

***INTERACCIONES ENTRE EL DERECHO SOCIETARIO Y EL DERECHO CONCURSAL***<sup>319</sup>  
***Juan Esteban PUGA (Chile) - Mariano Möller (México) - Israel CREIMER (Uruguay)***  
***Daniele VATTERMOLI (Italia) - Efraín Hugo RICHARD (Argentina)***

**Resumen:** Panel sobre “Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal” en el XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, realizado en Viña del Mar –República de Chile-.

**Palabras claves:** Derecho societario – Derecho concursal.

**Abstract:** Panel on "Interactions between corporate law and bankruptcy law" at the XVI IBEROAMERICAN CONGRESSAL LAW CONGRESS, held in Viña del Mar -Republic of Chile-.

**Key words:** Company law - Bankruptcy law.

El día 16 de octubre, el día de su apertura, durante una hora y media, con exactitud cronométrica, expusimos la atrapante temática a la que se nos convocó a un panel sobre “Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal” en el XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, realizado en Viña del Mar –República de Chile-, a continuación del panel desarrollado sobre “concurso del consumidor”.

Lo hicimos bajo una premisa básica que nos propusimos: “Mirar con amplitud el sistema jurídico para afrontar las crisis”, no limitándose al proceso concursal, pues es un tema que concentra la atención de muchos Miembros del IIDC y a la doctrina mundial, y así lo entendimos en la convocatoria a intervenir el grupo en Viña del Mar, bajo la coordinación del representante argentino.

Emilio Beltrán supo decir que el derecho societario era preconcursal o paraconcursal, cuando no anticoncursal. Esto último porque las leyes societarias traen normas para afrontar las crisis anticipatoriamente. Por ello la atención doctrinal debe distinguir la problemática de las crisis societarias de las crisis de las personas humanas, aquellas potenciadas por el fenómeno de concentración, grupos de sociedades, socios de control e intervención de sociedades constituídas en el extranjero. Y las Autoridades de este Congreso y del IIDC nos han llamado a atender esa problemática.

Es fundamental referir que muchas leyes del ámbito concursal, como la de la comunidad europea que referirá Mariano Moller, regulan en forma genérica distinguiendo en contadísimos casos al

---

319 Panel en el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Viña del Mar, Chile, 16 de octubre 2019.

empresario persona humana del organizado societariamente.

Así abrimos el panel que, con esos propósitos, nos convocara hábilmente la organización del Congreso a 5 juristas: Juan Esteban Puga de Chile, Mariano Móller de México, Israel Creimer de Uruguay, Daniele Vattermoli de Italia –nuestro próximo anfitrión-, y Efraín Hugo Richard –que nos coordino- de República Argentina, comprometiéndonos a entregar nuestra visión en el limitado tiempo conferido, lo que cumplimos, incluso iniciando un profundo debate, pero con la idea de extendernos sobre lo que cada uno había expresado en una producción electrónica, lo que aquí entregamos, bajo el mismo orden de exposición que protagonizamos en ese panel.

Si bien lo hacemos como un mensaje colectivo, de autoría plural en el orden de aparición, ello no implica que compartamos integralmente las ideas, aunque sí el problema, y a ello dedicaremos algunas líneas conclusivas colectivas. Hemos tratado de mantener la frescura de la presentación oral, aunque en algún caso hemos autorizado iluminar las mismas con algunas referencias bibliográficas de control.

***La insolvencia y las sociedades***  
**Juan Esteban PUGA**

**I.- Esencialidad de una apertura oportuna.**

Un desafío ya antiguo de todo sistema concursal es la promoción de la temprana denuncia por el deudor de su estado de cesación de pagos, insolvencia o iliquidez porque se discurre en la lógica de que es quien primero advierte la presencia o el advenimiento cercano de dicho fenómeno y porque se estima que la oportunidad colabora a una más eficiente respuesta concursal. De hecho, los denominados sistemas más amistosos con el deudor se caracterizan por que en su gran mayoría los procesos concursales con activados por el deudor y porque sus resultados se dicen más efectivos en términos de recuperación por parte de los acreedores.

La razón de esta necesidad es lo que hemos denominado el efecto acelerador o de espiral que comporta la insolvencia sobre el patrimonio del deudor. Si concebimos la insolvencia como un estado de iliquidez relativamente crónica e irremontable para el deudor, el primer efecto de esta será sobre la valorización de sus activos, los que por efecto precisamente de la insolvencia se castigan a valor de liquidación, muy inferior al comercial (el precio de un inmueble varía si se debe vender en un mes o en un año y el efecto es todavía más agudos tratándose de bienes muebles del activo fijo y, peor, del activo circulante); además, suelen incrementarse los pasivos por multas o mayores costos. Pero, sobre todo, lo que se abulta sobremanera es el costo de operación, pues por un lado de ralentizan los ingresos por las naturales moras en que incurrirá el deudor, el mayor costo del crédito, la menor competitividad, etc. Este es el fenómeno que la oportuna intervención de instrumentos concursales pretende detener y, de ser posible, revertir.

Además, la insolvencia tiene dos añadidos importantes. Lo primero es que de no conocerse oportunamente puede tener un efecto expansivo, en especial hacia otros acreedores que tienen parte importante de sus activos invertidos en el deudor: pequeños empresarios, contratistas, etc. Pero, además, la ansiedad propia de la insolvencia invita a incurrir en conductas desesperadas constitutivas muchas veces de delitos.

Sin embargo, no resulta sencillo para un empresario denunciar su insolvencia. En la gran industria el “empresario” es habitualmente un empleado de la firma contratado por sus accionistas o socios por su profesionalismo. Para este funcionario la apertura no tiene los efectos que para el empresario de la pequeña o mediana industria. En éstas, el empresario es el accionista o socio y en la empresa tiene puesta su vida, su capital, su fuente de ingresos y su orgullo de pertenencia social. La insolvencia amenaza seriamente esos valores. Agreguemos que, a nivel mundial, se da una coincidente estadística en orden a que, de cada 10 casos de insolvencia, nueve terminan en liquidación y una en reorganización. No queremos decir con eso que en 9 casos se extinga la empresa, pues muchas veces la liquidación es justamente la forma de salvar la empresa vía venta de ella como una empresa en marcha a quienes tienen mejores condiciones administrativas, financieras o técnicas que el deudor, pero siempre en éstas el “empresario” queda en la misma triste condición.

Entre las fuentes de disuasión están, en primer lugar, el estigma social: la insolvencia tiene cierto sabor a fracaso y además a fraude que constituye un estigma social nada fácil de sobrellevar. Se dice que en los Estados Unidos no es así, por la experiencia que importa haber pasado por una situación como esa. Pero eso no es así, pues basta leer lo mucho que a Trump le refregaron sus quiebras en su historial empresarial y ver la atención que la profesora de Harvard -hoy precandidata

presidencial- Elizabeth Warren- presta en su clásico texto al fenómeno del estigma de la bancarrota para darse cuenta de que es un fenómeno universal; tal vez más arraigado en la tradición latina, pero ciertamente presente también en la escuela germana y en la anglosajona.

Un segundo factor disuasivo es la amenaza penal. Si bien la tendencia mundial ha ido hacia la despenalización del derecho concursal, a la que Chile se sumó en su última Ley 20.720 del año 2013, aún la apertura del concurso sigue jugando un rol en muchos países, como condición objetiva de punibilidad de ciertos ilícitos muy comunes en personas insolventes. Los delitos concursales no son ni hayan sido el causar la insolvencia, sino que conductas que requieren como escenario la insolvencia actual o potencial del deudor. Alejarse del concurso tiene, por tanto, el atractivo de que se evita la persecución criminal.

Un tercer factor disuasivo es que para la mayoría de los empresarios su empresa es su fuente de trabajo e ingresos. Denunciar la insolvencia es pues una seria amenaza a la sobrevivencia del deudor; una visión para nada poco objetiva de la miseria a lontananza. Por eso los empresarios se aferran a su empresa con desesperación e incurren en lo que nuestra antigua ley denominaba operaciones ruinosas para hacerse de fondos y, así, postergar la quiebra.

Un cuarto factor es la pérdida de crédito del accionista o socio de la empresa deudora. El sistema financiero, facilitado por el desarrollo informático, lleva una actualizada información sobre quienes han sido partícipes de procesos de insolvencia, concursada o no, y a esas personas no les otorgan crédito, entre otras razones por la clasificación de riesgo. Con la nueva Ley se pensó que la limpieza de los sistemas de información pública de morosidad de las personas se iba a dar un impulso a que ellas reemprendieran. Pero, como era esperable, si bien muchos deudores quedan “limpios” de morosidades, el sistema financiero los mantiene en una lista negra. Así, los empresarios no sólo pierden su fuente de ingreso, sino también su crédito para partir de nuevo.

Por último, tal vez embriagado por el mismo pánico que representan los factores anteriores, es habitual en los insolventes esperar milagros. Yo lo denomino síndrome de negación; otros, espejismo de recuperación: el deudor cree que ocurrirá un advenimiento altamente improbable que lo sacará del abismo: la venta de una propiedad a precios imposibles; un socio que comparta su optimismo; un comprador, etc...

## **II.- CHILE: Antiguo Régimen y Nuevo Régimen.**

Bajo el derogado régimen concursal, conservado desde el Código de Comercio de 1865, la Ley 4558 de 1929 y la Ley 18.175 y sus reformas, especialmente la 20.073 de 2005, existía la obligación para el deudor de manifestar su insolvencia sea mediante la solicitud de propia quiebra, sea formulando proposiciones de convenio preventivo judicial, todo dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde que cesare en el pago de una obligación mercantil.

El estímulo para hacerlo era que daba derecho al deudor a alimentos -pago con beneficio de competencia-, pero sólo si era persona natural. La sanción por no hacerlo era constitutiva de delito, erradamente denominado en la ley delito de quiebra culpable, pero en los hechos una figura dolosa que requería de conocimiento y voluntad de realización de la conducta omisiva.

