencial, responda con criterios de eficiencia a la competencia del entorno y a la racionalidad de los agentes económicos. Es su postulado que la gestión empresarial debe orientarse hacia la maximización del valor de la empresa (shareholder value) y al incremento del patrimonio del accionista<sup>139</sup>

La ley de Mercado de Capitales, 26.831 reformada por ley 27.440, siguiendo las reglas y principios del Gobierno Corporativo, dispone para las sociedades emisoras una serie de reglas propias del modelo contractualista (unipersonalidad sobreviniente, arbitraje societario, responsabilidad agravada de administradores, partes relacionadas, conflictos de intereses, directores independientes, comité de auditoría, fraccionamiento de las acciones de responsabilidad, reuniones a distancia, contabilidad informática, publicidad en web, etc.)<sup>140</sup>.

## iii.-Unipersonalidad.

Volviendo a las sociedades “cerradas”, y en lo que hace a la exigencia legal de dos socios para que se configure una sociedad, la ley 19.550 exigió la pluripersonalidad inicial (art. 1º) y sancionó la unipersonalidad sobreviniente con responsabilidad agravada y disolución (art. 94 inc. 8º).

---

las diversas opiniones contrapuestas: Duprat, Diego y Odriozola, Juan Martín “Algunas reflexiones sobre las SAS, la necesaria modernización del; derecho societario y la maldición del “yo-yo”, LL 24-6-2020, AR/DOC/2102/2020; Vítolo, Daniel “El Covid-19 y la SAS...”, LL 8-6-2020, AR/DOC/1558/2020; Hadad, Lisandro A. “La funcionalidad de un Derecho de Sociedades Moderno”, LL 8-6-2020, AR/DOC/182/2020; Burghini, Leopoldo y Marano, María E: “La recuperación del control sustancial de legalidad registral en las sociedades por acciones simplificadas: un mecanismo de prevención para combatir la criminalidad económica, LL 2/7/2020, AR/DOC/2255/2020; Burghini, Leopoldo “SAS: ¿Un tipo social facilitador de ilícitos tributarios?”, LL 4-12-2020, AR/DOC/3720/2020.

<sup>139</sup> Ver Fernández de la Gándara, Luis “El debate actual sobre el gobierno corporativo...” en Esteban Velasco, Gaudencio (coord.), “El gobierno de las sociedades cotizadas”, Madrid, 1999, Ed.Marcial Pons, pag.60. Vítolo, Daniel “Corporate Governance en la nueva dinámica societaria a partir de la SARBANES OXLEY ACT de los Estados Unidos. Difusión y reflexiones” en “Sociedades Comerciales. Las administradores y los socios. Gobierno Corporativo”, Vítolo-Embidi Irujo (directores), Ed.Rubinzal Culzoni, Bs.As.-Sta.Fe, 2004, pág. 11. Luchinsky, Rodrigo S. “El sistema de gobierno societario. Corporate Governance en el derecho argentino”, Ed. Lexis Nexos, Bs.As., 2006, pag. 1 y stes.

<sup>140</sup> Favier Dubois, E.M. Pater e hijo: “El nuevo regimen de mercado de capitales y sus impactos societarios, concursales y contables”, Errepar, DSE, nro. 311, Tomo XXV, Octubre 2013, pag. 1051.



# DECONOMI

En cambio, la ley 26.994 vigente admite expresamente la constitución de una “Sociedad Anónima Unipersonal” (SAU), y la unipersonalidad sobreviniente ya no es más causal de disolución (art. 94bis). Posteriormente, la ley 27.290 deja de exigir pluralidad de directores y síndicos en la sociedad anónima unipersonal, quedando solo sujeta a la fiscalización permanente de la autoridad de contralor (art.299 inc.7º).

En otros tipos sociales no se admite la unipersonalidad inicial pero la reducción a uno del número de socios no genera ahora disolución automática (art. 94 bis) ni responsabilidad ilimitada de ese socio (art. 21), quien queda bajo las reglas de las sociedades de la Sección IV.

#### iv.-Derogación de la Tipicidad.

En materia de “tipicidad” societaria, la inicial sanción de nulidad absoluta de la sociedad “atípica” (art. 17), sujeta a liquidación, desapareció con la ley 26.994, que ahora la admite en su existencia y continuidad como una sociedad de la enigmática “Sección IV” (nuevo art. 17 LGS).

#### v.-Libertad estatutaria.

Malgrado la existencia de estipulaciones nulas propias del sistema institucional (ver supra, nro.4 letra iii), para el resto de las materias la ley vigente admite la libertad estatutaria de conformidad con los predicados del art. 11, la que permite confeccionar estatutos sociales “a medida” de las necesidades de los socios y de la actividad social.

Al respecto, destaca el profesor Richard<sup>141</sup> que en el derecho societario hay solo dos límites a la generación de preceptos por la autonomía de la voluntad: uno general, vinculado a no afectar derechos de terceros, dentro del marco de los arts. 1195, 1197 y 1198 del código civil, y otro consistente en no afectar la tipicidad societaria, conforme con las previsiones del art. 17 L.G.S.(121). El mismo autor distingue tres tipos de normas legales organizativas: a) imperativas, b) dispositivas y c) interpretativas, destacando que solo las primeras imponen límites a la autonomía de la voluntad de los socios e, inclusive,

---

<sup>141</sup> Richard, Efraín Hugo “Libertad asociativa y autonomía estatutaria” en “X Congreso Argentino de Derecho Societario”, Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo I, pag. 327.



sostiene que las normas imperativas “implícitas” deben interpretarse restrictivamente

La moderna doctrina nacional, que compartimos, es pacífica en cuanto a la posibilidad de incorporar cláusulas estatutarias basadas en la autonomía de la voluntad y con los límites señalados<sup>142</sup>.

## vi. Libertad en los contratos asociativos.

En materia de contratos asociativos, la tipicidad desapareció con la sanción del nuevo CCCN y el reconocimiento expreso a la libertad en la materia (arts. 1442 y 1446).

En cuanto a los efectos de las inscripciones de los contratos asociativos en el Registro, antes requeridas por los arts. 369 y 380 de la ley 19.550 (agrupación de colaboración y unión transitoria) y por el art. 6º de la ley 26.005 (consorcios de cooperación), han sido minimizados a partir de su traslado a los arts. 1453 a 1478 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), por aplicación de la regla del art. 1447 del mismo Código, que además admite el carácter “no societario” del negocio en participación (art. 1448).

## vii.-Reconocimiento de los pactos de socios.

Los pactos de socios o convenios de “sindicación de acciones” no fueron previstos por la ley 19.550 y habían sido materia de controversia en lo relativo a su validez interna hasta el fallo “Sanchez c/Banco Avellaneda”<sup>143</sup>.

Leyes posteriores reconocieron su existencia (23.696 y 26.831).

En la actualidad, a partir del art. 1010, segundo parte, del CCCN, no solo se reconoce su validez interna sino su legitimidad para ser “causa” de otros contratos y actos jurídicos, con la posibilidad de ser oponibles como contratos asociativos (art. 1447) y de ser considerados contratos “conexos” al contrato de sociedad (art. 1073), con las implicancias que ello produce (art.1075)<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Fridman, Susana Alejandra “La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social”, pag.253; Tom, Walter Ruben “El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa respetando la autonomía de la voluntad”, pag. 341, ambos en la obra colectiva “X Congreso Argentino de Derecho Societario”, Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo I,

<sup>143</sup> Favier Dubois, E.M. pater e hijo, “Sindicación de acciones y convenios privados entre los socios. Valor legal y necesaria implementación”, Errepar, DSE, nro. 304, tomo XXV, Marzo 2013, pag. 215.

<sup>144</sup> Favier Dubois, E.M. “Reconocimiento del ‘pacto protocolar’ y nuevo marco legal para las empresas familiares en el código civil” en la obra colectiva “El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema de Derecho Privado”, Ed.



## viii. Limitación de la responsabilidad de los socios informales.

En las anteriores sociedades “de hecho” e “irregulares” los socios respondían con todo su patrimonio personal por todas las deudas sociales en forma solidaria e ilimitada (art. 23 L.S.).

En la actualidad, en las sociedades de la Sección IV, también denominadas “simples” o “residuales”, los socios responden –como regla- en forma “mancomunada” y por “partes iguales” (art. 24 LGS).

## ix. Agravamiento de la responsabilidad de administradores.

Como proyección en las sociedades cerradas de las reglas del Buen Gobierno Corporativo, que establece límites al modelo contractual, se ha registrado un notable proceso de agravamiento en la responsabilidad de los administradores fundado en la teoría de la agencia y en la liberación del socio como inversor, paradigmas del neoliberalismo, pudiendo destacarse las siguientes reformas legislativas:

-Mientras que en el texto formal del art. 274 de la ley de sociedades 19.550, y más allá de las opiniones doctrinarias, los directores no respondían en caso de culpa “leve” sino solo en caso de “dolo, abuso de facultades o culpa grave”, en el nuevo Código Civil y Comercial se establecieron normas en materia de personas jurídicas que responsabilizan a los administradores por “culpa” sin permitir excluir a la culpa “leve” (art. 160 CCCN), además de obligarlos a implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de “conflicto de intereses” (art. 159 CCN), lo que no hacía la ley societaria.

-El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad social contra los administradores, que antes era, como regla, de tres años (art. 848 inc. 1° del derogado Código de Comercio), y en algunos casos, como excepción frente a terceros por considerarla extracontractual, de dos años (art. 4037 del Código Civil derogado), se unifica en la regla de tres años (art. 2561 CCCN), pero se extiende en la práctica porque el curso de la prescripción queda suspendido mientras el administrador continúa en el cargo (art. 2543 inc. d CCCN).

---

Universidad de Mendoza, Facultad de C. Jurídicas y Sociales y Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, Mendoza, 2016, tomo 3, pag. 1597, en coautoría con Lucía Spagnolo.



# DECONOMI

-En materia de responsabilidad de los administradores en caso de quiebra, la ley 24.522 es restrictiva y exige “dolo” en la actuación (art. 173 ley 24.522), pero el art.1724 del nuevo Código Civil amplía dicho concepto, que ahora no solo se configura cuando se provoca un daño “de manera intencional” sino también cuando existe “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, lo que extiende la responsabilidad a muchos otros casos.

-En cuanto a la responsabilidad de los “administradores de hecho”, que antes era solo una construcción de la doctrina, la misma aparece expresamente consagrada en recientes textos legales como son el art. 191 del CCCN, que establece su solidaridad por las obligaciones suscriptas en caso de insuficiencia de los bienes en las “simples asociaciones”, y el art. 52 de la ley 27.349, que les da las mismas responsabilidades de los administradores en el caso de la “sociedad por acciones simplificada”.

## x.-Deliberaciones sociales no presenciales.

En los últimos tiempos todos los procesos empresariales de ingresos, procesamientos y salidas de elementos se han ido informatizando. Se trata de la denominada “transformación digital”, la que ha sido parcialmente regulada desde el Derecho Societario y día a día presiona sobre el mismo<sup>145</sup>.

La ley 19550 no admite las reuniones virtuales y exige reuniones presenciales para las deliberaciones y resoluciones de todos los órganos sociales en todos los tipos, salvo el sistema de consultas de la SRL (art. 159).

La primera norma de reuniones a distancia se dio en materia de sociedades cotizantes por el art. 65 del Dec. 677/01, disponiendo que el órgano de administración podrá funcionar con los miembros presentes, o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes o palabras, cuando así lo prevea el estatuto social. Dicha disposición fue reeditada por el art. 61 de la ley 26.831 de Mercado de Capitales.

Un gran cambio para las sociedades cerradas es el que establece el CCCN al disponer que, si en los estatutos no hay previsiones especiales y lo

---

<sup>145</sup> Favier Dubois, E.M. “El ‘Derecho Corporativo Digital’: un desafío actual”, La Ley,2017-E, diario del 27/9/17.



# DECONOMI

consienten todos los que deben participar del acto, se admiten las asambleas a distancia (art. 158 a)

También, para simplificar las deliberaciones, se admiten las asambleas y reuniones “autoconvocadas” si todos concurren y el temario se aprueba por unanimidad (art. 158 b).