Bajo el nuevo régimen, el estímulo y la sanción desaparecieron. Hoy una persona no tiene sanción penal ni civil por inicio tardío del procedimiento concursal. Esto se inscribe dentro de un régimen que apuntaba a facilitar la pronta apertura que, es efectivo, muchas veces se postergaba precisamente porque el deudor ya había dejado pasar los plazos legales.

Tambien se eliminó como delito el pago rompiendo con las reglas de la prelación de créditos o el pago anticipado. La sanción penal a estas conductas también era un estímulo para la pronta apertura, a fin de no generar concursos reales de delitos.

Hoy, después de la Ley 20.720 vigente desde octubre del año 2014, el estímulo viene por otro lado para las sociedades.

Por el lado de los procedimientos concursales de liquidación, En efecto, como excepción muy aislada en el derecho comparado, en Chile la clausura de un procedimiento concursal de liquidación mediante la resolución de término (art.254) comporta la extinción, para todos los efectos legales dice la ley, de los saldos no cubiertos por el procedimiento. Este efecto no tiene mucho interés para la sociedad, pero si para los garantes de obligaciones de la sociedad: esto es, avales, fiadores, terceros poseedores de bienes hipotecados o prendados. Esto ha generado la, un tanto cómica, situación de que los acreedores ralentizan los procesos para alcanzar a ejecutar sus garantías y el deudor y el liquidador lo apuran. Sin embargo, la jurisprudencia, si bien es prematuro darle aún el carácter de pacífica y uniforme, ha ido en la línea de restringir esa expresión a sólo el deudor y no a las garantías exógenas otorgada por terceros.

Creemos que en esto el nuevo régimen ha favorecido la apertura oportuna, pues los casos han aumentado.

Pero hay que tener cuidado con el efecto que eso ha tenido en la valoración de las garantías y el costo del crédito.

Hay que ver además cuántos casos obedecen a intentos por zafar las garantías más que como gesto de responsabilidad empresarial.

Además, en los casos en que las empresas deudoras no tienen garantes terceros, este estímulo indeseado de la ley desaparece y, sin los alicientes antiguos, menos interés tiene el empresario en manifestar su estado de cesación de pagos.

En todo caso, las razones de disuasión para manifestar judicialmente la insolvencia siguen siendo muy poderosas.

Por el lado de los procedimientos concursales de reorganización, el estímulo para iniciarlos viene del efecto de la Resolución de Reorganización que confiere al deudor un paraguas protector hasta la junta de acreedores llamada a deliberar y votar la propuesta del deudor, que la ley denomina "protección financiera concursal"- que de financiera no tiene nada y mucho de protección-. Bajo este nuevo esquema el deudor impide ser agredido por acciones ejecutivas singulares o universales por un plazo que puede llegar a extenderse hasta 90 días hábiles.

### **III.- Responsabilidad de los directores y gerentes de sociedades anónimas por manifestación judicial tardía de la insolvencia.**

Otro mecanismo que ha tenido gran desarrollo en el derecho comparado, ha ido en la línea de sancionar no ya a los socios o accionistas sino a los administradores de sociedad por la inoportuna manifestación de la iliquidez social. Este castigo no se formula desde la sede penal, sino que civil; y no apunta a una sanción por la tardanza, sino por los daños que se siguieron a dicha tardanza en la apertura.

### A) Derecho comparado.

En la doctrina anglosajona y la europea en general<sup>320</sup> se habla de un cambio de acento en la gestión desde el momento en que una sociedad es insolvente. Antes de la insolvencia, la gestión debe ir orientada hacia la maximización de los beneficios para la sociedad y sus accionistas. Después de la insolvencia, la gestión debe orientarse a beneficiar la sociedad como entidad obligada para con los acreedores. En otras palabras, sobrevinida la insolvencia, los directores administran para los acreedores. También se dan conflictos respecto de qué acreedores privilegiar. Un elemento esencial es que normalmente la insolvencia produce un fenómeno de aceleración de la pobreza del deudor, pues sus activos se deprecian en razón de que son valorados a precio de liquidación y sus pasivos se incrementan por multas, intereses, pérdidas de contratos, indemnizaciones por incumplimientos, etc. No es largo el espacio de tiempo entre que se declara la iliquidez y que el patrimonio del deudor pasa a ser en verdad negativo. Desde entonces, los administradores ya no administran para los accionistas, pues su valor en la compañía es cero, sino para los acreedores. Entonces es que cobra valor esa noción implícita que recorre también el actuar del liquidador concursal: la administración debe velar por el “interés general de los acreedores” (art. 21 Ley 20.720) y no por el interés particular de algunos acreedores. En otras palabras, la administración debe velar por detener en lo posible el proceso de empobrecimiento del patrimonio social inherente a la insolvencia y colocar en manos de los acreedores lo antes posible la administración superior de la sociedad, lo que debe hacer normalmente mediante la apelación a un proceso formal concursal, salvo que sea evidente que uno extrajudicial tendría mejores resultados en relación con el interés general de los acreedores. Importa asimismo el nivel de información que la sociedad otorgue a sus proveedores, porque ellos serán doblemente defraudados si otorgan crédito ya estando la sociedad en un proceso de descomposición.

Para terminar, sabemos que hoy la responsabilidad limitada es mirada con recelo y que las doctrinas del levantamiento del velo corporativo gozan de “popularidad”. Nosotros somos firmes partidarios de proteger la responsabilidad limitada de las sociedades anónimas –por los beneficios que ello trae a la inversión y a la creación de riqueza–, y en consecuencia de no hacer responsables a los accionistas de las deudas sociales, cualquiera sea su origen. Por la misma razón somos firmes partidarios de no violar el principio de la limitación por la vía de hacer civilmente responsables a los miembros del directorio de la sociedad por deudas de esta. En esto hay que ser muy restrictivos en la aplicación de los principios de la responsabilidad de los directores por las deudas sociales. La regla muy general es que no responden por ellas nunca. Sólo tienen responsabilidad por su gestión y esa responsabilidad está regida por la Ley de Sociedades Anónimas y no las leyes del derecho común.

En el derecho comparado las obligaciones o responsabilidades de los directores hacia los acreedores de la sociedad anónima tienen tratamientos muy diferenciados.

- i) En Francia la Ley del 13 de julio de 1967 y la del 25 de enero de 1985 (Loi de Redressement Judiciaire) han extendido la responsabilidad de la sociedad hacia sus acreedores y también a los directores. Por de pronto, el art. 28 de la Ley de Redressement Judiciaire prohíbe a los directores ceder las acciones, certificados d’inversement<sup>321</sup> o de derecho a voto en la sociedad que administran una vez abierto un

---

320 Fernando Marín de la Bárcena García Martín, “Concepto de Interés Social como fin de la Actividad Gestora en la Proximidad de la Insolvencia”, del texto Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales, pp. 268 y ss.

321 Estos certificados son una suerte de acciones privilegiadas sin derecho a voto, con solo los derechos económicos inherentes a la acción.

proceso de Redressement Judiciaire o declarada la Liquidation Judiciaire, sino en las condiciones que fije el tribunal, so pena de nulidad de dichas cesiones. Además, si en cualquiera de ambos procesos resulta que existe una insuficiencia de activo (una suerte de sobreseimiento temporal), el tribunal puede, acreditada que sea una falta de gestión y que esta tuvo incidencia en la insuficiencia de activo, decretar que las deudas de la sociedad sean soportadas, en todo o parte, con o sin solidaridad, por los directores (art. 180 Ley N° 25/01/1985) y si el director no cumple con su carga, el tribunal puede además decretar el Redressement Judiciaire o Liquidation Judiciaire del director. Asimismo, la ley faculta al tribunal del Redressement Judiciaire o de la Liquidation Judiciaire a iniciar desde luego alguno de ambos procesos concursales en contra del director “que ha dispuesto de los bienes sociales como si fueran propios o llevado en interés propio una explotación deficitaria que no podía sino conducir a la cesación de pagos de la sociedad”, caso en el cual el pasivo de esos concursos es el personal del director y el pasivo de la sociedad. Asimismo, puede el juez, facultativamente, decretar la quiebra (faillite personnelle) del director para además de concursarlo sujetarlo a una serie de inhabilidades que solo surgen de la quiebra personal, entre otras, la de ser director de sociedades anónimas. A lo anterior se suma la “action de comblement de passif” prevista en el art. L. 651-2 del Code de commerce que previene que “cuando la liquidación judicial de una persona moral demuestra una insuficiencia de activo, el tribunal puede, en el caso en que la falta de gestión haya contribuido a dicha insuficiencia de activo, decidir que el montante de dicha insuficiencia de activo será soportado, en todo o parte, por todos los dirigentes de derecho o de hecho o por algunos de ellos que hayan contribuido a la falta de gestión”. La reforma del año 2016 agregó a esta disposición, un nuevo inciso, que exime de esta responsabilidad, en caso de simple negligencia del dirigente de derecho o de hecho en la gestión de la sociedad. En este caso, esa responsabilidad a título de insuficiencia de activo no procede.

- ii) En el Derecho británico los arts. 172 (1) y 172 (3) de la Company Act 2006 establecen algunas obligaciones genéricas de los directores para con los acreedores. La primera fija la obligación de los directores de obrar en interés de la sociedad, pero con debida consideración a los trabajadores, proveedores y clientes de la sociedad, que son todos una especie de acreedores de la misma. La segunda citada disposición previene que el principio de obrar en interés de la sociedad es sin perjuicio de any enactment (Ley del Parlamento) o rule of law (precedente judicialmente establecido) que obligue a los directores a obrar en interés de los acreedores de la sociedad, disposición que se ha leído como un deber fiduciario de los directores para con los acreedores sociales en tanto principales interesados en la sociedad en el evento de insolvencia de la misma. Un ejemplo de normas legales que obligan al directorio a obrar en el interés de los acreedores es la denominada wrongful trading, regulada en el art. 214 de la Insolvency Act de 1986.<sup>322</sup> Pero en materia de case law a partir del caso Kinsela vs. Russell Kinsela

---

322 El wrongful trading está regulado en el art. 214 de la Insolvency Act de 1986 y en general se refiere a los actos que celebra la compañía autorizados por el director poco antes de iniciado un proceso de liquidación (winding-up), cuando él sabía o debía saber que no existía prospecto alguno razonable para creer que la empresa evitaría un proceso de liquidación. Bajo estas circunstancias la ley autoriza al liquidador de la sociedad a solicitar al juez que imponga al director responsable una responsabilidad personal directa para que haga un pago o aporte a los activos de la sociedad en los términos en que la justicia estime necesarios para cautelar los derechos de los acreedores valistas (unsecured creditors). La jurisprudencia ha señalado, con todo, que la continuidad infundada del giro hecha por el director requiere que ella haya sido en perjuicio de los acreedores, que no se aplica el art. 214 referido si la compañía no se perjudicó y menos aún si se

Pty Ltd. (1986) se fijó el principio de que mientras la sociedad es solvente, “el interés de la sociedad se identifica con el de los accionistas, pero que siendo insolvente la sociedad, el interés relevante es el de los acreedores” y por tanto, insolvente que sea la compañía, los accionistas no tienen facultad alguna de ratificar o aprobar actos de los directores, lo que no significa, sin embargo, que los acreedores tengan acción directa para con los directores, porque el fiduciary duty es con la sociedad (caso Yukong Line Ltd. of Korea vs. Rendsburg Investment Corp of Liberia 1998). Además, en el caso Re-Pantone 485 Ltd. del año 2002 se fijó además el principio de que el deber fiduciario hacia la compañía que se traslada desde los accionistas a los acreedores merced a la insolvencia no es a cada acreedor en particular, sino al interest of the general creditors (algo equivalente a nuestra expresión “el interés general de los acreedores”).

- iii) En los Estados Unidos, por regla general, se sostiene que la prioridad en los cuidados del directorio es siempre la de los accionistas antes que los acreedores, salvo que se formalice una solicitud de reorganización bajo de Capítulo XI del Código de Quiebras federal (Chapter Eleven del Bankruptcy Code de 1978). Sin embargo, en el caso Geyer vs. Ingersoll Publications Corp se sentó el principio de que los directores pasan a tener también fiduciary duties para con los acreedores si la corporación se encuentra “de hecho” insolvente, aunque no sujeta aún a algún proceso concursal formal; entendiéndose por insolvencia “de hecho” cuando el valor de los activos de la corporación cae bajo el monto de sus deudas. Este principio fue profundizado en el caso Credit Lyonnais Bank Nederland N. V. vs. Pathe Communications Corp (Delaw, 1991) en el sentido de que dicho deber emerge no solo en insolvencia actual, sino también en el caso de insolvencia potencial (in the vicinity of insolvency), por lo que el directorio tiene obligaciones fiduciarias para con los acreedores y esa obligación se traduce esencialmente en maximizar la capacidad de la corporación de crear riqueza en el largo plazo. Esto significa que en los Estados Unidos esencialmente los acreedores tienen acción derivativa (derivative action) directa en contra de los directores por la responsabilidad en que incurran después de estar actual o potencialmente en insolvencia. También se ha resuelto –Francis vs. United Jersey Bank– que en el caso de ciertos tipos de corporations –v. gr., bancos– el directorio tiene fiduciary duties para con los acreedores aun siendo solvente la empresa.
- iv) En España existen dos regímenes legales que atacan este problema. La Ley de Sociedades Anónimas (arts. 260 y 262) obliga al Consejo de Administración a solicitar desde luego la disolución de la sociedad si las pérdidas de la misma disminuyen su patrimonio contable a menos de un 50% del capital social, salvo que dentro de un plazo determinado se restablezca este capital. Si los directores no cumplen con esta obligación, se puede extender la responsabilidad civil de la sociedad anónima para con sus acreedores a los directores de aquella. Pero, además, conforme a la Ley Concursal del año 2003, la sociedad está obligada a acudir a la justicia solicitando un proceso concursal “dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia”. Si no lo hacen y posteriormente la empresa se abre a una liquidación y se califica el concurso de culpable, los administradores pueden ser obligados a pagar las deudas sociales en todo o parte, según lo que perciban los acreedores en la liquidación (arts. 165 y 173 de la Ley de Concursos N° 22/2003). Luego, la reforma del año 2011

---

benefició. En el fondo esta acción del art. 214 de la Insolvency Act está previniendo que los directores sean oportunos en recurrir al sistema concursal cuando una empresa no es viable.

agregó que desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley (Artículo 48 ter Ley Concursal del 2003).

#### **B) Sanción por la manifestación tardía de la insolvencia de las sociedades en Chile.**

En Chile no existe una norma general sobre la responsabilidad de los directores y gerentes de sociedades anónimas atingentes a la insolvencia de la sociedad. Penalmente los tipos significativos son muy restringidos a detrimento doloso del patrimonio y ocultación de bienes.

Civilmente, si, como es lo habitual, hablamos de entidades con personalidad jurídica y con limitación de responsabilidad, la regla es que los socios ni los accionistas responden por la insolvencia de la sociedad. Por regla general tampoco son responsables los administradores, salvo por la acción civil que emana de los delitos concursales, acción civil que no se equipara al crédito del acreedor, sino al daño resultante de la comisión de algún delito de esa naturaleza.

Sólo en la Ley 18.046 Sobre Sociedades Anónimas (LSA) encontramos que la ley le reconoce a terceros, distintos de los accionistas y de la sociedad, una acción civil de perjuicios, de la que responden solidariamente los directores de la sociedad y su gerente, que podría prestarse para elaborar una doctrina que asiste que los directores y gerentes de las sociedades anónimas tienen el deber fiduciario para con los acreedores del deudor, de manifestar la insolvencia de la sociedad tempranamente y de indemnizar a los acreedores anteriores o posteriores al advenimiento de dicha crisis por los daños y perjuicios resultantes de dicha desidia o tardanza. Los arts.41, 45 y 133 de la LSA dejan sentado expresamente que terceros distintos de los accionistas pueden demandar la responsabilidad de los directores y si la tardanza es un gesto de negligencia- que lo es-, nada impediría que fueran sujeto pasivo de una acción por responsabilidad civil aquiliana. Sin embargo, no tenemos noticia de caso alguno en que se haya ventilado y resuelto este asunto por nuestros tribunales superiores de justicia.

*Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal**Mariano Möller*

Agradezco al Comité Organizador del Presente Congreso, y de forma especial al Presidente del Capítulo Chileno Dr. Juan Luis Goldenberg y al Presidente del IIDC Dr. Germán Monroy Alarcón por la invitación a conformar este panel y discurrir entre amigos sobre las “Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal”, y a la atinada propuesta del coordinador del Panel, el querido Dr. Efraín Hugo Richard, de “mirar con amplitud el sistema jurídico para afrontar la crisis, no limitándonos al proceso concursal”.

Y con la intención de guardar relación con la temática planteada, para analizarla a la luz del derecho en otras latitudes; me propongo compartir, algunos aspectos concretos de la legislación mexicana en torno al tema de este panel.

a.- Respecto a la posibilidad de concursarse preventivamente en México; podría señalar que, en México, desde el año 2007, es posible concursarse preventivamente, es decir, de forma previa a que se suceda el presupuesto objetivo, marcado en ley, para acceder al concurso mercantil (90 días antes). El presupuesto objetivo exige acreditar el incumplimiento de pago a dos o más acreedores y uno o dos de los siguientes aspectos (dependiendo si es por solicitud o demanda): a) que el 35% del total de las obligaciones tengan 30 días o más de vencidas, y b) que se encuentre sin liquidez para hacer frente, a por lo menos, el 80% de las obligaciones vencidas.

De igual forma, desde el año 2014, es posible acceder al concurso mercantil con Plan de Reestructura Previo; requiere la solicitud conjunta del concursado y de la mayoría simple de sus acreedores. Requiere que el concursado manifieste bajo protesta de decir verdad que se encuentra dentro de alguno de los supuestos que exige la ley o que ello será inminente; y exige que la solicitud se acompañe de la propuesta de reestructura de sus pasivos.

b.- Respecto a los deberes fiduciarios de los administradores y de los socios del grupo de control; puedo señalar que, en la legislación mexicana, el actuar de los administradores, sus parientes y partes relacionadas, este sujeto a un detallado escrutinio por parte de la Ley de Concursos Mercantiles; ello, tanto de forma previa al concurso mercantil (periodo de retroacción) como durante la tramitación del mismo. Además de que desde el 2014, el voto de los acreedores subordinados (parientes, partes relacionadas y quien así hubiere consentido en ser considerado) no se toma en cuenta en la votación del convenio concursal (si los acreedores subordinados representan un 25% o más de los pasivos); y, adicionalmente, tratándose de comerciantes personas físicas se presume que el patrimonio adquirido por su cónyuge, durante los dos años previos al concurso, pertenecen al comerciante.

c.- En relación a la conservación de la empresa, al margen de la conservación de la sociedad que la conformó, es pertinente señalar que La Ley de Concursos Mercantiles sí contempla la posibilidad de la sobrevivencia de la empresa sobre el de la sociedad; al permitirse al Síndico la venta de la empresa como Unidad de Negocio, subsistiendo la persona física o jurídica que la conformó, pero ya sin los activos que fueron vendido a razón de la insolvencia.

d.- De igual forma, respecto la posibilidad de trasladar el riesgo y las pérdidas de los socios a los acreedores; resulta relevante manifestarles que, en vista de que existe la posibilidad de capitalizar deuda de la empresa insolvente, también es posible trasladar el riesgo de la “empresa” a los antes acreedores y posteriormente “accionistas” de la sociedad. La capitalización en comento puede acontecer de forma previa al concurso mercantil, vía corporativa mediante los convenios o contratos correspondientes; y, ya en la etapa concursal mediante el mismo pacto, pero a través de la firma del Convenio Concursal y concretando posteriormente los actos corporativos correspondientes; es importante resaltar que en situación de concurso sólo se puede capitalizar deuda de los acreedores que efectivamente firmen el convenio concursal, ya que no se puede imponer esta condición a los no firmantes del mismo.