En la actualidad, y con motivo de la pandemia del Covid-19 y la situación de emergencia sanitaria, las RG 11/20 y 46/20 de la IGJ disponen la realización de reuniones del órgano de administración y de gobierno de sociedades, asociaciones civiles y fundaciones.

Se trata de una modalidad que llegó para quedarse y marca la adecuación del funcionamiento interno societario a la digitalización propia de la Posmodernidad.

## xi.-Contabilidad informática

La reforma a la ley 19.550 del año 1983, a partir del nuevo art. 61, autorizó la sustitución de los libros por ordenadores, medios mecánicos o magnéticos “u otros”, salvo el de Inventarios y Balances<sup>146</sup>.

Un paso importante fue dado por el Código Civil y Comercial de 2015 (CCCN), que en el art. 329 inciso a) autoriza a cualquier obligado contable, sea persona humana o persona jurídica (art.320) a sustituir uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, o alguna de sus formalidades, por la utilización de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos.

En cuanto a la documentación, cabe señalar que un paso fundamental fue dado por el citado art. 329 del CCCN, que en su inciso b) permite a cualquier obligado contable pedir la autorización para conservar la documentación en microfilms, discos ópticos u otros medios aptos para ese fin.

## xii.-Reducción de los efectos de las inscripciones registrales.

El sistema se ha contractualizado en gran medida.

---

<sup>146</sup> Favier Dubois, E.M. “El concepto de contabilidad regularmente llevada en materia de contabilidad informática en el art. 287 de las nuevas normas de la I.G.J. (resol.7/05)” en “Panorama general sobre la Resol.7/2005 de la I.G.J.”, Dir.Jorge Grispo, Bibl.Infobae Profesional, nro.1, septiembre 2005, pag.53.



# DECONOMI

En primer lugar, el CCCN prescinde de reglamentar al Registro Público de Comercio y solo hacer referencia a un “Registro Público” o a “Registros locales”, sin establecer ningún tipo de reglamentación en cuanto a la organización del Registro y a los presupuestos de las inscripciones, sin exigir un control previo de legalidad y estableciendo inscripciones meramente declarativas (arts. 142, 157, 320 y conc. del CCCN, modificación del art. 6° de la ley general de sociedades por ley 26.994).

En segundo término, en cuanto a las sociedades no inscriptas (de hecho o irregulares), se pasó de la prohibición de invocar el contrato entre los socios y de la condena a la liquidación de la sociedad (ley 19.550 original), a permitir en la reforma del año 1983 la “regularización” adoptando un tipo previsto, y después a la posibilidad de invocar el contrato entre los socios dentro de la “sociedad de la Sección IV” en la reforma del año 2015 (art. 22 según ley 26.994).

### xiii.-Resolución privada de conflictos.

El art. 15 de la ley 19.550, como manifestación publicista de la Modernidad, dispuso la resolución obligatoria de todo conflicto societario por parte de un juez estatal, abandonando el sistema de arbitraje en materia comercial que había nacido con nuestro primer código mercantil de 1859/62, y que luego la reforma de 1889 mantuvo, debiendo señalarse que la jurisprudencia había negado su aplicación en la mayoría de los casos<sup>147</sup>.

Sin embargo, en plena globalización, el art.38 del decreto 677/01 reinstauró el arbitraje "obligatorio" para las sociedades cotizadas, lo que se ha mantenido en la Ley de Mercado de Capitales bajo ciertas condiciones: conforme con el art. 46 de la ley 26.831 el arbitraje es obligatorio para las emisoras y para quienes promuevan una OPA, pero no para consumidores financieros<sup>148</sup>.

El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1649, incorpora al arbitraje como contrato, sin requerir el “compromiso arbitral”, pero de un modo peculiar por el cuál amplía y reduce las posibilidades de arbitraje.

---

<sup>147</sup> Zamenfeld, Víctor y Caivano Roque J. “El arbitraje en materia societaria”, ED del 12.09.01 N° 10336 Año XXXIX

<sup>148</sup> Favier Dubois, Pater e hijo “El nuevo regimen de mercado de capitales y sus impactos societarios, concursales y contables”, Errepar, DSE, nro. 311, Tomo XXV, Octubre 2013.



# DECONOMI

Así, a favor del arbitraje, el Código dispone la autonomía de la cláusula arbitral (1653), el juzgamiento de la propia competencia (1654), el dictado de medidas previas (cautelares) a ejecutar por medio del tribunal judicial (1655), las cláusulas facultativas (1658), el arbitraje institucional (1657) y el estatuto de los árbitros (arts.1659/1665).

También facilita el acceso al “arbitraje institucional” para dirimir conflictos entre las empresas, con sus ventajas de confidencialidad, celeridad, especialidad y menores costos, y confiere a los árbitros el poder de dictar medidas cautelares que los jueces deben ejecutar.

En materia de sociedades cerradas, hoy la IGJ en la RG 7/15, art. 75 autoriza a los estatutos de S.A. y de S.R.L. a incluir cláusulas arbitrales (9), limitándose el control de la IGJ a verificar su fidelidad si se adopta el modelo del Anexo VII. Además, el art. 280 contiene similar disposición en materia de contratos de agrupación de colaboración, de unión transitoria y de consorcios de cooperación.

Por su parte, en CABA y en muchas otras jurisdicciones locales, rige un sistema de mediación obligatoria previa a todo litigio, incluyendo a los conflictos societarios (ley 26.589).

#### xiv. Otros impactos del modelo privatista.

a.-Las cooperativas son instituciones conceptualmente ajenas al capitalismo y al lucro nacidas en la Modernidad y que luego, de su apogeo y decadencia relativa, vuelven a ser instrumentos de gran interés en la Posmodernidad<sup>149</sup>. Como manifestación del modelo privatista, se destaca la tendencia mundial e iniciativas locales para dotarlas de “socios capitalistas” como modo de financiarlas, lo que disminuye sus finalidades puramente sociales, referidas a uniones solidarias tendientes a suprimir la intermediación lucrativa<sup>150</sup>.

b.-El Código Civil y Comercial globalizó, en parte, al derecho de las asociaciones civiles al relativizar su objeto, que antes era el bien común o el interés general, y ahora es “que no sea contrario” a tales valores (art. 168 del

<sup>149</sup> Coste, Diego “Covid-19: crisis, pymes y cooperativas”, LL 8-10-2020, AR/DOC/2651/2020.

<sup>150</sup> Egea, Carina y Fernandez, Patricia: “Las cooperativas. El capital y el financiamiento con impacto social”, LL 12-2-2021, AR/DOC/4046/2020; Gadea -Sacristán - Vargas Vasserot, Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reformas, Dykinson, Madrid, 2009, p. 154 y sig.



CCCN, lo que disminuye el eje solidario y afianza el eje del interés individual propio del neoliberalismo.

## **6.-El sub-modelo societario “humanista”.**

No se trata de un modelo integral de régimen societario sino de una serie de orientaciones, principios y reglas que buscan la vigencia de los Derechos Humanos no solo en la externalidad societaria sino también en su estructura interna.

Entre sus postulados y reglas se destacan:

### **i.-La responsabilidad social empresarial y el balance social.**

La responsabilidad social empresarial (RSE)<sup>151</sup> y el balance social<sup>152</sup> son nuevos conceptos societarios que se han desarrollado como consecuencia de la globalización, la liberalización del comercio y sus reformas regulatorias, el desarrollo ambiental sostenible, los códigos de buen gobierno, la acelerada degradación del medio ambiente y la exclusión de sectores de la sociedad como resultado del desarrollo tecnológico, entre otras<sup>153</sup>.

Si bien a largo plazo pueden constituir elementos para una mayor competitividad, frente a consumidores sensibles, en lo inmediato tienden a humanizar al neoliberalismo y a ser instrumentos de aplicación de los Derechos Humanos.

### **ii.-Las empresas benéficas o empresas “B”.**

En la Posmodernidad el fin de lucro se posterga en algunos casos y aparece el concepto de la “empresa social”. La misma se basa en una nueva forma de hacer negocios sostenibles y cuya conveniencia apunta a ser un

---

<sup>151</sup> Se ha conceptualizado a la “responsabilidad social empresarial” (RSE) como la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores. No significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo más en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores.

<sup>152</sup> El concepto de “balance social” es el de un sistema de evaluación para conseguir un crecimiento sostenido que valora la labor de una empresa o entidad y su repercusión en la sociedad a partir del análisis de sus aspectos sociales y éticos.

<sup>153</sup> Correa Jaramillo, Juan Guillermo “Evolución histórica de los conceptos de responsabilidad social empresarial y balance social”, Semestre Económico, 10(20), 87-102. Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/economico/article/view/682>



vehículo mediante el cual se estructure un negocio que brinde soluciones a las problemáticas sociales (medio ambiente, atención de vulnerables, etc.), adicionándose la posibilidad de poder distribuir un porcentaje de las ganancias si existiesen.

En Argentina, a diferencia de otras jurisdicciones la empresa social aún no ha sido legislada pero se presenta en la práctica con un modelo que es el resultado de la evolución de la filantropía frente a los escasos recursos e incentivos apropiados para permitir su desarrollo<sup>154</sup>

### iii.-Las empresas familiares.

Entre las características de las empresas familiares, siendo también sus fortalezas, se cuentan el trasladar los valores humanos de la familia al ámbito de la empresa y de los negocios, el llevar adelante proyectos a largo plazo sin la compulsión a las ganancias inmediatas, el soportar mejor las crisis y el tener mayor cuidado que otras empresas respecto de su personal, de sus “stake holders” y del medio ambiente circundante<sup>155</sup>.

En tales condiciones se aprecia una vinculación entre las empresas familiares y algunos de los principios de los Derechos Humanos.

Si bien las empresas familiares no constituyen una tipología societaria específica, poseen un importante marco legal, en el que se destaca el art. 1010 segunda parte del CCCN, que implica una manifestación del modelo societario humanista<sup>156</sup>.

### iv.-El cupo de género en los directorios.

La lucha por la igualdad de género es una de las banderas de los Derechos Humanos<sup>157</sup>.

En Argentina, la resolución General 34/20 de la IGJ, con fundamento en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (CEDAW y Belén do

---

<sup>154</sup> Coniglio, Agustina y Connolly, Constanza “El impacto social de los nuevos modelos de negocios”, en Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación N°106 , pag. 27 a 44, Universidad de Palermo, Bs.As., [https://fido.palermo.edu/servicios\\_dyc/publicacionesdc/cuadernos/detalle\\_articulo.php?id\\_libro=832&id\\_articulo=17093](https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/cuadernos/detalle_articulo.php?id_libro=832&id_articulo=17093)

<sup>155</sup> Favier Dubois, E.M. “La empresa familiar: fortalezas y necesidades. Hacia su adecuada estructuración jurídica”, en la obra “XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As., 2010, tomo II, pag. 17.

<sup>156</sup> Favier Dubois, E.M..-“La empresa familiar en el derecho privado”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019.

<sup>157</sup> Herrera, Marisa, Fernandez, Silvia, de la Torre, Natalia (Directoras) “Tratado de géneros, Derecho y Justicia. Derecho constitucional y derechos humanos”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As.-Sta.Fe, 2021.



Pará, entre otros) y la ley 26.485, establece que las sociedades anónimas del art. 299 y en las Sociedades del Estado (además de otros entes), deberán obligatoriamente incluir en su órgano de administración, y en su caso de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género<sup>158</sup>

Las críticas que se le formularon, basadas en la falta de ley local que autorice la exigencia, pueden superarse mediante la aplicación directa de los Tratados de Derechos humanos, propia de la interpretación jurídica del Derecho Posmoderno (ver infra, cap. II nro.3.7, ii.2).

Por su parte, la Comisión Nacional de Valores, por Resolución del 12 de marzo de 2021 aprueba una “Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el ámbito del mercado de capitales”, sin carácter obligatorio pero como un mensaje de gran importancia para el mercado (IF-2021-2210038-APN-GAL#CNV).