Situación que no aplica con las quitas y esperas que se lleguen a pactar en el convenio concursal, ya que dichas quitas y esperas, una vez declarado eficaz el convenio, aplicarán a todos los acreedores comunes, independientemente de que hubieren firmado el convenio o no.

Se nos ha pedido “Mirar con Amplitud el sistema jurídico para afrontar las crisis, no limitáne al proceso concursal”; y en lo personal lo considero fundamental, ya desde nuestro Congreso en Franca, Brasil, en 2011, el tema atisbado por un Servidor lo denominé “Prevención de la crisis empresaria en el derecho concursal” y, en esencia discurría sobre la implementación del Gobierno Corporativo como una herramienta que apoyaría a dicho objetivo.

La inquietud, largamente incubada, referente a que el procedimiento de insolvencia no debe ser una única herramienta para sortear la insolvencia o disminuir sus efectos, ha venido rindiendo sus frutos; existen diferentes ideas o planteamientos para lograrlo; pero lo relevante es que existe una fuerte tendencia para alcanzar dicha finalidad.

Una muestra palpable de ello lo constituye la Directiva de la Unión Europea sobre las reestructuraciones denominada: “Aumento de la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración” emitida por el Parlamento Europeo, en marzo del 2019. El Dr. Luis Manuel Méjan, en el artículo denominado “Un paso antes de la insolvencia” discurre sobre el tema y analiza el contenido de dicha directiva, que en esencia insta a los países miembros a: i) la construcción de un marco normativo para las reestructuras; ii) El reestablecimiento del “Fresh Start”, con claros y precisos supuestos de aplicación; y, iii) La aplicación de “medidas” para aumentar la eficacia del procedimiento concursal. Y es precisamente éste último concepto el que nos ocupa en éste panel.

Ahora bien, en cuanto a regulaciones mexicanas diversas, que pudieran establecer incentivos, obligaciones o herramientas al comerciante para evitar su insolvencia o minimizar los efectos negativos de la misma; podemos contemplar lo siguiente:

**1.- La Ley de Concursos Mercantiles;** vigente en México desde el año 2000; contempla sanciones para comportamientos reprochables de los administradores o el grupo de control; mismas que dicha legislación detalla en 8 artículos de su Onceavo Título denominado “Aspectos Penales del Concurso Mercantil”, contemplando prisión para acciones dolosas cometidas por los administradores, esencialmente en os siguientes supuestos: que causen o agraven la cesación de pagos, que alteren las cuentas activas o pasivas, o cuando no exhiban la contabilidad a que estan obligados; para los acreedores también contempla sanciones, cuando soliciten el reconcimiento de créditos inexistentes.

De igual forma, la Ley de Concursos Mercantiles señala que, cuando el comerciante sea una persona jurídica, la responsabilidad penal recaerá sobre los miembros del consejo de

administración, los administradores, directores, gerentes o liquidadores, de la misma, que hubieren sido autores o partícipes del delito.<sup>323</sup>

**2.- La Ley General de Sociedades Mercantiles<sup>324</sup>**, de forma entreverada, establece los siguientes conceptos:

a) Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros.

b) Las Sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación.

c) El nuevo socio de una sociedad ya constituida responde de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión; así como el socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con los terceros, de todas las operaciones pendientes al momento de la separación o exclusión.

d) Si hubiere pérdida del capital social, éste deberá ser reintegrado o reducido antes de hacerse repartición o asignación de utilidades. Y deberá conformarse un fondo de reserva, que apoye, entre otras cosas, cualquier caso de infra capitalización.

e) Los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad: I.- De la realidad de las aportaciones hechas por los socios; II.- Del cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas; III.- De la existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley; IV.- Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las Asambleas de Accionistas.

f) Son facultades y obligaciones de los comisarios vigilar la gestión, conducción y ejecución de los negocios de la sociedad

**3.- El Código de Comercio<sup>325</sup>**, en algunos de sus artículos, establece los siguientes conceptos:

a) Que los comerciantes deben realizar su actividad de acuerdo con los “usos honestos” en materia industrial o comercial.

b) Que todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados a: i) inscribirse en el Registro Público de Comercio, ii) mantener un sistema de contabilidad, iii) A conservar su correspondencia, su contabilidad y demás documentos y registros por un lapso mínimo de diez años.

c) Establece como medidas precautorias para evitar la evasión del deudor o la dilapidación de sus bienes, el arraigo y la retención de bienes.

d) Los comerciantes deben mantener solvencia suficiente para responder a sus acreedores, so pena de que el acreedor le demande el concurso mercantil.

**4.- La “Guía de Gobierno Corporativo” elaborada por la Bolsa Mexicana de Valores;** que únicamente es de observancia obligatoria para todas las empresas que cotizan en Bolsa; establece los principios básicos del Gobierno Corporativo y su evaluación, la implementación de diversos

---

323 Ley de Concursos Mercantiles, visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> Consultada el 2 de octubre del 2019 a las 13:00 horas.

324 Ley General de Sociedades Mercantiles, visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> Consultada el 2 de octubre del 2019 a las 16:15 horas.

325 Código de Comercio, visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> Consultada el 2 de octubre del 2019 a las 12:00 horas.

comités (auditoría, finanzas, prácticas societarias y riesgos), la elaboración de un plan de sucesión, de un protocolo de familia y el seguimiento de mejores prácticas corporativas. Y señala: "...son todas aquellas acciones directivas que sigue una organización, a fin de lograr confianza, transparencia y reputación."<sup>326</sup>

**5.- El "código de mejores prácticas corporativas" del Consejo Coordinador Empresarial (2010)**, que no es vinculante, pero constituye una guía para la implementación de un correcto Gobierno Corporativo para las empresas, retomando temas como la correcta implementación y funcionamiento de la asamblea de accionistas, del consejo de administración, de las funciones de auditoría, de la función de evaluación y compensación y de la función de finanzas y planeación. Y se señala: "...La competitividad de las empresas es un elemento básico para la conservación de la inversión de los accionistas, de las fuentes de empleo y del trabajo de los terceros interesados, por lo que se requieren herramientas modernas para hacer frente a los retos que cotidianamente enfrentan los empresarios."<sup>327</sup>

---

326 Documento elaborado por la Bolsa Mexicana de Valores, S.A.B. de C.V., visible en: [https://www.bmv.com.mx/work/models/Grupo\\_BMV/Resource/882/1/images/guia\\_gobierno\\_corporativo.pdf](https://www.bmv.com.mx/work/models/Grupo_BMV/Resource/882/1/images/guia_gobierno_corporativo.pdf) Consultado el 3 de octubre del 2019 a las 19:45 horas.

327 Documento elaborado por el Consejo Coordinador Empresarial, visible en: [https://www.bmv.com.mx/work/models/Grupo\\_BMV/Resource/882/1/images/Codigo\\_de\\_mejores\\_practicas\\_corporativas\\_cce\\_2010.pdf](https://www.bmv.com.mx/work/models/Grupo_BMV/Resource/882/1/images/Codigo_de_mejores_practicas_corporativas_cce_2010.pdf) Consultado el 30 de septiembre del 2019 a las 18:30 horas.

***Relaciones entre el derecho societario y el derecho concursal en el Uruguay***  
**Israel CREIMER**

**I) Introducción.**

He leído con gran interés la conferencia dictada por el eminente jurista alemán Karsten Schmidt “El Derecho societario y la intromisión del derecho concursal, el caso alemán”<sup>328</sup>. Se trata de un enfoque muy alemán que nos muestra como se resuelven algunos problemas que, entre nosotros, no son los que más urgen.

Los autores uruguayos que comentan la ley concursal uruguaya Nº 18.387 del año 2008 ya han señalado esta cuestión<sup>329</sup>. Pero se refieren básicamente a la adición de responsabilidad que hace la ley concursal cuando juzga la conducta de los administradores de las sociedades. Esa es la gran diferencia.

Respecto de éste tema, presenté una investigación con la Dra. Teresita Rodríguez Mascardi (ex Juez de Concursos) un trabajo para el último Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal celebrado en Málaga (2018)<sup>330</sup>. En esta investigación se empieza por señalar la dificultad que el tema supone en todos lados<sup>331</sup>. Trasladamos gran parte del trabajo conjunto adaptado a la actual intervención.

**II) La Ley societaria Nº 16.060 de 1989.**

La ley societaria uruguaya se inspiró en la Ley argentina Nº 19.550. Pero, conociendo las críticas que la doctrina había realizado sobre la misma, se cuidó de no incluir alguna norma que había sido muy criticada, por ejemplo, el famoso art. 30, y el voto acumulativo, por citar un par de ellas.

Conozco bastante de cerca, las pesquisas de mi maestro, el Prof. José Ferro Astray, que analizó la ley argentina –que conocía muy bien- y también se asesoró con relevantes figuras de la excelente doctrina argentina. Recuerdo nítidamente una reunión con el querido Prof. Julio Otaegui a la que tuve el placer de asistir personalmente.

No hay, en el tema de responsabilidad de los directores mayores diferencias en la ley uruguaya respecto de la ley argentina, salvo que ahora por efecto del Código Civil y Comercial la responsabilidad de los directores no es más solidaria sino mancomunada.

Los administradores deben actuar como un buen hombre de negocios (art. 83) y en sede de Sociedades Anónimas, son responsables solidarios por cualquier violación de la ley o el estatuto (art. 391).

---

328 Me la hizo llegar gentilmente el Prof. Héctor Osvaldo Chomer quien me invitó a referirme a este tema.

329 López Rodríguez, Carlos “Ley de declaración judicial de concurso y reorganización empresarial” T.II. LA LEY. Pág.334 y ss.

330 Rodríguez Mascardi, Teresita –Creimer, Israel “Deberes del administrador societario y responsabilidad en los supuestos de insolvencia de la sociedad” (inédito)

331 Pacileo, Francesco (Prof. de la Sapienza en Roma) “Difficile posizione” “Le mobili frontiere fra diritto societario e diritto concorsuale nei finanziamenti “anomali” dei soci”. Publicado en “Il nuovo diritto della società” (Rev. Electrónica del año 2018, Pág.307 y ss.

El mal desempeño o el abuso es una zona algo gris que debe ser apreciada por el juez. La jurisprudencia ha sido severa en la apreciación de la prueba para condenar al director. Debe verse en cada caso y se insiste que no se responde por “toda falta”, que se debe acreditar una “malicia grave”. Los jueces son conscientes que el empresario para ser exitoso debe tomar riesgos y sostiene que, para juzgarlos, hay que tener en cuenta el momento en que se toma la decisión. No juzgar “con el diario del lunes”<sup>332</sup>.

Es frecuente, tanto en jurisprudencia como en doctrina, que se consulte a los eminentes tratadistas argentinos. Es que, por su dimensión, todo ya ha pasado en la república hermana.

### III) Responsabilidad en caso de Concurso según la Ley Concursal vigente N° 18.387.

Aquí la responsabilidad se agrava e incluso –para algún autor- hay casos de responsabilidad objetiva.

Es que en Uruguay se siguió el camino de la ley española y la francesa. En cambio, en la Argentina tenemos un sistema similar al italiano.

He luchado –no sin ciertas vacilaciones- en varios frentes para que se elimine la calificación del concurso que tiene claros antecedentes en “decoctor ergo fraudator”. Pero no he tenido éxito.

Propuse la eliminación del capítulo en sede de la comisión revisora del proyecto de la ley y se aceptó. Pero luego, volvió a reaparecer en el Proyecto sancionado.

Critiqué, la inclusión, con trabajos de doctrina, pero estoy bastante solo. Últimamente he tratado de suavizar, al menos, el régimen vigente que tiene efectos muy graves.

Es que, como siempre que puede recomendar Richard, si se aplica bien el derecho societario, no hay porqué –en muchos casos- acudir al concurso. Ahora si el deudor entra en un proceso concursal, no se debe presumir que sea un grave infractor. Hay que analizar las circunstancias. Esto no es óbice de que cuando haya dolo, se le incrimine penalmente. Esa es la posición que he sustentado. Hay que sacar la función sancionatoria del concurso, al menos en principio.

El Prof. Richard lo escribió y dijo muchas veces. Transcribo textualmente una de sus ponencias : “Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, la doctrina española –Emilio Beltrán en 1991- calificó la solución como preconcursal, sosteniendo que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce –sustancialmente ello no ha cambiado pese a las posibilidades de concursarlas-. La solución con matices especiales no es muy diferente en nuestro país”<sup>333</sup>.

Debe reconocerse, sin embargo, que no hay rigor en la aplicación de la norma societaria y que, incluso el propio concurso se pide tarde en todos los lugares del mundo, salvo excepciones.

Está entonces vigente en el Uruguay el llamado “Incidente de Calificación” (arts. 192 y ss.) de la

---

332 Creimer, Israel “Límites de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas” F.C.U. Obra colectiva Año 2006. Pág. 203 y ss.

333 Richard, Efraín Hugo – Veiga, Juan Carlos “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de las sociedades” Ponencia presentada en VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal. VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Tucumán (R.A) Set. 2012.

ley.

En los casos en que: a) el concurso es voluntario y b) que el convenio aprobado permite la satisfacción íntegra de los créditos concursales en un plazo no superior a dos años no hay calificación. Tampoco se tramita el incidente en caso de liquidación (cuando no hay convenio) y resulta que el activo del deudor es suficiente para satisfacer su pasivo (art. 196). Muy dura la ley, por cierto. Es muy difícil que, en la práctica, en la mayoría de los casos esto suceda.

La ley establece, que hay una presunción relativa de culpabilidad (por tanto, admite prueba en contrario) en los siguientes casos: 1) cuando incumplió el deber de solicitar el concurso; 2) cuando incumplió con el deber de colaboración con los órganos concursales; y 3) cuando no preparó en tiempo y forma los estados contables anuales.

Pero lo peor es que hay presunciones absolutas de responsabilidad donde obviamente, no habría chance de prueba en contrario, en los siguientes casos: 1) el caso de alzamiento; 2) cuando en los años anteriores a la declaración de concurso hubiere incurrido en infracapitalización o infrapatrimonialización; 3) cuando antes del concurso salieron indebidamente de su patrimonio bienes o derechos; 4) cuando no hubiera llevado contabilidad; y 5) cuando comete falsedad en los documentos que presenta para concursarse.

Esto podría ser responsabilidad objetiva, sin perjuicio de que hay una norma general que establece que el concurso se calificará como culpable cuando, en la producción o en la agravación de la insolvencia, hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o de sus liquidadores de derecho o de hecho<sup>334</sup>.

He criticado, más de una vez, esta norma.

Es muy difícil determinar el momento de decisión, el “timing” para pedir concurso. Incluso se ha sostenido que debería accederse a modelos matemáticos que determinen, lo más precisamente posible, el momento de la presentación. Ahora si el empresario se equivoca y resulta que los bienes de la masa activa no alcanzan, será culpable siempre. La infracapitalización o infrapatrimonialización no es fácil de determinar<sup>335</sup>.

La llevanza de libros es también un tema complejo para pequeñas empresas. En el Uruguay el 97% de las empresas son pequeñas o medianas y no todas tienen, por diversos motivos, su contabilidad al día. Si esto no le causa daño al acreedor no debería –en mi opinión– ser sancionado tan severamente.

Lo mismo puede observarse para otras hipótesis.

Las sanciones, que se extienden a los cómplices, son diversas. El Juez puede inhabilitar al deudor o los administradores de derecho y de hecho para administrar bienes ajenos y aún propios y para representar a terceros, ¡por un plazo de hasta 20 años! Muerte civil en los tiempos que corren.

Además, pueden ser condenados a cubrir todo o parte del déficit patrimonial de la deudora.

He dicho alguna vez que si la sociedad da dividendos: todos, acreedores y socios, contentos. Pero, si hay problemas, puede que los directores sean responsables. Dicho así no es justo. Tal como

---

334 López Rodríguez, Carlos E. “Responsabilidad concursal de los Administradores Societarios. Administraciones de hecho y déficit concursal”. Llega a la buena conclusión de que no son en realidad presunciones absolutas, sino que son hipótesis a las cuales hay que sumar la prueba del dolo o la culpa grave del deudor.

335 Creimer, Israel “Cuando el deudor debe solicitar concurso”. Publicado en Anuario español de Derecho Concursal Nº 30. 2013 Pág. 295 y ss.

lo señalé anteriormente en un trabajo antes citado y que fue publicado, incluso antes que se sancionara la ley de concursos de 2008.

En todo caso deben darse todos los elementos que configuren responsabilidad, según los principios generales del Derecho. Esa es mi posición.

#### **IV) Otras intromisiones.**

Siguiendo la terminología de Karsten Schmidt analizaré otras intromisiones del derecho concursal en el societario.

La Ley Concursal al fijar los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, está reglamentando el funcionamiento de las sociedades comerciales (arts. 44 y ss.) Básicamente nos remitiremos a lo que dice el texto legal.

La pretensión del legislador de la Ley Concursal es la preservación de la empresa y, por tanto, aún declarado el concurso no implica, en principio, el cese o la clausura de la actividad del deudor.

Usando la terminología española los “administradores concursales” no son siempre los mismos.

Si el concurso es “necesario” se suspende la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso nombrándose un síndico.

Si el concurso es voluntario existe la misma inhibición, salvo que el activo sea superior al pasivo según los estados contables que presente el propio deudor. En este caso, en vez de un síndico se designa un interventor que coadministra con la concursada.

Cuando se suspende la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (en nuestro caso la sociedad concursada) son ineficaces frente a la masa los actos de administración y disposición que realice el deudor respecto de los bienes o derechos que integran la masa activa. La legitimación sólo la tiene el síndico, y este sustituye a la deudora en todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en que sea parte. Los pagos hechos al deudor no tienen efecto liberatorio.

Si sólo se limita la legitimación del deudor, la deudora requiere autorización del interventor para contraer, modificar o extinguir obligaciones, u otorgar poderes. Se exceptúa en este caso las “operaciones ordinarias del giro del deudor”, lo que es fundamental para un normal funcionamiento de la empresa.

¿Qué pasa con los órganos de la persona jurídica deudora en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa? El síndico es quien ejercerá las facultades conferidas por la ley y el estatuto a los administradores o liquidadores, que pierden el derecho a percibir cualquier retribución. No habrá más asambleas de socios o accionistas. Si tomasen resolución, sólo valdrán si son ratificadas por el síndico. Se suspende, asimismo el órgano de control interno.

Pero si sólo se limita la legitimación para disponer y obligar a la masa, los órganos de la persona jurídica se mantienen en funcionamiento, con limitaciones. La convocatoria de cualquier reunión, asamblea de socios o accionistas por parte de administradores o liquidadores, requerirá la autorización del interventor. En este caso, el interventor tiene la facultad de suspender el órgano de control interno, pidiéndolo al juez en forma fundada.