#### v.-Las cooperativas en las “fábricas recuperadas”.

Otro es el fenómeno de las “empresas recuperadas”, que a la luz de lo establecido por la ley de concursos y quiebras 24.522, arts. 48 bis, 191bis y conc., genera la creación de cooperativas de trabajo. Dicha solución, más allá de sus dificultades y necesidades<sup>159</sup>, en caso de quedarse la cooperativa con la explotación de la empresa concursada o quebrada, atiende la situación de vulnerabilidad de los trabajadores de la empresa insolvente, próximos a la pérdida de sus empleos, permitiéndoles acceder a su propiedad y gestión como modo de mantener sus ingresos, en una clara solución humanista.

### **7.-El sub-modelo de la “prevención internacional”.**

Si bien tampoco se trata de un modelo societario integral, implica una serie de reglas, principios y valores que procuran moldear al régimen

---

<sup>158</sup> Ver las posturas distintas en: Fernandez de Andreani, Patricia A. “La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de paridad de género”, LL AR/DOC/269/2020; Salvochea, Ramiro “Diversidad de género y la resolución (IGJ) 34/2020: un problema real, un camino equivocado”, Rev. Temas de D.Comercial, Empresarial y del Consumidor, Ed. Erreius, Bs.As., Noviembre 2020, pag. 1033 ; Mata, Juan Ignacio “La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas”, LL AR/DOC/3218/2020; Spagnolo Lucía y Fernández de Andreani, Patricia “La IGJ marca agenda: la paridad de género y la igualdad real entre hombres y mujeres debe proyectarse a todos los espacios sociales”, Edit. Errepar, DSE, Boletín 32, Septiembre de 2020.

<sup>159</sup>Cracogna, Dante, “Cramdown’ y Cooperativas”, L.L, Cita on line, 0003/007463; Fernandez, Patricia “La Cooperativa de trabajo en la Ley Concursal: Un instrumento en la crisis?”, en Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico, Ftad de Derecho, UBA, en prensa.



# DECONOMI

societario para adecuarlo a las prácticas internacionales en materia de prevención de lavado de dinero y lucha contra el crimen internacional organizado. Este modelo se diferencia del “institucional” porque su eje principal no es cuidar los intereses empresariales, de acreedores o de socios sino a los intereses internacionales.

Algunas de las reglas son las siguientes:

i. El rechazo de las sociedades “off shore”.

A partir de los cambios que se han producido en el mundo, y las advertencias lanzadas por los organismos internacionales -especialmente desde la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE) y, particularmente, desde la creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) o (Financial Action Task Force - FATF), la visión que se tenía de las sociedades off shore<sup>160</sup> y de los paraísos fiscales que las acogen ha ido mudando, primero hacia el recelo y la desconfianza, hasta llegar actualmente a la condena de las mismas<sup>161</sup>.

En el punto, la Recomendación 33 del GAFI señala que los países deben tomar medidas para impedir el uso ilícito de personas jurídicas por parte los lavadores de activos. La ley de sociedades, en su art. 124, prevé una regla que resulta útil para sancionar a las sociedades off shore cuya sede efectiva o actividad principal tengan lugar en el país.

Por su parte, la ley 25.246, modificada por ley 26.683, de Prevención del Lavado de Activos establece normativas cuya aplicación claramente restringe o desalienta a la operatoria de las sociedades off shore.

Por su lado, la Inspección General de Justicia de la Nación viene dictando resoluciones impidiendo la inscripción de esta clase de sociedades (RG

---

<sup>160</sup> Favier Dubois, E.M. en “Sociedad off shore uruguaya con sede o principal objeto en la Argentina. Consecuencias”, en “Sociedades y concursos en el Mercosur”, Bs.As., 1996, Ed. Ad Hoc, t...pag.293 y sstes.; Vitolo, Daniel “Sociedades Extranjeras y Off Shore”, Ed. Ad-Hoc, 2003

<sup>161</sup> Vitolo, Daniel Roque, “Uso y abuso de las estructuras societarias “off shore””, LA LEY 2005-B , 904, AR/DOC/219/2005 y “Prevención sobre el uso de Estructuras Jurídicas ‘off shore’ frente al delito de Lavado de Dinero y el Crimen Transnacional”, ED, 13/12/2004 y 14/12/2004.



2/05 y conc.)<sup>162</sup> y, recientemente, incluyendo grandes restricciones para las “sociedades vehículo” (RG 8/2021, ver supra Cap. III, nro.4, vii.).

La jurisprudencia también es conteste en no reconocer la capacidad de estas sociedades en diversos ámbitos<sup>163</sup>.

## ii.-La nominatividad obligatoria de las acciones.

El antecedente más directo del régimen de nominatividad accionaria obligatoria hoy vigente (ley 24.587) es del año 1974 cuando se sancionó la ley 20.643, obedeciendo principalmente a razones de recaudación fiscal sin perjuicio de existir otros argumentos favorables a ella<sup>164</sup>.

La realidad mundial ha cambiado desde el año 1974 a la fecha, y desde hace tiempo el tema de identificación de los operadores económicos y financieros dentro de la globalidad y la globalización es un tema no sólo relacionado con la recaudación fiscal, sino con la seguridad mundial, el crecimiento económico y la competencia internacional.

La citada Recomendación 33 del GAFI sostiene que los países deben asegurarse de contar con información adecuada, precisa y oportuna sobre los beneficiarios finales y el control de las personas jurídicas que las autoridades competentes puedan obtener o a las que puedan acceder sin demora.

Es así que, en la misma línea de la prohibición de sociedades “off shore”, se ha sostenido que la necesidad de conocer quiénes son los verdaderos operadores del movimiento económico y financiero en inversiones nacionales y extranjeras como instrumento de prevención y lucha contra el narcotráfico, el tráfico de armas, el crimen trasnacional, el lavado de dinero, la corrupción, el crimen trasnacional y el terrorismo internacional, es algo que integra tanto al

---

<sup>162</sup> Favier Dubois, E.M. “Sociedades “off shore”. Necesidad de prevenir en todo el país su uso indebido”, en “IX Congreso Argentino de D.Societario”, Sta.Fe, 2004, Univ.de Tucumán, tomo I, pag.245, con la colaboración de Lucía Spagnolo; y “La resolución general 2/05 de la Inspección General de Justicia y el debate sobre las sociedades off shore”, en La Ley, 2005-B-1028

<sup>163</sup> Véase, entre otros, que en el caso “Great Brands” la resolución de primera instancia, luego revocada y el concurso desistido, rechazo la apertura de un concurso preventivo solicitada por una sociedad de las islas Caiman que había sido “preconstituída” para vender, era inicialmente “unipersonal”, y su único objeto consistía en ser titular del paquete accionario de una sociedad local por entender que no existía sujeto concursable: Rev.de D.Societaria y concursal, Errepar, Bs.As., t.XV, pag.349

<sup>164</sup> Nissen, Ricardo A., “Nominatividad de las acciones, ley 24.587”, Ed. Abaco, 1996. A favor de la nominatividad obligatoria se han esgrimido varios argumentos entre ellos, se ha afirmado que tal sistema: i) protege la legítima y el régimen patrimonial de la sociedad conyugal (35); ii) es un instrumento de defensa de la soberanía, pues obliga a la individualización de los accionistas extranjeros; iii) alienta la recaudación fiscal, al identificar a los últimos beneficiarios.



orden público nacional como al internacional<sup>165</sup> entendido como el “conjunto de creencias, valores, y conductas que en la actualidad conforman la conciencia axiológica y social media de la comunidad de la República Argentina, y representa un interés social fundamental de ésta de carácter irrenunciable”<sup>166</sup>.

### iii.-La figura del “beneficiario final”.

La figura del Beneficiario Final arribó a la Argentina en 2011 con la reforma a la Ley n° 25.246

de Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo.

Los beneficiarios finales siempre deben ser personas humanas, está puede no coincidir con la persona del socio o accionista y/o parte de la persona y/o estructura jurídica, ello explica el ejercicio del control indirecto.

El art. 518 de la RG 7/2015 define como “beneficiarios finales” a todas aquellas: “Personas Humanas que tengan como mínimo el 20% del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica o que por otros medios ejerzan el control final, directo o indirecto sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica”<sup>167</sup>.

Como se advierte esta temática implica un avance sobre la figura del “controlante” y un importante eslabón del sistema de prevención internacional.

### iv.-La prohibición de los testaferros.

El Decreto del P.E.N. 27/2018, ratificado por ley 27.444, modificó a los arts. 34 y 35 de la ley 19.550 prohibiendo la actuación del socio aparente, o “testaferro”<sup>168</sup> y disponiendo que su responsabilidad también sea ilimitada, solidaria y subsidiaria, como la del socio oculto, en una disposición que responde a la prevención internacional del lavado de dinero<sup>169</sup>.

### v.-La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

<sup>165</sup> Vítolo, Daniel Roque, “La identificación de los accionistas de sociedades por acciones y el orden público frente al fenómeno de la globalización”, LA LEY 15/03/2005, T. 2005-B, 1129, AR/DOC/359/2005.

<sup>166</sup> Najurieta, María Susana, “Orden Público Internacional”, LA LEY, 1997-B, 1436

<sup>167</sup> Marano, María Eugenia “El arribo del beneficiario final a la República Argentina”, ponencia en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Hacia un nuevo Derecho societario. Tomo III pag. 2309. Ed. FDER. UNR. 2019

<sup>168</sup> Favier Dubois, E.M. Pater e hijo: “La actuación de “testaferros” en el derecho societario. El socio aparente y el socio oculto”, publicado en Errepar, DSE, nro.254, Enero 2008, T. XXI, pag.5.

<sup>169</sup> Ver Favier Dubois, E.M... “La prohibición del ‘testaferro’ como “socio”. Alcances y efectos legales del decreto 27/2018” en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, nro. 363, febrero 2018, pag.85



# DECONOMI

Otra normativa vinculada al principio de la prevención internacional es la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, reglamentada especialmente en nuestro país por la Ley 27.401<sup>170</sup>, cuyos fundamentos responden a directivas internacionales en la materia.

## **8.-Modernidad vs. Posmodernidad societaria. Tabla comparativa.**

A esta altura del presente trabajo considero útil presentar, con fines didácticos y con las inexactitudes propias de toda simplificación, el siguiente cuadro comparativo sobre los diversos modelos societarios propios de la Modernidad y de la Posmodernidad, debiendo aclararse que en éste última columna se incorporan elementos del modelo contractual, y de los sub-modelos de DDHH y de prevención internacional que, como se señalara, presentan valores divergentes entre sí.

<b><u>Derecho Societario</u></b>	<b><u>Modernidad</u></b>	<b><u>Posmodernidad</u></b>
Reglas	Estado	Mercado
Tipo de control	Administrativo previo y de funcionamiento	Judicial posterior
Modelo	Institucional	Contractual
Finalidad societaria	Explotación empresarial	Cualquier negocio o inversión. Sociedad vehículo.
Interés a preservar	De la empresa	<ul style="list-style-type: none"><li>• Solo del socio inversor</li><li>• Responsabilidad social empresaria.Stakeholder</li></ul>

<sup>170</sup> Ver "Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial", Suplemento Especial La Ley, Mayo 2018, dirigido por Raúl Ricardo Saccani y Nicolás Durrieu,



# DECONOMI

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sociedades “Benéficas”</li> <li>• Empresas Familiares</li> </ul>
Tipicidad	Cerrada	Abierta.
<u>Estatutos y contratos</u> Estipulaciones Domicilio y ley aplicable Objeto Pactos de socios	Rigidez Clausulas prohibidas. Orden público societario. Sede efectiva Preciso y determinado Inoponibles	Libertad convencional Aplicación de reglas generales. Intereses privados. Domicilio de elección Amplio o indeterminado Oponibles y vinculantes
Cantidad de socios	Pluripersonal	Unipersonal
Grupos	Limitaciones. Subordinación al interés social.	Reconocimiento del interés grupal
Capital	Esencial Relación capital-objeto	Prescindencia Financiación por terceros
Sociedades no inscritas	Responsabilidad ilimitada de socios	Responsabilidad limitada de socios
<u>Administradores</u> Género Responsabilidad	Libre conformación Tradicional	Paridad de género Agravada por agencia.



# DECONOMI

Domicilio real	Mayoría en el país.	En cualquier lugar
Funcionamiento	Pocas reglas.	Reglas del Buen Gobierno Corporativo. "Compliance".
Controles internos	Sindicatura o socios	
Contabilidad	Libros rubricados. En la sede "Imagen segura"	Informática. En la nube "Imagen fiel".
Deliberaciones sociales	Presenciales. Escritas	Virtuales. Informáticas
Registro Publico	Control de legalidad sustancial Inscripciones constitutivas y regularizantes	Control formal Mera publicidad
Control estatal	Policía societaria Fiscalización limitada o permanente	Inexistente
Resolución de conflictos	Tribunales estatales	Mediación y arbitraje privados
Sociedades extranjeras	Ley del domicilio efectivo Inscripción de sucursales y de participaciones societarias e inmobiliarias. Controles rigurosos y restricciones.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Libre elección de ley aplicable Libre circulación y establecimiento</li> <li>• Sin control salvo normas de prevención de lavado de dinero</li> </ul>



# DECONOMI

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prohibición de testaferros y sociedades off shore</li> </ul>
Contratos de colaboración y asociativos	Tipicidad e inscripción	Amplia libertad, obligatoriedad y oponibilidad.
Responsabilidad penal	Solo de personas humanas: socios o directores	Responsabilidad de las personas jurídicas.
Cooperativas	Retribución de los socios por aportes o consumos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Retribución a socios capitalistas</li> <li>• Cooperativas de trabajo para la continuación de empresas insolventes.</li> </ul>
Asociaciones civiles: objeto	Bien común o interés general	<ul style="list-style-type: none"> <li>• No contrario al bien común o interés general</li> <li>• Facilidades para minoría y Derechos Humanos</li> </ul>

## **9.-Reflexión final.**

Como ya se ha señalado, se encuentran hoy en activa discusión doctrinaria las siguientes cuestiones societarias: el mantenimiento y alcances de la Policía societaria y del control de legalidad registral; las reglamentaciones y reformas de la ley de la “Sociedad por Acciones Simplificada” (SAS); la aplicación



de Políticas de paridad de género en los Directorios; y el control estatal de sociedades extranjeras.

A esos fines, consideramos que la metodología ofrecida en este trabajo, exponiendo la diversidad de los cuatro modelos que hoy coexisten en el sistema societario argentino, puede ser útil para conocer qué hay detrás de cada postura, comprender las posiciones de los otros, y permitir desarrollar un debate desapasionado de ideas y valores en la búsqueda de un sistema societario que sea beneficioso para todos y que, a nuestro juicio, deberá ensamblar los mejores elementos de cada uno.

Es que, como enseña Siddharta, generalmente lo mejor es *¡seguir el camino del medio!*<sup>171</sup>.

#### IV.-CONCLUSIONES.

A modo de síntesis conclusiva de los temas desarrollados, y siempre sujetas a la dialéctica de las ideas, se ofrecen al lector las siguientes propuestas interpretativas:

1.-La ley de sociedades comerciales 19.550, sancionada durante la vigencia del Estado de Bienestar, dispone un sistema de reglas que configuran un modelo societario “institucional” en tanto establecen requisitos sustanciales y formales rígidos e inflexibles en tutela del interés general y en protección de socios minoritarios y terceros.

2.-La Posmodernidad, como movimiento cultural con valores opuestos a los de las Modernidad (reemplazo de la razón por la emoción, modelos múltiples, celebración de la diversidad y soluciones a la carta), el neoliberalismo, como orientación económica que suprime al Estado de Bienestar (individualismo, mercado y privatizaciones), y los Derechos Humanos en permanente avance y especificación (tutela de “consumidores” y de “vulnerables”), han impactado de diversas formas sobre el Derecho Privado dando lugar a la configuración del denominado “Derecho Posmoderno”.

---

<sup>171</sup> Hermann, Hesse “Siddharta”, 1922.



# DECONOMI

## 3. Son características del Derecho Posmoderno:

i) Tiende al reemplazo de las funciones del Estado por las del Mercado, reduciendo la violencia y el disciplinamiento estatal (privatizaciones, desregulaciones, flexibilización laboral, reducción de impuestos, cambios de penas)

ii) Da prioridad a la voluntad, al individualismo y a lo contractual, a los acuerdos privados y a las soluciones consensuadas por sobre las impuestas en forma general (voluntad procreacional, elección de género, negociación, mediación, arbitraje, “compliance”, códigos de gobierno corporativo).

iii) Legitima al consumo y protege especialmente a los derechos del consumidor a los que, en algún modo, da más relevancia que a los del ciudadano (defensa del consumidor, identidad digital, derechos a la conectividad, datos personales).

iv) Abandona las soluciones universales y uniformes para admitir soluciones particulares atendiendo a la existencia de diversos intereses individuales o grupales a tutelar dentro de una misma sociedad reivindicando y articulando las diferencias (conforme edad, localización, etnia, salud, discapacidad, religión, edad, género, costumbres, origen, etc.).

v) Abandona un modelo único de persona humana para admitir diversas formas legítimas de ser y de comportarse, respetando la autonomía de la voluntad de las partes mientras se encuentren en igualdad de poder (matrimonio igualitario, LGTB, etc.).

vi) Tiende a resolver las cuestiones particulares conforme reglas y principios generales o superiores que resulten justos para el caso, por encima de una aplicación mecánica y lógica de la ley especial y/o prescindiendo de la misma (aplicación directa de principios jurídicos y/o de normas constitucionales y convencionales).

vii) Reconoce nuevos sujetos/objetos jurídicos a partir de la valoración de los sentimientos (animales como “personas no humanas” y también como resultado de los avances tecnológicos (“cyborgs”, inteligencia artificial, “transhumanos”, etc.).-



# DECONOMI

4.-El derecho societario en la Posmodernidad se manifiesta en nuestro país con la aparición y coexistencia, en el mismo régimen normativo, de diversos sistemas o modelos societarios que se reflejan en distintos institutos y reglas, conforme con lo siguiente:

i.-Modelo “Institucional”: es el originario de la ley 19.550, protege a socios, acreedores y al interés general y presenta los siguientes institutos en la ley vigente: Exigencia de sustrato empresarial, interés social empresarial, estipulaciones nulas, intangibilidad del capital social, policía societaria y fiscalización estatal, limitación a los grupos de sociedades y control de sociedades extranjeras.

ii.-Modelo “Contractual”: considera a la sociedad un negocio privado en interés exclusivo de los socios donde el Derecho debe intervenir solo para corregir fallas del mercado. Presenta los siguientes institutos en las leyes vigentes: La sociedad por acciones simplificada, las reglas del buen gobierno corporativo en las sociedades cotizantes, unipersonalidad, derogación de la tipicidad, libertad estatutaria, libertad en los contratos asociativos, reconocimiento de los pactos de socios, limitación de la responsabilidad de los socios informales, agravamiento de la responsabilidad de los administradores, deliberaciones sociales no presenciales, contabilidad informática, reducción de los efectos de las inscripciones registrales, cooperativas con socios capitalistas y asociaciones civiles con objeto no contrario al interés público.

iii.-Sub-modelo “Humanista”: no es integral y se basa en la aplicación de los Derechos Humanos al ámbito societario presentando los siguientes impactos: La responsabilidad social empresaria y el balance social, las empresas benéficas, las empresas familiares, el cupo de género en los directorios y las cooperativas en las fábricas recuperadas.

iv.-Sub-modelo de “Prevención Internacional”: tampoco es integral, representa el impacto sobre el régimen societario de las acciones internacionales en materia de prevención del lavado de activos y de los crímenes transnacionales y presenta los siguientes institutos y prácticas: el rechazo de las sociedades “off shore”, la nominatividad obligatoria de las acciones, la figura del



# DECONOMI

“beneficiario final”, la prohibición de los “testaferros” y la responsabilidad penal de las personas jurídica.

5.-El reconocimiento sobre la configuración y coexistencia de tales modelos, como así de sus fundamentos, puede ayudar a enriquecer los actuales debates doctrinarios y a avanzar en la búsqueda de las soluciones legales e interpretaciones superadoras que, considero, no deben implicar la hegemonía de un solo modelo sino que deben ensamblar los mejores elementos de cada uno.

Buenos Aires, 21 de mayo de 2021.



## **“La implicación del accionista en la sociedad cotizada”**

por Jesús Quijano González<sup>172</sup>

**I. INTRODUCCIÓN: DE LA DIRECTIVA EUROPEA DE 2017 A LA LEY ESPAÑOLA DE 2021. II. LA DIRECTIVA DE 17 DE MAYO DE 2017: BREVE DESCRIPCIÓN DE SU SIGNIFICADO.** 1. *La reforma de la Directiva de 2007 sobre ejercicio de derechos del socio en la sociedad cotizada.* 2. *Las cuestiones armonizadas.* **III. LA PREPARACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE TRASPOSICIÓN.** 1. *Cuestiones previas de política jurídica.* 2. *El complejo proceso de elaboración.* **IV. LA LEY DE 12 DE ABRIL DE 2021: REFORMAS EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.** 1. *El contenido: aspectos principales.* 2. *Reformas en la Ley de Sociedades de capital: en el régimen general y en el especial de las sociedades cotizadas.*

### **I. INTRODUCCIÓN: DE LA DIRECTIVA EUROPEA DE 2017 A LA LEY ESPAÑOLA DE 2021.**

Una reciente Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas de las sociedades cotizadas, ha introducido importantes cambios, algunos plenos de novedad y no exentos de polémica, en el Derecho societario español.

Se trataba de una Ley obligada, pues su objetivo necesario era la trasposición de una Directiva de 17 de mayo de 2017, de la Unión Europea, elaborada con esa finalidad de fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, una vez constatado que su tránsito, a menudo fugaz, de unas sociedades a otras, no favorecía la implantación de un sistema sólido y estable de buen gobierno corporativo en las sociedades donde su permanencia, motivada más por criterios de rentabilidad que de gobernanza, no era prolongada ni comprometida.

---

<sup>172</sup>Catedrático de Derecho Mercantil - Universidad de Valladolid



# DECONOMI

Con cierto retraso en cuanto al plazo de trasposición, el Derecho español ha incorporado finalmente el mandato armonizador de alcance comunitario mediante la citada Ley. Sin embargo, ha ocurrido que, además de cumplir con esta obligación como Estado miembro de la Unión Europea, el legislador ha aprovechado para introducir en la Ley de Sociedades de Capital algunas novedades de especial relevancia, que no venían exigidas por la Directiva e incluso, en algún caso, no tienen ninguna relación con su contenido. Como luego se analizará, tal vez puede afirmarse que estas reformas no exigidas por la Directiva presentan más interés, y han sido ya objeto de más consideración, que las que era obligado incorporar para cumplir con su finalidad armonizadora.

Procederá, en consecuencia, ordenar la exposición de la materia diferenciando y tratando separadamente los tres aspectos que cabe distinguir: en primer lugar, es imprescindible ofrecer una descripción mínimamente reveladora de la Directiva que ha sido causa, y ocasión, para esta reforma, con el fin de poner de manifiesto sus objetivos y su contenido, pues se trata de una Directiva que pretende continuar con una línea de incentivación de la participación de los socios en las sociedades cotizadas, que ya había dado lugar anteriormente a otras disposiciones con el mismo objetivo, como tendremos oportunidad de examinar; en segundo lugar, resulta conveniente poner de manifiesto las circunstancias de preparación de la trasposición de la Directiva, comenzando con la consulta pública realizada al efecto, y continuando con un repaso a los diversos Anteproyectos que se fueron sucediendo hasta llegar al Proyecto de Ley finalmente remitido por el Gobierno al Parlamento, pues es la forma más útil de apreciar cómo se fueron desarrollando la configuración del texto legal y el proceso de introducción de nuevos asuntos que no formaban parte del Anteproyecto inicial, pero que se fueron incorporando sucesivamente en las distintas versiones que tuvo el texto a lo largo de su elaboración; en tercer y último lugar, es obligado ofrecer una visión del contenido de la Ley finalmente resultante, prestando atención especial a las reformas que ha introducido en la vigente Ley de Sociedades de Capital, de 2010, pues también otras leyes se han modificado, distinguiendo en esas reformas societarias, como ya se apuntó, las que obedecen estrictamente a la incorporación de la Directiva, y las que



constituyen rigurosa novedad, que el legislador decidió introducir aunque no estaba obligado a hacerlo. La combinación de esos tres aspectos podrá proporcionar una visión suficiente del significado y el impacto de esta reciente reforma.