Está previsto que, ya sea en caso de suspensión o limitación de la legitimación de la deudora, los acreedores quirografarios que representen por lo menos la mayoría del pasivo quirografario,

pueden nombrar un administrador del patrimonio o del giro del deudor. Este administrador sustituye al síndico o al deudor en la función de conservación o administración y del giro de la deudora. Pero esto no significa que sustituya al administrador concursal en las funciones técnicas que le son propias, tales como la verificación de créditos, o valuación de la masa activa y otros<sup>336</sup>.

Las acciones contra los socios corresponden exclusivamente al síndico o interventor ya sea la promoción de la acción contra los socios personalmente responsables por las obligaciones sociales anteriores a la declaración del concurso (excepto las obligaciones laborales y tributarias).

Ejercitará la acción para obtener el pago de aportaciones comprometidas, así como el cumplimiento de las prestaciones accesorias. Esto se puede hacer aún cuando no estuviera vencido el plazo para el cumplimiento de esta obligación.

También para ejercer la acción social de responsabilidad contra administradores, integrantes del órgano de control interno y liquidadores, sin previa conformidad con asamblea de socios o accionistas.

### **Conclusión.**

Como se advierte existen diversos puntos de contacto entre la ley societaria y la ley concursal.

Esta última invadió la normativa societaria cuando la sociedad se concursa.

---

336 Olivera García, Ricardo "Designación del administrador concursal por los acreedores" Publicado en "Semana Académica" 2012. F.C.U. Montevideo. Pág. 533 y ss.

***Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal. Estructuras organizativas adecuadas, instrumentos de resolución temprana de la crisis y deberes de los administradores***  
**Daniele VATTERMOLI**

En el ámbito del derecho de la crisis muchos sistemas jurídicos y, entre ellos, el italiano, se están modelando poco a poco según dos líneas fundamentales: la línea de la anticipación progresiva, desde el punto de vista temporal, de lo que puede definirse como el "umbral de atención" para los acontecimientos de crisis; y la línea de la creciente importancia de los instrumentos de planificación, en función de la prevención o de la solución de la crisis.

Prueba clara de esta última línea son las disposiciones, introducidas por el decreto legislativo 12 de enero de 2019, n. 14 (nuevo Código de la crisis de las empresas y de la insolvencia, cuya entrada en vigor se fija para el 15 de agosto de 2020, salvo algunas disposiciones que ya han entrado en vigor), que rediseñan los deberes del deudor, en particular, del deudor-sociedad, que ahora tiene que "confeccionar" estructuras o mecanismos -de carácter organizativo, administrativo o contable- que sean capaces, por una parte, de sacar a la luz rápidamente la situación de crisis y, por otra, de identificar y activar rápidamente el instrumento de resolución de crisis más adecuado.

En el sistema renovado de prevención y solución de la crisis de la empresa societaria, desempeña un papel fundamental el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil - introducido por el Art. 375 del Código de la Crisis (y ya en vigor) - bajo el cual: "El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad". Deber reiterado en el artículo 3, apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: "El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas".

Por lo tanto, a la luz de estas normas parece ser que el deudor tiene un verdadero "deber de reestructurarse".

En lo que se refiere específicamente a los deberes de los administradores, no puede decirse que el sistema sea totalmente nuevo.

De hecho, para los administradores de la sociedad anónima, estas obligaciones ya pueden deducirse hoy de las disposiciones combinadas de los artículos 2.392, 2.381, apartados 3 y 5, y 2.403, apartado 1, del Código Civil italiano (así como el artículo 149 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores, para las sociedades cotizadas).

Es una opinión compartida, además, que el principio de la correcta administración de la empresa se especifica, por una parte, en el deber de adoptar procedimientos internos para la prevención y gestión del riesgo de insolvencia y, por otra, en la elección de la medida más razonable de reacción a la crisis.

El sistema, por otro lado, es nuevo donde:

- aclara que los deberes de detección precoz y reacción oportuna recaen no sólo sobre los administradores de la sociedad anónima, sino también sobre

los directores de todas las sociedades (personales y de capital);

- sobre todo, establece que estos deberes recaen directamente sobre el empresario.

Dado que los deberes de detección precoz de la crisis y de reacción oportuna a la misma no son sólo de los administradores, sino también (y antes de eso) directamente del empresario, éstos deben remontarse a los principios cardinales de la gestión de la empresa corporativa (y véase, de hecho, el nuevo título del Art. 2.086 del Código Civil "Gestión de la empresa").

Esto determina que la detección y la reacción rápida a la crisis no sólo integre obligaciones cuyo cumplimiento se relaciona con la correcta gestión del negocio, que es responsabilidad de los directivos, sino que también tiene un impacto directo en la correcta gestión de la sociedad. En el sentido de que, al vincular directamente al empresario societario, pueden limitar y condicionar las opciones de los socios, no tanto cuando la empresa está in bonis, sino y sobre todo en el período próximo a la insolvencia.

Esto significa que, en el momento en que se acerca la insolvencia, el interés de los acreedores condiciona la administración de la empresa no sólo desde fuera, es decir, como un mero límite, sino también desde dentro, entrando en la "sala de control" de la empresa.

Esto parece permitir responder afirmativamente a las siguientes preguntas:

- si, a medida que se acerca la insolvencia, se produce o no un cambio entre acreedores y socios en el papel de los residual claimants;
- si, a medida que se acerca la insolvencia, la gestión de la empresa debe orientarse hacia la satisfacción de intereses distintos de los de los accionistas, y entre ellos principalmente los de los acreedores.

En términos generales, es bien sabido que la regulación de los deberes de los administradores en el período previo a la insolvencia puede basarse en dos modelos de regulación diferentes:

- la que depende de las pautas de conducta (por ejemplo, el wrongful trading (Reino Unido); la deeping insolvency doctrine (Estados Unidos);
- la que se basa en las rules of law (obligación de solicitar la apertura del concurso (Alemania y España).

El legislador italiano del Código de Crisis, en línea con la Directiva de junio de 2019, ha elegido el primer modelo.

El Código de Crisis no establece un régimen especial de responsabilidad para los administradores que no cumplan con sus obligaciones en el período previo a la insolvencia. Sin embargo, a la luz del contenido de los nuevos deberes de los administradores y, mas en general, del deudor, la disciplina general de la responsabilidad de los administradores resulta en cierta medida condicionada.

Y, en particular, con respeto a la carga probatoria y a la cuantificación del perjuicio.

Con respeto a la carga probatoria y siempre que el acceso a un instrumento de reestructuración tenga lugar en una situación de insolvencia, tal vez se pueda afirmar que la responsabilidad de los administradores se presume, aunque con presunción juris tantum. Y esto por qué, si los administradores están obligados a detectar y reaccionar con prontitud ante la crisis, es decir, ante una situación de probable insolvencia, el hecho de que la reacción se produzca cuando la empresa ya es insolvente justifica la presunción de que esa obligación no se ha cumplido. Sin embargo, como

se ha mencionado anteriormente, esto debería ser una presunción relativa o *juris tantum*, de modo que los administradores siempre puedan demostrar que la falta de detección y de reacción temprana se debe al hecho de que la insolvencia, como es bien posible, se ha producido repentinamente como resultado de acontecimientos excepcionales e imprevisibles.

En cuanto a la cuantificación de los daños, debe tenerse en cuenta el nuevo apartado 3 del artículo 2.486 del Código Civil italiano, que ahora establece que en caso de no detectarse a tiempo la crisis, con el consiguiente retraso en la apertura de la fase de liquidación voluntaria o colectiva, el daño puede calcularse mediante el sistema de la diferencia entre los patrimonios netos del período (es decir, el patrimonio neto en el momento en que se produzca la causa de la disolución menos el patrimonio neto en el momento de la apertura del procedimiento concursal), hasta el punto que a los administradores se puede imputar el déficit del procedimiento concursal, si no existieran registros contables o si no existe la posibilidad de calcular los patrimonios netos.<sup>337</sup>

---

337 BIBLIOGRAFIA. N. ABRIANI, *Socius ad factum precise cogi potest? Diritto societario della crisi e proposte concorrenti*, in *ilsocietario.it*, 18 aprile 2016; ID., *Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari*, in *Giust. civ.*, 2016, 365 ss.; ID., *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, 270 ss.; L. BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferungs o Duldungspflicht)?*, in *RdS*, 2017, 725 ss.; G. BERTELOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi*, Torino, 2017; O. CAGNASSO, *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, Utet, 2016, II, 2616 ss.; ID., *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 33 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, III, Utet, 2014, 2593 ss.; G. FERRI jr., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in questa Rivista, 2012, 477 ss.; ID., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi di impresa*, a cura di Tombari, Torino, 2014, 95 ss.; F. GUERRERA, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale*, *ivi*, 65 ss.; ID., *La ricapitalizzazione "forzosa" della società in crisi: novità, problemi ermeneutici e difficoltà operative*, in *Dir. fall.*, 2016, I, 420 ss.; F. GUERRERA, M. MALTONI, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in questa Rivista, 2008, 17 ss.; C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (diritto societario quo vadis?)*, *ivi*, 2016, spec. 1031 ss.; G. MEO, *I soci e il risanamento. Riflessioni a margine dello Schema di legge delega proposto dalla Commissione di riforma*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 286 ss.; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in questa Rivista, 2011, 820 ss.; A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Torino, 2006, I, 177 ss.; ID., *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di spa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 457 ss.; ID., *Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 569 ss.; ID., *Il «diritto societario della crisi» alla luce della legge n. 155/2017*, di prossima pubblicazione negli scritti in ricordo di Michele Sandulli; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017; V. PINTO, *Concordato preventivo e organizzazione sociale*, in questa Rivista, 2017, 123 ss.; A. ROSSI, *La governance dell'impresa in fase di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2015, 253 ss.; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304 ss.; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017; A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (Spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in *Diritto societario e crisi di impresa*, a cura di Tombari, Torino, 2014, 49 ss.; D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, in *Riv. soc.*, 2018, 858 ss..

***Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal***  
**Efraín Hugo RICHARD**

Ante las crisis, globales o sectoriales, hay acuerdo en priorizar la conservación de la empresa, por múltiples factores, y que sólo la viable merece tutela. También en la detección temprana, anticipatoria, de la crisis o insolvencia, que atiene al rol de administradores societarios y al grupo de control, interno o externo. Con visión sistemático constructivista abordamos la legislación argentina en esa interacción.

Coincidimos en que la crisis de las empresas organizadas societariamente debe ser enfrentada tempranamente. El cordobés Héctor Cámara expresaba “La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesitura, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza “más vale prevenir que curar”.

Para ello la necesidad de adecuada contabilidad y planificación, que anualmente+4 impone referirse a la viabilidad del año en curso, ante la insuficiencia patrimonial se genera una causal de disolución, que no impone la liquidación ni el concurso en plazo alguno, dando opciones imperativas de remediación y modificando el régimen de responsabilidad ante la posible generación de daños a terceros.

Edgar Baracat jurista y ministro de una cámara de apelaciones en lo civil y comercial de la Ciudad de Rosario, señaló la existencia de dos escuelas en torno de concursos de sociedades y su abordaje por el derecho concursal en nuestro país, una clásica de importantes juristas, y otra en ciernes compartida por un pequeño núcleo de colegas, que otra ha referido como ¿procedimentalismo o sustancialismo?<sup>338</sup>

Es que la ley concursal –n° 24522 LCQ- no es una isla.

Así, sobre la viabilidad, concursualistas de la primera escuela niegan impuesta en la ley concursal, señalándola apetecible de lege ferenda –como sostuvieron algunos en el Congreso del IIDC en Málaga de 2018- pese aparecer insoslayable en normas congruentes de LCQ, y específicamente hoy en el art. 100 de la Ley General de Sociedades –LGS- incorporado el año 2015, que han tenido a bien comentar favorablemente Israel Creimer y Alejandro Miller, y particularmente en el art. 150 del Código Civil y Comercial vigente desde dicho año –CCC-, que impone la aplicación de las normas imperativas de la ley que regula cada persona jurídica.

Respecto a la crisis de sociedades Karsten Schmidt, en Buenos Aires este año –como refirió Creimer-, profundizando algo que había sostenido en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, en La Cumbre en el año 2000, señalaba que sólo 7 normas de la última regulación en Alemania hacían referencia a la crisis en sociedades, y que la enseñanza del Derecho Concursal, con

---

338 PALAZZO, Carlota *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar julio 2019 p. 585. Buenos Aires. Alguno de los integrantes de la primera, Miguel E. Rubin tuvo a bien calificar la posición mantenida por la segunda expresión como de “capitalismo de reposición”, a lo que supimos contestar poniendo frente a frente ese “capitalismo” con el que llamamos “capitalismo donatario”, lo hizo en “La infracapitalización “argentinizada”: la utopía de la responsabilidad total y del capitalismo de reposición” y nuestra respuesta “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?”, en *Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 oct. 2011, pág. 151.

enfoque procesal, ignoraba al Derecho Societario, donde debían acuñarse las soluciones preventivas.

Hemos cuestionado la enseñanza no sistemática en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas en nuestro país, y la falta de atención doctrinal a la crisis de sociedades, como señaló Alesandro Nigro en Punta del Este –lo venía haciendo de mucho antes al igual que otra doctrina+-. Es que las leyes preventivas dedican pocas normas a las sociedades. La atención general de la doctrina se advierte en este panel.

Las leyes de sociedades contienen normas que previenen y solucionan las crisis. Nuestra ley no impide que las sociedades se presenten en concurso –ni impone plazos para ello-, pero en la práctica procesal concursal se olvidan de ella. Argentina tiene una ley societaria del 72 que sufrió ajustes de coherencia a partir del Primer Congreso Argentino de Derecho Societario que organizamos en 1977, leyes de mercado de capitales y algún ajuste de actualización monetaria hasta el año 2015 donde junto al CCC introducimos en la ahora llamada Ley General de Sociedades –pues involucró a las civiles- la constitución por declaración unilateral de voluntad, la sociedad simple de gran plasticidad, y la necesidad de mostrar la viabilidad económica de la actividad social.

Conforme a ello fijamos un slogan “Libertad bajo responsabilidad” bajo el que los invitamos en octubre de 2022 en Córdoba, por Academia y Universidad, al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa<sup>339</sup>, bajo la idea de gran libertad para pergeñar y dotar patrimonialmente a las sociedades, pero bajo la base que el riesgo y las pérdidas están a cargo de los socios, como señalan las normas para determinar la esencialidad de la relación societaria.

No se descarta la posibilidad de concursarse preventivamente –ante la mera invocación de cesación de pagos, que es diferente a la insolvencia- y aún en estado de liquidación. La declaración de quiebra tampoco implica iniciar la etapa de liquidación, sino que genera una causal de disolución –art. 94 ap. 6 LGS- que puede ser removida

La ley concursal del año 95 excluía la posibilidad que el juez del proceso no homologare un acuerdo con los acreedores, lo que fue cuestionado por la jurisprudencia por prácticas abusivas, y enmendado en 2002 en su art. 53 ap. 4 reza hoy “en ningún caso el juez homologará un acuerdo con abuso de derecho o fraude a la ley”. La práctica procesal admite quitas exorbitantes, junto a esperas impensadas en el comercio internacional, conforme a acuerdos logrados con los acreedores que han conseguido verificar, pues se ha perdido la universalidad por la reforma al art. 21 LCQ, sin consideración alguna a normas societarias imperativas que lo impedirían.<sup>340</sup>

Un hipergarantismo procesal concursal trata de no advertir maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señaló como “ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología

---

339 Que desde el año 1992 acompañan los Congresos Iberoamericanos a los argentinos iniciados en el indicado 1977. Realizándose ambos trianualmente.

340 A las quitas que se promueven bajo la escuela procesal concursal, la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) las considera transferencia de ganancias de acreedores a la sociedad gravando con el 35% su monto. En casos los socios se las han distribuido por montos millonarios. A su vez la quita no libera a fiadores y deudores solidarios. Esa modalidad implica que los riesgos y pérdidas societarias son soportadas por los acreedores, sustituyendo la obligación esencial de los socios tipificando la relación societaria, que los riesgos y las pérdidas son a su cargo. Por ello, nosotros desde hace muchos años, con un pequeño puñado de doctrinarios, consideramos que la quita en concurso de sociedades es un fraude a la ley específica, lo que se acentúa después de la reforma del año 2015 del CCC y LGS, que a su vez caracterizan la responsabilidad por daños a administradores y grupo de control (arts. 150 y 167 CCC y arts. 96, 99 LGS).

o funcionalidad de la sociedad.

En la imbricación entre la ley concursal y la ley societaria esta la responsabilidad, como se viene afrontando en este panel. Es bien sabido que la regulación de los deberes de administradores, previo a la insolvencia, se basan en dos modelos diferentes, que han sido anticipados por Daniele: el que depende de pautas de conducta (por ejemplo, el wrongful trading (Reino Unido); la deeping insolvency doctrine (Estados Unidos), Italia; y el que se basa en las rules of law (obligación de solicitar apertura de concurso (Alemania y España). El argentino se enrola en el primero, incluyendo junto a los administradores al grupo de socios de control en su caso, conforme los arts. 99 LGS y 150 y 167 in fine CCC.

El bien tutelado tanto por la ley societaria como por la concursal es la conservación de la empresa que explota la sociedad, no de sus socios ni administradores. Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli<sup>341</sup>.

La base es la conservación de la empresa al margen de la conservación de la sociedad. La capitalización de pasivos –o participaciones similares- en etapa preconcursal o concursal, es una solución congruente. La posibilidad de trasladar el riesgo y las pérdidas de los socios –elemento esencial tipificante de la relación societaria- a los acreedores es ilegal. Es de la esencialidad y tipificación de una relación societaria que los socios asuman el riesgo y las pérdidas. Ante la existencia de una causal de disolución por insuficiencia patrimonial –arts. 94 incs. 4 y 5<sup>342</sup>- el art. 96 LGS otorga una opción imperativa a ejercer sin plazo: capitalizar por diversos medios o iniciar la etapa de liquidación, implicando siempre una resolución expresa del órgano de gobierno.

Israel Creimer expresó “La culpa debe sancionarse con los institutos de la Ley de Sociedades. El administrador concursal debe tener legitimación activa a tales efectos. El maestro cordobés Richard siempre insiste en ello: Pensando ahora para Argentina y Uruguay que deberá darse congruencia a la ley de concursos con la ley societaria en orden a prevenir ex ante, o producido el daño, ex post, bucear sobre acciones de responsabilidad. Pensamos que el problema central a afrontar por el derecho de crisis o de la insolvencia debía pasar por la organización societaria, como forma de preconcursalidad o concursalmente para su organización interna o externa”.

El uruguayo Camilo Martínez Blanco en la presentación de un libro señala sobre un ensayo nuestro “con acierto afirma que la salida a las crisis de los emprendimientos no puede ser empobrecer a los acreedores y enriquecer a los socios que no adoptaron las medidas correctivas”.<sup>343</sup>

Sobre la cuestión arroja luz el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CS)

---

341 L'apprendista stregone, l'elisir di lunga vita e l'impresa immortale en Giur. Comm. 1982 I p. 575 y ss.

342 AL EDITAR este conversatorio ADVERTIMOS que dicho inciso con la causal disolutoria de pérdida total del capital social, patrimonio neto negativo, ha sido suspendida hasta el 31 de diciembre de 2020, y hemos ensayado sobre ello en “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONFIGURACIÓN DE SOCIEDADES. LAS NORMAS IMPERATIVAS Y LAS CRISIS PATRIMONIALES CON LA SUSPENSIÓN DEL ART. 94.5 LGS POR LA LEY DE EMERGENCIA”, que puede consultarse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

343 “¡LOS REYES MAGOS NO EXISTEN!” Publicado en Estudios de derecho concursal uruguayo, t.VI, pág. 13, Cátedra de Derecho Concursal, Coordinador Camilo MARTÍNEZ BLANCO, Ed. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo 2019, donde el Coordinador en su Presentación expresar “En esta oportunidad, arrancamos el número VI de estos Estudios con un enjundioso trabajo de Efraín Hugo RICHARD que discurre más allá de la boutade del título (¡Los Reyes Magos no existen!) por los caminos a los que esta eminencia concursal nos tiene acostumbrados: la crisis de los sistemas de prevención de la insolvencia. Constatado que ni los Reyes Magos, ni Papá Noel existen, con acierto afirma que la salida a la crisis de los emprendimientos “no puede ser empobrecer a los acreedores y enriquecer a los socios que no adoptaron las medidas correctivas”. Y por esos caminos discurre tan importante como ameno trabajo.”

del 20 de octubre de 2009, mediante el cual la Corte formula un obiter dictum calificando contundentemente en un párrafo del voto mayoritario al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Como sostenía Beltrán, Uría, García de Enterría, Fernández del Pozo, Alfaro Aguila Real y tantos otros.