## II. LA DIRECTIVA DE 17 DE MAYO DE 2017: BREVE DESCRIPCIÓN DE SU SIGNIFICADO.

*1. La reforma de la Directiva de 2007 sobre ejercicio de derechos del socio en la sociedad cotizada.*

La Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva “2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (en adelante, y de forma simplificada, Directiva de implicación), constituyó, en su momento, una de las “medidas estrella” en el ámbito del gobierno corporativo en desarrollo de la Comunicación de la Comisión Europea, de 12 de diciembre de 2012, que contenía el conocido “Plan de acción: Derecho de Sociedades europeo y gobierno corporativo – un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y para la viabilidad de las empresas”. Ocurría por entonces que, con ocasión de la reciente crisis financiera, y así lo reconocían los primeros Considerandos de la propia Directiva, se había percibido que, en muchos casos, “los accionistas de grades sociedades cotizadas habían venido apoyando una asunción excesiva de riesgos a corto plazo por parte de los gestores, de manera que el nivel de seguimiento de las sociedades en las que se invierte y de implicación de los inversores institucionales y los gestores de activos estaba demasiado centrado en la rentabilidad también a corto plazo”. Se trataba entonces de proponer medidas destinadas a “fomentar la implicación a largo plazo de los accionistas y aumentar la transparencia entre las sociedades y los inversores”, y éste era el objetivo declarado de la Directiva en cuestión.

La Directiva de implicación se presentaba formalmente a sí misma como una modificación de la citada Directiva, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas,



# DECONOMI

lo que no parecía responder cabalmente al contenido de una y otra. En efecto, esta Directiva había sido fruto de una Comunicación anterior de la Comisión (la de 21 de mayo de 2003, sobre “Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar”), elaborada en un contexto muy distinto y con una finalidad más particular, que era la de facilitar el ejercicio transfronterizo de los derechos de socio, particularmente el derecho de voto, a través de cauces electrónicos, entendiendo que una mayor participación en las juntas generales, directamente o por representación, aunque fuera a distancia, contribuiría a mejorar el control de la gestión.

El contenido de la Directiva de 2007, en efecto, se orientaba claramente en esa dirección. Como bien se recordará, porque su contenido se incorporó en España al recientemente aprobado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, de 3 de julio de 2010, mediante la Ley de trasposición, de 1 de agosto de 2011, las materias en ella armonizadas tenían relación directa con el ejercicio de derechos de los socios: se establecía expresamente el principio de “igualdad de trato a los accionistas que estén en la misma posición por lo que se refiere a la participación y al ejercicio de derechos de voto en la junta general”, y a partir de ahí se fueron desarrollando los aspectos principales relacionados con esos derechos de información, participación y voto (así, el detalle de la información previa a la junta, tanto la que debía constar en la convocatoria, como la que debía insertarse en la página web de la sociedad; el reconocimiento del derecho a incluir puntos en el orden del día de la junta y a presentar propuestas de resolución; los requisitos para poder participar y votar en la junta general, para evitar restricciones añadidas; la posibilidad de participar en la junta por medios electrónicos; el derecho a formular preguntas; el ejercicio del voto por representación, indicando las formalidades para poder designar representante por vía electrónica; la posibilidad de emitir el voto por correo; la supresión de obstáculos al ejercicio efectivo del derecho de voto; y, en fin, la obligación final de proporcionar información sobre el resultado de las votaciones, con indicación suficiente de votos emitidos en los distintos sentidos).

No es ésta, sin embargo, la orientación de la Directiva de 2017, por mucho que se presente como una modificación de la anterior. A poco que se



# DECONOMI

analice su contenido, podrá percibirse que, en términos generales, no está relacionado con los derechos del socio. Como a continuación se indicará, una parte principal de la materia armonizada la constituyen medidas de información y transparencia aplicables a sujetos (inversores, gestores de activos, intermediarios, asesores de voto) que, propiamente, no son, ni tienen por qué ser, socios, ni las medidas que se establecen se les aplican en virtud de esa condición. La otra parte, dedicada a mejorar el control de dos cuestiones tan sensibles, como lo son la retribución de los administradores y las operaciones vinculadas, puede estimarse que tiene alguna relación con el ejercicio de derechos de socio, en tanto que, en ciertas ocasiones o a ciertos efectos, tal control se ejerce a través de votación en la junta general; pero se trata de una relación más bien indirecta y remota, pues no es el derecho de los socios lo que constituye el objeto central de la armonización reformada, sino la materia sobre la que se proyecta el control a través del voto, que es algo distinto. Procede entonces realizar una breve descripción de las cuestiones armonizadas en la Directiva de 2017, que es el ámbito en que debe moverse su trasposición a nuestro Derecho, ya que este es el asunto objeto de análisis aquí.

## *2. Las cuestiones armonizadas.*

La Directiva de implicación comienza introduciendo algunas novedades en los primeros artículos de la que pretende reformar, que afectan al objeto de la armonización, a la identificación del “Estado miembro competente” para regular las cuestiones tratadas, al ámbito de aplicación, y al listado de definiciones que habitualmente precede a las Directivas. A partir de ahí, los sucesivos temas objetos de armonización se ordenan en capítulos y artículos nuevos que se insertan en la Directiva reformada.

En primer lugar, se aborda el asunto de la identificación de los accionistas, configurado como un derecho de las sociedades emisoras que debe ser garantizado por los Estados, aunque se les permite que limiten el derecho a identificar solamente a accionistas que posean más de un cierto porcentaje de derechos de voto, que no puede exceder de más de un 0,5%. La obligación de proporcionar la información solicitada sobre la identidad de los accionistas se



# DECONOMI

extiende especialmente a los intermediarios, o a las cadenas de intermediarios que deben transmitirse entre sí la solicitud para que, sin demora, la atienda el intermediario que posea la información. La misma obligación de transmisión de información se exige a los intermediarios respecto de aquella que la sociedad deba transmitir a los accionistas, o a un tercero designado por el accionista, para facilitarle el ejercicio de sus derechos, sea por sí mismo, sea a través del propio intermediario, bajo la autorización y las instrucciones del accionista. Se establece también que las tarifas aplicables por los intermediarios en virtud de los servicios prestados sean proporcionales, transparentes y no discriminatorias. También hay que tener en cuenta en relación con el derecho a la identificación de accionistas, con la transmisión de la información y con la facilitación del ejercicio de los derechos, que su reconocimiento ha experimentado una reglamentación ejecutiva importante tras la aprobación de la Directiva: el Reglamento de 3 de septiembre de 2018, en efecto, ha establecido las formalidades, trámites, plazos, etc., en que deben canalizarse las diversas iniciativas.

Se desarrolla a continuación una parte novedosa de la Directiva, que es la referida a la transparencia exigible a los inversores institucionales, a los gestores de activos y a los asesores de voto. Tanto los inversores institucionales como los gestores de activos deben elaborar y hacer pública una política de implicación en la que describan como integran la implicación de los accionistas en su política de inversión, como también el inversor institucional debe publicar la información sobre el acuerdo que tenga establecido con el gestor de activos, lo mismo que éste debe poner en conocimiento de aquél anualmente la forma en que su estrategia de inversión y su aplicación se ajustan al citado acuerdo. A los asesores de voto, por su parte, se les impone hacer público el código de conducta que apliquen y, de no aplicarlo, explicar el motivo razonadamente; además, cada año como mínimo, deben publicar la información que se especifica sobre la preparación de sus investigaciones, asesoramientos y recomendaciones de voto. Especial significado tiene la obligación de los asesores de voto de comunicar sin demora a sus clientes cualquier conflicto de interés, real o potencial, o cualquier relación que pueda influir en su actividad, así como las medidas que adopten para eliminar, reducir o gestionar los citados



# DECONOMI

conflictos de interés, previsiblemente motivados por el doble asesoramiento a accionistas significativos y a la propia sociedad cotizada.

Los dos asuntos en que hay más relación con el ejercicio de derechos de socio, particularmente con el voto, son el tratamiento de la política de remuneración de administradores y la aprobación de operaciones con partes vinculadas.

En el caso de las remuneraciones, lo que la Directiva pretende es que las sociedades dispongan de una política de remuneraciones, aprobada como mínimo cada cuatro años, y publicada en la página web de la sociedad, a la que se sujeten las retribuciones que perciban los administradores, y que tal política sea votada por los accionistas en la junta general. Como principio, se establece que la votación tenga carácter vinculante, de manera que, si no es aprobada, sólo pueda remunerarse a los administradores conforme a prácticas existentes, y habrá de someterse de nuevo a la junta una política revisada, se entiende que distinta de la que fue rechazada; no obstante, la Directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de disponer que la votación sea consultiva, bastando entonces que se haya sometido a la junta una política de remuneraciones para que pueda ser aplicada, aunque, si resultó rechazada, habrá de someterse a votación en la siguiente junta general una política revisada. También queda a disposición de los Estados miembros permitir excepciones temporales a la política de remuneraciones, especificando las condiciones y los componentes que pueden ser excepcionados. Por lo demás, la política de retribuciones debe atenerse a determinados criterios de variada naturaleza (contribuir a la estrategia empresarial y a los intereses y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad; ser clara y comprensible en cuanto a los componentes fijos y variables, con especial indicación de los criterios de la remuneración variable; explicar cómo se hayan tenido en cuenta las condiciones de retribución y empleo de los trabajadores de la sociedad, etc.)

Igualmente se armoniza la elaboración del informe anual sobre remuneraciones, que debe ofrecer una descripción global completa de la remuneración abonada o por abonar durante el ejercicio más reciente a cada administrador, sean antiguos o recientes, de acuerdo con la política de retribuciones citada. Este informe, del que se establecen criterios de elaboración



# DECONOMI

bastante precisos, incluida la posibilidad de exigir la devolución de la remuneración variable, debe ser objeto de votación consultiva en la junta general, referida al ejercicio más reciente, pero explicando en el siguiente cómo se tuvo en cuenta la votación producida, y hacerse público a continuación en la página web de la sociedad.

En cuanto a las operaciones con partes vinculadas, lo primero que se demanda a los Estados miembros es que definan lo que haya que considerar como “operaciones importantes”, teniendo en cuenta criterios de influencia y riesgo para los accionistas y la sociedad, y con indicadores cuantitativos de impacto en varios parámetros económicos, pudiendo adoptarse distintas definiciones en función de la dimensión de la sociedad. Las medidas de control y transparencia se instrumentan a continuación en tres niveles, con distinto grado de exigencia: es requisito mínimo el anuncio público de la operación, a más tardar en el mismo momento de su celebración y con información suficiente sobre el valor, las partes, etc.; menor grado de exigencia, pues es disponible para los Estados miembros, tiene el informe que explique si la operación es justa y razonable para la sociedad y para los accionistas que no sean parte vinculada, pudiendo ser elaborado por un tercero independiente, por el órgano de administración o de supervisión de la sociedad, o por el comité de auditoría, u otro distinto en que sean mayoría los consejeros independientes; de nuevo resulta exigible la aprobación de la operación por la junta general, o por el órgano de administración o de supervisión, pudiendo disponerse que los accionistas tengan derecho a votar en la junta las operaciones importantes aprobadas por cualquiera de estos órganos, debiendo abstenerse de participar en la aprobación o en la votación el administrador o accionista que sea parte vinculada en la operación, aunque cabe excepción permisiva en el caso de los accionistas con determinadas salvaguardias que eviten que la operación se apruebe con el voto del socio interesado contra la opinión mayoritaria de los accionistas no vinculados o de los consejeros independientes.

Hay en todo caso un ámbito importante de no aplicación para operaciones celebradas en el curso ordinario de la actividad empresarial y en condiciones normales de mercado, aunque el Estado miembro puede disponer la aplicación de cualquiera de los requisitos de control, o de todos ellos; como



también, y en el sentido inverso, puede no aplicar, o permitir que la sociedad no aplique, los requisitos en un conjunto de supuestos que la Directiva enumera (operaciones intragrupo entre la sociedad y sus filiales, que en todo caso deben hacerse públicas; tipos claramente definidos de operaciones; las relativas a la remuneración de los administradores; las celebradas por entidades de crédito; y las ofrecidas en igualdad de condiciones a todos los accionistas, garantizando la igualdad de trato y la protección del interés de la sociedad). Pero una regla final establece que se agreguen en periodo anual las operaciones con la misma parte vinculada, no sujetas a los requisitos de control, por si de la agrupación derivara su aplicación.

Sintetizado el contenido de la Directiva de implicación, y antes de abordar algunos aspectos más generales del Proyecto de trasposición, conviene recordar que el plazo para efectuarla concluyó ya el 10 de junio de 2019, conforme establece el artículo 2 de la propia Directiva, aunque tal plazo se extiende, para determinadas cuestiones relacionadas con el derecho de las sociedades a identificar a sus accionistas, durante 24 meses a partir de la fecha de adopción de los actos de ejecución que indicaba la Directiva de 2007, lo que ya se produjo con la puesta en vigor del Reglamento de ejecución de 8 de septiembre de 2018, en su momento citado.

### **III. LA PREPARACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE TRASPOSICIÓN.**

#### *1. Cuestiones previas de política jurídica.*

La trasposición de la Directiva de implicación no fue ciertamente una tarea sencilla. Por varios motivos, y en varios aspectos, planteaba algunas cuestiones previas de política jurídica que no deben soslayarse. Hay, al menos, tres ámbitos de decisión en los que conviene detenerse brevemente, por este orden: en primer lugar, en el texto de la Directiva hay un buen número de opciones abiertas, posibles reservas, alternativas, etc., y en materias relevantes, en las que se concede a los Estados miembros un margen de disposición amplio; en segundo lugar, el ordenamiento societario español tiene ya incorporadas y en



# DECONOMI

vigor algunas reglas que exceden la armonización pedida por la Directiva y que, en consecuencia, no sería imprescindible mantener; en tercer lugar, y como ha sucedido con cierta frecuencia en ocasiones anteriores, la trasposición de esta Directiva ofrece la oportunidad de plantear la introducción de otras novedades normativas, bien porque se entienda que ayudan al objetivo de la implicación de los accionistas a largo plazo más allá de lo que propia Directiva propone, bien porque se pretenda, simplemente, aprovechar la ocasión para reformar alguna regla societaria que lo necesite, o que resulte conveniente hacerlo, incluso aunque no tenga relación alguna, ni próxima ni remota, con las materias armonizadas por la Directiva. Se trata, pues, de una cuidadosa reflexión, que corresponde hacer en el proceso prelegislativo, de preparación del texto de trasposición en las instancias correspondientes, y en el propio proceso legislativo que debe conducir a la aprobación final de una ley de trasposición.

Una breve consideración, con algunas indicaciones ejemplificativas, de los tres ámbitos de decisión de política jurídica antes diferenciados puede ayudar a delimitar mejor el alcance de la citada reflexión.

En efecto, en algunas materias fundamentales, la Directiva ofrecía opciones especialmente significativas: así, por ejemplo, que el derecho de las sociedades a conocer la identidad de sus accionistas sólo pueda ejercerse respecto de accionistas que dispongan más de un determinado porcentaje de acciones o derechos de voto, que no excederá del 5%; que la votación de la política de remuneraciones, por principio vinculante, pueda ser consultiva, con los efectos que ya se indicaron cuando el resultado de la votación sea negativo; que para el control y transparencia de las operaciones con partes vinculadas se puedan adoptar distintas definiciones de importancia, se pueda disponer que el anuncio público se acompañe de informe, que los accionistas puedan votar en la junta las operaciones vinculadas aprobadas por el órgano de administración, o que se puedan aplicar, o no aplicar, según los casos, los requisitos de control, respectivamente para distintos supuestos. Fácilmente se aprecia que se trata de opciones relevantes en asuntos de alta significación, y habrá que examinar en qué medida el texto preparado para la trasposición las acoge, y en qué sentido, porque ello pondrá de manifiesto la línea de política jurídica que se propone seguir en relación con la intervención de los accionistas en la fijación de las



retribuciones de los administradores y en relación con la transparencia y el control más efectivo de las operaciones con partes vinculadas.

Por otro lado, hay asuntos en los que el derecho vigente en la materia supera, con mayor o menor intensidad, los objetivos de la armonización que pretende la Directiva. Obsérvese, por ejemplo, que el derecho de identificar a los accionistas en el vigente artículo 497 de la LSC, reformado en 2014, está atribuido a más legitimados que a la propia sociedad (asociaciones de accionistas que representen más del 1% y socios que individual o conjuntamente alcancen el 3% al menos del capital social) y, teniendo la Directiva carácter de mínimo para la armonización, parecía razonable mantener la norma vigente en lo que exceda ese mínimo. Algo similar ocurre, con distinto alcance, en lo que se refiere a la votación en junta general de la política de retribuciones, donde la necesidad de acuerdo de aprobación que establece el artículo 529 novodecies, con carácter trienal, imprime a tal votación un carácter netamente vinculante, que parece razonable mantener.

Finalmente, es evidente que, sobre la preparación del Proyecto, en las distintas fases por las que ha atravesado, se han proyectado consideraciones de política jurídica que han llevado a incorporar al texto eventuales novedades que implican modificaciones de la legislación societaria que no venían exigidas por la Directiva. Algunas de ellas están motivadas en razones de transparencia y buen gobierno (que los consejeros de las cotizadas deban ser necesariamente personas físicas); otras en razones de homologación con el entorno (así, la supresión de algunas obligaciones de información financiera, o la incorporación de algunas limitaciones relativas a la delegación en los administradores de aumentos de capital en las sociedades cotizadas); otra, en fin, de especial trascendencia, en razones múltiples, tanto de homologación con el entorno, como de hacer más intenso el estímulo para la implicación de los accionistas, incentivando el mantenimiento de la inversión (es el caso principal de las acciones de lealtad, que excepcionan la tradicional prohibición del voto plural para premiar la permanencia de los socios otorgando a sus acciones un voto adicional, y merecen una especial atención en el análisis jurídico). Los objetivos y argumentos de política jurídica están especialmente presentes en este



apartado, como es fácil de apreciar, aprovechando la oportunidad de la trasposición con distintos fines, relacionados o no con los objetivos de ésta.

## *2. El complejo proceso de elaboración.*

Si se observa que la Directiva de implicación lleva la fecha del 17 de mayo de 2017, que se publicó en el DOUE de 20 de mayo del mismo año, y que el plazo de trasposición, con algún matiz, finalizaba el 19 de junio de 2019, fácilmente se deducirá que el proceso de incorporación al Derecho español estuvo retrasado. Tal situación podrá explicarse teniendo en cuenta el contexto político-institucional en que se ha encontrado España en este tiempo, con largos periodos de Gobiernos en funciones o en precariedad parlamentaria, y con poco margen para llevar adelante iniciativas legislativas como la que exigiría una materia de este tipo, poco apta para otro tipo de instrumentos normativos, como sería un Real Decreto-Ley. De manera que se puede construir un breve relato del itinerario seguido hasta llegar a disponer del Proyecto que ahora es objeto de análisis, finalmente aprobado como Ley en la que se incorporaron aún algunas enmiendas durante la tramitación parlamentaria, una vez que el Consejo de Ministros, en su sesión de 14 de julio de 2020, lo remitió a la Cámara y fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 7 de septiembre de 2020, para iniciar dicha tramitación.

Una breve reconstrucción del relato sobre el proceso de elaboración aconseja destacar las fases principales que se fueron sucediendo.

Una vez publicado el texto de la Directiva, el primer paso para el largo camino de la trasposición lo dio el Ministerio de Economía y Empresa, convocando una primera consulta pública, de carácter previo, que se extendería hasta el 12 de julio de 2018. El hecho de que fuera el Ministerio de Economía (y más concretamente la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, y la Secretaría General de Legislación y Política Financiera) quien convocara la consulta pública, y no el Ministerio de Justicia, al que tradicionalmente ha correspondido la preparación de los textos prelegislativos de reforma de la legislación societaria, a través de la Comisión General de Codificación (en este caso, la Sección de



Derecho Mercantil), previsiblemente obedeció al discutible criterio de que las iniciativas normativas que afectan a las sociedades cotizadas pertenecen al ámbito del mercado de valores, más que al societario, lo que remite a aquel Ministerio, normalmente en combinación con la CNMV. Sea como fuere, la consulta pública de 2018, dirigida a recabar la opinión de las personas y entidades potencialmente afectadas por la norma proyectada, aparecía como trámite previo, ya referido en aquel momento a un Anteproyecto de Ley de trasposición de la Directiva de 2017.

Tras mencionar los antecedentes de la futura norma, la consulta enumeraba los problemas que, en su consideración, pretendía solucionar aquel Anteproyecto, remitiendo a los que la propia Directiva declaraba abordar: la insuficiente implicación de los inversores institucionales y los gestores de activos en las sociedades cotizadas en las que invierten; la insuficiente correlación entre la remuneración y el desempeño de los miembros del órgano de administración de las sociedades cotizadas; la falta de supervisión y vigilancia por parte de los accionistas de las operaciones con partes vinculadas; la inadecuación de los estándares de transparencia de los asesores de voto; la dificultad y el costo del ejercicio de los derechos políticos y económicos derivados de las acciones. Alegaba luego la necesidad y oportunidad de la aprobación de la disposición, teniendo en cuenta el plazo de trasposición establecido en la Directiva, y detallaba sus objetivos, relacionados con la corrección de cada uno de los problemas indicados (así, y en el mismo orden, evitar la perspectiva cortoplacista de los gestores de activos, principalmente; tratamiento y votación de la política y del informe anual de remuneraciones de los miembros del órgano de dirección; publicidad y aprobación de las operaciones con partes vinculadas; transparencia de la actividad de los asesores de voto; obligaciones de información de intermediarios financieros).

Así planteada la consulta, la parte principal de su contenido consistía en preguntar directamente por las opciones que la Directiva ofrecía a los Estados miembros, agrupándolas en cinco bloques, con el fin de valorarlas y ponerlas en relación con el estado actual del Derecho nacional vigente: en relación con el derecho de la sociedad a identificar a sus accionistas, se planteaba si debía establecerse algún límite cuantitativo y qué obligaciones deberían asumir los



# DECONOMI

intermediarios; para la transmisión de información sobre el ejercicio de los derechos de los accionistas, se preguntaba por la conveniencia de un plazo, tras la junta, para confirmar al accionista que sus votos fueron registrados y contabilizados; sobre la estrategia de implicación a largo plazo de inversores institucionales y gestores de activos, se planteaba sobre todo la exigencia de publicidad de las respectivas políticas de implicación; en relación con la política de remuneración y el informe de retribución de administradores, se planteaba, obviamente, el carácter de la votación en la junta y la posibilidad de excepciones temporales; y, en fin, a propósito de las operaciones con partes vinculadas, se preguntaba sobre la definición de importancia, el informe a añadir eventualmente al anuncio público, la votación en junta, con deber de abstención o no de los accionistas vinculados, la aplicación de requisitos y las excepciones. La enumeración de cuestiones consultadas coincidía, en efecto, con las opciones que la Directiva ofrecía a los Derechos nacionales. De las respuestas que se emitieron y se hicieron públicas, puede considerarse de especial interés, por la significación del remitente, la de la Asociación de Emisores Españoles, que puede encontrarse en su sitio web; además de responder a todas y cada una de las preguntas planteadas con nitidez (Sí o NO), añadía argumentación en cada caso y terminaba planteando cuestiones adicionales en algunos temas, particularmente respecto de la identificación de accionistas, de la conveniencia de una regulación sustantiva más amplia de los asesores de voto, y del régimen de las operaciones vinculadas.