La insolvencia societaria, tratada por los panelistas, no atendida por administradores y socios de control, podría generarle responsabilidad por el daño que se causare a terceros, a la sociedad, a los socios.

En ese sentido Karten Schmidt<sup>344</sup> exponía en su ya recordada intervención: “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal... Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto, no resultan del procedimiento de insolvencia...”, ligándolo con el derecho societario. Y en recientes afirmaciones<sup>345</sup> propicia la capitalización del pasivo: “...aborda la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario....resulta evidente que se ha ido distanciando cada vez más del abordaje académico y se aboca cada vez más a la práctica... El leitmotiv de mi conferencia será el Debt-to-Equity-Swap, en ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores...constituye un proceso genuinamente jurídico y se inserta exactamente en la interfase entre el derecho societario y el derecho concursal.... Pero también es cierto no es una medida de saneamiento específico del Derecho Concursal, sino un instrumento clásico del derecho societario....: Pero mi lema sigue siendo “Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio”, sería bueno que siguiera siendo así”<sup>346</sup>.

Y la capitalización es hoy gestionada bajo el sistema inglés. Baste ver los trabajos de Juana Pulgar sobre la preconcursalidad y que Daniele ha referido.

No se trata que la ley societaria sea pre, para o anticoncursal, sino destacar que es una herramienta utilísima para detectar, afrontar y solucionar tempranamente las crisis financiero patrimoniales de las sociedades, pero que en absoluto descartan un proceso concursal. Claro que este proceso no puede ser utilizado como negocio para obtener quitas y distribuirse utilidades los socios.

La vía concursal intenta en muchos casos –que sanciona la ley uruguaya como explicó Creimer– una “donación” a través de las soluciones concursales ante la insolvencia societaria, que impone que el problema lo asuman los acreedores. observación que desaparecería si –pese a no asumir los socios la recapitalización– en el “esfuerzo compartido” (aspecto que me concede alguna doctrina para aceptar las quitas) se capitalizan los pasivos, operación neutra para la sociedad, pero que modifica profundamente su patrimonio.

Creemos que hoy debe trabajarse intensamente sobre un derecho societario de crisis, partiendo de las disposiciones de la ley societaria, de la teoría general de la responsabilidad, de la legislación

---

344 “Responsabilidad de los socios y administradores” en Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

345 En una visión de la enseñanza del derecho societario y concursal que nos preocupa: RICHARD, Efraín Hugo “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS”, en Anuario XV (2013-2014) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

346 SCHMIDT, Karsten “El derecho societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán” en Revista Comercial y de las Obligaciones 297 Bs. As. agosto 2019, pág., Cita Online; AR/DOC/2254/2019.

concursal e incluso del Código Penal.

En el VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia -Tucumán septiembre de 2012-, trabajamos con el Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga sobre “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades”, con quién también hemos escrito “El Contraderecho o las prácticas contra legem en el proceso concursal”, sosteniendo: “La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”<sup>347</sup>, y –eventualmente- la capitalización del pasivo<sup>348</sup>.

Las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras múltiples soluciones con las que hemos afrontado crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho argentino, como en el comparado.

La integración normativa es posible, como lo requieren Nigro y D’Alessandro, en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis –sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial. En tal sentido Colombo, Portale, Caratozzolo, Afameni, Guerrera, Maltoni, y hemos escuchado la opinión de Daniele Vattermoli. El tema no es extraño en la doctrina mundial. Observa el uruguayo Olivera Amato “...derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”.<sup>349</sup> “En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1. 4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumenta o se reduzca en la medida suficiente... La determinación del importe de las pérdidas se hará, pues en atención al contenido de las cuentas anuales, Pero nada impide que el reconocimiento por la Junta General de la existencia de esta causa de disolución se realice con anterioridad a la terminación del ejercicio social en curso, a través de un balance confeccionado al efecto. Es más, debe estimarse incluso que la causa de disolución concurre cuando los administradores, en cualquier momento del ejercicio, conozcan (o hubieran debido conocer, por aplicación del nivel de diligencia legalmente exigible) la existencia del referido desequilibrio patrimonial. –establece un sistema esencialmente de tres elementos: la necesaria celebración de un Junta General que acuerde la disolución, la posibilidad de acordar la disolución judicialmente cuando la Junta no lo haga, y la responsabilidad solidaria por las deudas sociales a los administradores que incumplan los deberes legalmente impuestos.... No se trata con esta previsión de regular un supuesto de responsabilidad

347 Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

348 FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en Revista delle società, 2010, páginas 57 y siguientes.

349 OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales” en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales AAVV, Ed. Ad Hoc, Bs. Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

por daños, como erróneamente se sostiene en ocasiones, sino sencillamente de imponer una sanción a los administradores... Ello implica pues, que el nacimiento de esta responsabilidad no se vincule a la causación de un daño..."<sup>350</sup>. "Frecuentemente se señala por la doctrina que esta responsabilidad legal de los administradores en el caso de pérdidas cualificadas tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerando algún otro considerarla como anticoncursal. Se piensa que para evitar que la sociedad llegue al estado de insolvencia, el legislador ha establecido un mecanismo preventivo consistente en obligar a la sociedad a disolverse o adoptar medidas sustitutorias de saneamiento financiero cuando se produzcan pérdidas graves sin llegar a la insolvencia, amenazando con graves sanciones a los administradores si esto no se produce"<sup>351</sup>.

En la Argentina no se obliga a liquidar ante la insolvencia que imposibilita cumplir el objeto sin dañar, se distingue claramente entre constatación de "causales de disolución", que agravan la responsabilidad, y la decisión de iniciar la "Etapa de liquidación", decisión que no esta sujeta a plazo.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho al decir de Stanghellini.

Si una sociedad no obtiene apoyo económico es porque su plan de negocios no aparece viable, ni rentable. La fresh money se genera automáticamente en la presentación en concurso al suspenderse los pagos si la sociedad mantiene operativa su actividad productiva, y los negocios participativos brindan múltiples formas de asegurar la continuidad posible, aunque no se logren los sofisticados sistemas de postfinanciación que se pergeñan, que sólo prevén garantías ante la posterior quiebra en vez de asegurar la continuidad exitosa de la actividad.

Cerramos con palabras de nuestro reciente homenaje a Jesús SANGUINO SANCHEZ<sup>352</sup> concluíamos con que "Las normativas societarias contienen normas imperativas que permiten avizorar y afrontar las crisis, sin descartar el recurso del concurso preventivo. En este caso es necesario un análisis sistemático de la congruencia de ambas legislaciones".

Quizá toda una utopía, pero siendo el más viejo de este calificado panel mantengo esa esperanza.

---

350 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. La sociedad anónima: disolución Cap. 4, pág. 1001 en "CURSO DE DERECHO MERCANTIL" dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente "Las pérdidas graves" págs. 1009 a 1013.

351 DÍEZ ECHEGARAY, José Luis Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, p. 387-

352 "CRISIS DE SOCIEDADES Y ATIPICIDAD (con un nuevo enfoque de la problemática de quién afronta la crisis para darle solución eficiente)", Publicado en DERECHO CONCURSAL IBEROAMERICANO. REALIDAD Y PERSPECTIVAS. Obra conmemorativa al XV aniversario del INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, Ed. IIDC, Colombia 2019, pág. 381, donde recordamos LA SENDA TRAZADA POR EL FUNDADOR DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL Prof. Dr. José María SANGUINO SANCHEZ.

***Una mirada conclusiva (nota de los panelistas).***

Al término del conversatorio se generó un intenso intercambio de ideas afirmando la temática de la convocatoria, de la que hemos procedido a realizar un brevísimo resumen conclusivo:

El concurso preventivo, la reorganización o la quiebra de sociedades impone una integración sistemática y congruente de las normas societarias y concursales. Las condiciones de la administración, capitalizaciones, la viabilidad de la actividad, la posición de los socios y de los acreedores, la posibilidad de capitalización, incluso de pasivo, la posibilidad de generar responsabilidad por acción u omisión a los órganos sociales o a los grupos de control, así lo imponen.

La administración debe velar por detener en lo posible el proceso de empobrecimiento del patrimonio social inherente a la insolvencia en relación con el interés general de los acreedores.

La inquietud, largamente incubada, referente a que el procedimiento de insolvencia no debe ser una única herramienta para sortear la insolvencia o disminuir sus efectos, ha venido rindiendo sus frutos; existen diferentes ideas o planteamientos para lograrlo; pero lo relevante es que existe una fuerte tendencia para alcanzar dicha finalidad.

Se destaca el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil italiano -introducido por el Art. 375 del Código de la Crisis (y ya en vigor)- bajo el cual: "El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad". Deber reiterado en el artículo 3, apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: "El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas". Parece ser que el deudor tiene un verdadero "deber de reestructurarse".