Varios meses después de efectuada la consulta pública, el Ministerio de Justicia solicitó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que emitiera informe, con respuesta a las mismas cuestiones que planteó el Ministerio de Economía. A propuesta de los tres Vocales designados ponentes (Sr. Piñel López, Sr. Quijano González, Sra. Vergez Sánchez), la Sección aprobó el Informe en enero de 2019, con algunos pronunciamientos de interés. Entre otros, se mostraba favorable a mantener la regulación vigente (artículo 497 de la LSC), más amplia que la de la Directiva, en cuanto al derecho de las sociedades cotizadas a identificar a sus accionistas, y no tan favorable respecto de la exigencia de que inversores institucionales y gestores de activos apliquen una estrategia o política de implicación a largo plazo en la sociedad de



# DECONOMI

la que son accionistas, pudiendo suscitar conflicto con los intereses o preferencias de sus propios partícipes. En materia de retribución de administradores, optaba por mantener el carácter vinculante de la votación de la política de retribuciones y el alcance consultivo de la del informe anual de remuneraciones, sin perjuicio de las previsiones para la falta de aprobación o el resultado negativo, respectivamente, considerando también razonables las excepciones en la aplicación de la política de retribuciones. Finalmente, en relación con las operaciones vinculadas, el Informe se mostraba partidario de una única definición de “operación importante”, de que el anuncio público de la operación fuera acompañado de informe del órgano de administración, de mantener las reglas vigentes en cuanto a deber de abstención por conflicto de interés del socio, sin tampoco descartar la prohibición de votar, y de reconocer las excepciones de no aplicación de los requisitos que contempla la Directiva.

El paso siguiente consistió ya en la preparación y difusión, por el Ministerio de Economía y Empresa y con fecha de 24 de mayo de 2019, de un texto completo y articulado de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y otras normas financieras, para adaptarlas a la Directiva de 17 de mayo de 2017, que modifica la de 2007, en lo relativo al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas. De nuevo fue sometido a consulta pública, por un breve plazo que concluyó el 14 de junio de 2019, y también de nuevo recayó sobre él un amplio Informe de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, solicitado por el Ministerio de Justicia y aprobado en sesión de 16 de julio de 2019, a propuesta de una ponencia integrada por cinco vocales (los Srs. Alonso Ureba, León Sanz, Paz-Ares, Piñel López y Quijano González).

A esa versión del entonces Anteproyecto aún se incorporaron en distintos momentos nuevas materias, particularmente de reforma de aspectos concretos del régimen de las sociedades cotizadas. Ya en la fase final de este itinerario prelegislativo, el Consejo de Ministros de 3 de marzo de 2020, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, reanudó la tramitación y remitió el texto al Consejo de Estado para emisión del preceptivo dictamen, que recayó el 11 de junio de 2020, sin observaciones esenciales. El siguiente paso, ya mencionado, fue la remisión a las Cortes por el Consejo de Ministros de 14 de



julio de 2020, a propuesta de los Ministerios de Asuntos Económicos y Transformación Digital y de Justicia, del Proyecto de Ley, que, una vez publicado en el BOCG de 7 de septiembre, inició su tramitación parlamentaria hasta convertirse en Ley vigente, que lleva fecha de sanción real del 12 de abril y fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del 13 de abril de 2021.

Todavía, en el transcurso de esa tramitación parlamentaria, el proyecto experimentó algunos cambios, fuera por modificación de algunos de los preceptos que contenía, fuera por añadido o por supresión de otros. Muchos de estos cambios lo fueron solamente de matiz, o de relevancia no fundamental; pero otros han supuesto la incorporación al texto final de la Ley de nuevas reformas societarias, con especial alcance, como es, por ejemplo, la regulación de la figura de la “junta de socios exclusivamente telemática”, modalidad que ya venía impulsada en el conocido proceso de digitalización societaria y que recientemente, en el contexto de la pandemia y de las dificultades a ella asociadas para el funcionamiento presencial de los órganos sociales, ha sido ofrecida como alternativa para la celebración de sesiones y la adopción de acuerdos.

#### **IV.LA LEY DE 12 DE ABRIL DE 2021: REFORMAS EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.**

Procede ya, finalmente, realizar un examen sintético del contenido del texto legal resultante del proceso que antes se ha descrito. Para ello, es oportuno distinguir, de un lado, la información general sobre su contenido, al menos reflejando los aspectos principales y el impacto experimentado por las diversas disposiciones afectadas, y, de otro lado, aproximar el análisis, con algo más de detalle, a las reformas que, particularmente, ha experimentado la vigente Ley de Sociedades de Capital como consecuencia de la aprobación de esta nueva ley de implicación de accionistas a largo plazo en las sociedades cotizadas; habrá entonces ocasión de apreciar que no sólo el régimen especial de las sociedades cotizadas ha quedado afectado, sino que también el régimen general de todas las sociedades de capital, sean anónimas o limitadas, ha sufrido algunos cambios de interés.



## *1. El contenido: aspectos principales.*

Como es habitual, y deseable para una mejor comprensión de los objetivos perseguidos, va precedido el texto legal de un interesante Preámbulo, en el que se evocan los objetivos loables de la implicación a más largo plazo a partir de una crítica bastante incisiva a las que denomina “estrategias de inversión cortoplacistas”, propias del “capitalismo trimestral” (sic), que presionan para que se generen y distribuyan beneficios financieros con inmediatez, para que se atiendan los resultados periódicos y para que se revaloricen las acciones lo antes posible, dejando de lado otros objetivos no financieros (se citan los de los trabajadores, o los del medio ambiente, además de los de la propia sociedad, de otros grupos de interés y del conjunto de la economía). De manera que, en expresión literal, la trasposición de la Directiva aportará “mejoras en el ámbito del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas en España”, que beneficiarán la financiación a largo plazo, a la vez que aumentarán la transparencia del conjunto de agentes del mercado de capitales a los que se refiere la Directiva y de las propias sociedades en lo que atañe a las remuneraciones de sus administradores y a las operaciones con partes vinculadas.

Se describen a continuación las que se considera novedades procedentes de la Directiva, distribuidas en los bloques de materias afectadas (transparencia de inversores, gestores de activos y asesores de voto, con especial atención a las nuevas obligaciones de estos; identificación de accionistas; remuneraciones de administradores, a partir de la regla “say on pay”; y operaciones con partes vinculadas). Y se justifican, por fin, las “mejoras normativas” que se introducen al margen de la Directiva, en los aspectos que luego se indican y que han ido aumentando notablemente a medida que avanzaba la configuración del texto final, especialmente en el tránsito de las distintas versiones del Anteproyecto y en el paso último al Proyecto remitido al Parlamento.

Cabe, pues, ofrecer una síntesis mínima del contenido del Proyecto, recogiendo los tres aspectos que cabe distinguir: las novedades obligadas por la



# DECONOMI

propia trasposición de la Directiva; las opciones adoptadas en los asuntos en que la Directiva las permite; las materias ajenas a la Directiva, que se han incorporado por razón de oportunidad o conveniencia.

Un primer conjunto de novedades obligadas se proyecta especialmente sobre la legislación de instituciones de inversión colectiva (Ley de 4 de noviembre de 2003): así, las obligaciones que deben asumir las sociedades gestoras en cuanto a la política de implicación de accionistas y la integración con su propia política de inversión; o la información especial que deben proporcionar cuando prestan servicios de gestión de activos a entidades aseguradoras o a planes y fondos de pensiones. También la legislación de las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado (Ley 12 de noviembre de 2014) resulta afectada en cuanto a la política de implicación de tales entidades, lo mismo que la Ley de Auditoría de Cuentas, de 20 de julio de 2015, en algunos aspectos técnicos relacionados con el contenido del informe de auditoría.

Mayor calado tiene la reforma que se opera en el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, de 23 de octubre de 2015, agrupada en el artículo sexto, que alcanza 33 apartados. De un lado, porque a él se llevan las nuevas reglas sobre asesores de voto (códigos de conducta, publicación del informe anual, conflictos de interés) y sobre la política de implicación de las empresas de servicios de inversión, materias ambas procedentes de la Directiva; de otro, porque esta reforma se ha aprovechado para adecuar el régimen del folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado al Reglamento comunitario de 14 de junio de 2017 sobre colocación de emisiones, aclarando el ámbito de aplicación del sindicato de obligacionistas, y para actualizar el sistema de infracciones y sanciones a las nuevas obligaciones incorporadas. También en este ámbito destacan algunas reformas puntuales, ajenas al ámbito armonizador de la Directiva, como, por ejemplo, la supresión de la obligación de publicar información financiera trimestral, como también la excepción a la obligación de comunicar participaciones significativas o de elaborar informe anual de gobierno corporativo, ambas sólo en ciertos casos, y especialmente esta última en el caso de emisores de valores para los que España no sea su Estado miembro de origen, o no tengan que difundir informe financiero anual. Destaca igualmente la



interesante actualización del régimen de la “exclusión de negociación voluntaria”, que entra en aplicación cuando la sociedad o entidad emisora decide retirar algún instrumento financiero cotizado de la negociación en un mercado de valores regulado, pues debe entonces promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos los valores afectados por la exclusión, sin perjuicio de las excepciones y dispensas que pueden reconocerse o concederse.

## *2. Las reformas en la Ley de Sociedades de Capital: en el régimen general y en el especial de las sociedades cotizadas.*

Pero las principales reformas, desde una perspectiva sustancial, recaen, sin duda, en la Ley de Sociedades de Capital, que es también donde las variaciones entre los distintos textos del Anteproyecto y del Proyecto han sido más significativas, hasta llegar a la Ley finalmente aprobada. Conviene recordar que, en esa evolución del iter prelegislativo y legislativo tuvo una influencia relevante el Informe que antes se citó, elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación, en julio de 2019. Anticipando algunos de los asuntos que se expondrán a continuación, en que esa influencia es más visible, cabe destacar, por ejemplo, que en relación con la identificación de los accionistas, el Informe ofrecía un concepto de beneficiario último (“persona por cuenta de quien actúe la entidad intermediaria legitimada como accionista en virtud del registro contable, directamente o a través de una cadena de intermediarios”); completaba de forma muy notable el régimen de las novedosas acciones de lealtad; aclaraba el alcance de la sujeción al sistema estatutario y a la política de remuneraciones de la retribución de los distintos consejeros; sistematizaba el régimen de las operaciones vinculadas, tomando como referencia un concepto y un ámbito de aplicación con excepciones, a la vez que ordenaba las reglas de transparencia, con anuncio público, y de aprobación, por la junta o el consejo, y con carácter indelegable o no, con especial consideración de las operaciones intra grupo; y, además, se pronunciaba también, generalmente en sentido favorable o con pequeños matices, respecto de las demás modificaciones, tanto en la Ley de Sociedades de Capital, como en otras normas financieras, donde se recogen las obligaciones de transparencia y de desarrollo de políticas de implicación, en los términos previstos la Directiva.



# DECONOMI

Siguiendo, pues, el orden en que aparecen en la estructura sistemática de la Ley, hay unas primeras reformas que afectan, como ya se indicó, al régimen general de las sociedades de capital: así, en la relación de personas vinculadas a los administradores, del artículo 231, al efecto de extender a ellas las reglas de control de los conflictos de interés; en la introducción de un nuevo artículo 231 bis, para el tratamiento especial de las operaciones intragrupo, como categoría diferenciada dentro de las operaciones vinculadas, con reglas propias de aprobación en el contexto de los conflictos de interés; o en la afirmación de la regla de inscripción simultánea del acuerdo de aumento de capital y de su ejecución, suprimiendo las excepciones que se contenían en el apartado 2 del artículo 315 de la Ley de Sociedades de Capital.

El bloque principal que sigue a continuación acoge las numerosas reformas que se proponen para el régimen de las sociedades cotizadas, comenzando por algunos retoques en el propio concepto y ámbito de aplicación, y en la necesidad de que las acciones y obligaciones que pretendan cotizar estén representadas mediante anotaciones en cuenta.

Es también en este ámbito de la sociedad cotizada donde mejor se percibe la discontinuidad del criterio que ya había seguido el Proyecto, a propósito de las opciones que la Directiva ofrece en distintas materias: así, a título de ejemplo, y anticipando algunas referencias que luego se exponen en el lugar correspondiente, se mantiene la mayor amplitud del derecho de identificación de accionistas a favor de las asociaciones de éstos y de determinados socios, como ya está establecido, lo mismo que el carácter vinculante de la votación que debe aprobar cada tres años la política de retribuciones, que son cuestiones de diverso tratamiento en la Directiva; sin embargo, en las operaciones vinculadas se opta por el informe de la comisión de auditoría, dentro de las posibilidades que la Directiva ofrece, entre ellas añadir a la publicidad un informe de experto independiente, o se simplifican determinados requisitos en los supuestos generales de excepción, y se desgaja el supuesto de las operaciones intragrupo, llevándolo al régimen general, con posibilidad de delegar su aprobación por el órgano de administración en órganos delegados o en miembros de la alta dirección.



# DECONOMI

Entrando ya en la consideración de los aspectos principales, la primera cuestión afectada por la armonización de la Directiva es la del derecho de las sociedades cotizadas a **conocer la identidad de sus accionistas**, que se extiende al derecho a identificar a los “beneficiarios últimos” y al correlativo deber de las entidades intermediarias de proporcionar información, incluso entre sí cuando sean varias en cadena. Otras novedades de interés afectan a la transmisión de información de la sociedad a los accionistas y a los beneficiarios últimos; a la facilitación del ejercicio del voto por parte de las entidades intermediarias, que pueden también delegar el voto a cada uno de los beneficiarios últimos, y que deben aplicar en los servicios que prestan tarifas proporcionales, no discriminatorias y publicadas; o a la obligación de las sociedades de confirmar a sus socios la recepción, registro y contabilización de sus votos.

En el orden sistemático de la Ley de Sociedades de Capital aparecen luego algunas reformas, no requeridas por la trasposición de la Directiva, que se incorporaron al Proyecto en la fase final de su elaboración, ya que no estaban contempladas en el Anteproyecto, que afectan a diversos aspectos relacionados con el **aumento de capital**: así, al plazo de ejercicio del derecho de suscripción preferente, reducido a diez días, al régimen de exclusión del derecho, al informe de experto independiente, que se suprime con carácter general, a la determinación del precio, a la delegación del aumento en los administradores con facultad de excluir el derecho, que se limita al veinticinco por ciento del capital, a la suscripción incompleta, donde se invierte la regla para que sea eficaz salvo previsión expresa de lo contrario, a la emisión de obligaciones convertibles, y, de nuevo, a la delegación de la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente en este caso, donde también se limita la emisión en la misma cuantía que se limita el aumento del capital en esos casos, a fin de que los administradores no dispongan de un margen más elevado cuando tienen delegado el aumento o la emisión y también la facultad de excluir el derecho de preferencia de los socios. Hay que observar, no obstante, que alguna de estas reformas de última hora no son conformes con reglas que están incluidas en la Directiva del capital, una de las primeras en el tiempo, luego codificada junto con



otras posteriores; es el caso del plazo para ejercer el derecho de suscripción preferente y el de la regla inversa del aumento incompleto.

Tras depurar el artículo 512 que atribuye carácter obligatorio al reglamento de la junta general, matizar algunos puntos de la información general previa a la junta, y detallar el alcance de la transmisión de información y la facilitación del ejercicio del derecho de voto, al que antes se hizo referencia, debido a su vinculación en la Directiva con la identificación de los accionistas, la Ley se adentra en uno de los asuntos más novedosos, no requerido por la Directiva, y también polémico, como lo es el de las denominadas “**acciones con voto por lealtad**”. En efecto, por su significación, por su impacto en principios societarios tan tradicionales como el que impedía alterar la proporcionalidad entre valor nominal y derecho de voto mediante la concesión de privilegio en el voto, o voto plural, y por los efectos que puede tener sobre la estructura accionarial y de control en las sociedades cotizadas, esta figura de las “acciones de lealtad”, ya conocida en otros ordenamientos comparados de nuestro entorno, está llamada a convertirse en una de las referencias más significativas de esta reforma, en la que aparece como un incentivo o estímulo precisamente para la implicación de accionistas a largo plazo, consistente en atribuir un voto adicional a acciones mantenidas por su titular durante cierto periodo de tiempo. La figura fue recogida ya en una de las revisiones del todavía Anteproyecto, que estableció ese periodo en dos años, no puso inicialmente límite al voto plural (sólo hablaba de “voto adicional”), y remitía a los estatutos sociales para su acogida en las sociedades que quisieran introducirla, regulando las mayorías para su creación y eliminación, su cómputo a ciertos efectos, la acreditación del periodo de lealtad mediante un registro complementario, y la extinción, con alguna excepción, como consecuencia de la transmisión de las acciones beneficiadas. Muchos otros de los problemas que plantearía esa nueva figura no estaban previstos en aquel texto y así lo puso de manifiesto el Informe elaborado en la Comisión General de Codificación, al que antes se hizo referencia, con propuestas de regulación para todos esos asuntos que se consideraron problemáticos y con interesantes aportaciones en cuanto a la creación estatutaria de estas acciones, con límite de voto doble, y también en cuanto a su posible supresión, a su cómputo, al registro donde deben inscribirse y a su transmisión. Eso explica que en el Proyecto final



# DECONOMI

todo este conjunto de aspectos tuviera un tratamiento más completo y detallado, que pasó definitivamente a la Ley ya en vigor, como fácilmente se aprecia a la vista de los nuevos artículos 527 ter a 527 undecies, que han quedado incorporados en la Ley de Sociedades de Capital, dentro del régimen de las sociedades cotizadas.

Novedad importante es también la previsión de que los consejos de administración de las sociedades cotizadas estén compuestos en el futuro exclusivamente por **personas físicas**, modificación que el Preámbulo de la Ley atribuye a “razones de transparencia y de buen gobierno corporativo”, seguramente porque la peculiaridad de la persona jurídica administradora impedía una aplicación estricta de reglas de idoneidad y control del nombramiento. En todo caso, la excepción que contiene la Disposición Adicional Duodécima para las personas jurídicas del sector público, junto con el régimen transitorio previsto en el apartado 5 de la Disposición Transitoria, moderan en alguna medida el alcance de la nueva regla.

Interés especial revisten, por su significado y por los antecedentes, a menudo polémicos, de su actual regulación, dos materias tan relevantes desde la perspectiva del gobierno corporativo y la transparencia, como son la remuneración de los administradores y el tratamiento de las operaciones vinculadas que la sociedad pueda celebrar con quienes tienen esa condición de parte vinculada. Ambas fueron objeto de armonización por la Directiva, si bien en ambas se ofrecen a los Estado miembros opciones diversas en aspectos ciertamente significativos.

En cuanto a la **remuneración de los consejeros**, la nueva propuesta empieza por mantener el carácter de retribuido del cargo de consejero de las sociedades cotizadas, salvo disposición en contrario de los estatutos, suprimiendo el énfasis que añade el adverbio “necesariamente” en el texto vigente. De inmediato se detalla con más precisión la distinción ya existente entre la remuneración de los consejeros en su condición de tal y la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, de manera que, una distinción que en el régimen general de la retribución de los administradores de las sociedades de capital ha motivado interpretaciones bien diversas, queda aquí consolidada y definida en lo que atañe a los consejeros de las sociedades



# DECONOMI

cotizadas. Sin embargo, una enmienda parlamentaria ha venido a exigir que la remuneración de estos consejeros delegados o con funciones ejecutivas, además de ajustarse a la política de remuneraciones aprobada en la junta, debe tener cobertura estatutaria, con la formalización, fijeza y publicidad que esto supone, siendo éste uno de los aspectos que venía resultando más controvertido. Otro tanto ocurre con la aprobación de la política de retribuciones de los consejeros, prevista en el artículo 529 novodecies, que experimenta una notable ampliación, a partir del principio de que las sociedades cotizadas deben establecer una política de remuneraciones de sus consejeros y de que sus accionistas tienen derecho a votarla en junta general, al menos cada tres años. En el nuevo texto se detallan con profusión los requisitos que debe tener dicha política, en lo formal y en lo material, se contempla la posibilidad de excepciones temporales, con ciertos requisitos, y se precisa la doble eventualidad de que la política de retribuciones sea rechazada por la junta y de que lo sea el informe anual de retribuciones que se somete a votación consultiva, con la necesaria consecuencia, respectivamente, de que habrá de aprobarse una nueva política o de que la vigente decaerá al celebrarse la siguiente junta general.

En el caso de las **operaciones vinculadas**, se incluye una definición, con excepciones, en parte remitida a las Normas Internacionales de Contabilidad y al Reglamento europeo para su aplicación, de 19 de julio de 2002. Su régimen comprende, por un lado, la publicación de información sobre tales operaciones, a más tardar en el momento de su celebración, cuando superen un determinado umbral cuantitativo, y de otro, la aprobación, por la junta o por el consejo, según su importancia económica, debiendo abstenerse en este caso el consejero afectado, o que represente o esté vinculado al accionista afectado, pero no los que representen o estén vinculados a la sociedad matriz en el consejo de la dependiente. La aprobación requiere informe previo de la comisión de auditoría del consejo, pero, en determinadas circunstancias en que el riesgo del conflicto de interés se entiende neutralizado (se trata de operaciones con condiciones estandarizadas, con precio tasado y de cuantía limitada), se permite la delegación de la aprobación por parte del consejo, y sin necesidad del citado informe previo. Este régimen se completa con reglas interpretativas de cálculo del valor, y, anteriormente, con las oportunas referencias, tanto en el listado de



# DECONOMI

las facultades indelegables del consejo, como en las competencias de la comisión de auditoría. Recuérdese, también, que, en el régimen general de los conflictos de interés, en los artículos 229, 230 y 231 de la Ley de Sociedades de Capital, se ha incluido la regla especial de tratamiento de las operaciones intragrupo, a la que se ya se hizo referencia.

Un último grupo de reformas se refiere a la inclusión de los **informes de gobierno corporativo y de retribuciones** en el informe de gestión, por parte de las sociedades emisoras de valores cotizados en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, estando también ambos informes, y especialmente el de remuneraciones, afectados por la reforma en su estructura y contenido. Asimismo, las Disposiciones Adicionales Séptima y Novena, sobre competencias de supervisión de la CNMV y sobre comisiones del consejo de administración, respectivamente, resultan igualmente modificadas, a la vez que se añaden nuevas Disposiciones Adicionales, sobre especialidades relativas a las entidades integrantes del sector público, equiparación de sociedades con acciones admitidas en Sistemas Multilaterales de Negociación a las sociedades cotizadas, a ciertos efectos, y aplicación de normas a los aumentos de capital que se ofrezcan a suscripción previa a la cotización de la sociedad en mercados regulados o en sistemas multilaterales de negociación.

Finalmente, como también se anticipó, el tránsito del Proyecto por la tramitación parlamentaria hasta convertirse en Ley, dio ocasión para introducir en él algunas enmiendas de distinto alcance. Destaca entre ellas la que ofrece la posibilidad de que los estatutos sociales, mediante cláusula aprobada por dos tercios del capital presente o representado, autoricen a los administradores a convocar **juntas exclusivamente telemáticas** en todas las sociedades de capital, cuyo régimen procederá de la adaptación del legalmente previsto para las juntas presenciales; su celebración habrá de ir precedida de suficiente información a los socios, para el ejercicio de sus derechos, incluido el de información, y deberá garantizarse la identidad y legitimación de los asistentes como requisito necesario. De este modo, el Derecho societario español ha dado un paso significativo en el proceso de digitalización, aplicado ahora de forma ya ordinaria y estable al funcionamiento de los órganos sociales

