



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

¿Quieren saber la verdad?¹

Efraín Hugo RICHARD²

Abstract: Me imaginé este título cuando un Juez requirió cuanto se obtendría en la liquidación sino se homologaba en acuerdo con importante quita y espera en un concurso de sociedad. Y me acordé de lo escrito con el Profesor Emérito de Tucumán Dr. Juan Carlos Veiga sobre “El contraderecho”, donde discurríamos sobre las costumbres contra leggem en los concursos de sociedades, publicado en 2012 en “Pensar en Derecho”. Después del Congreso Iberoamericano de la Insolvencia el año pasado en Bahía Blanca, y hace tres meses otro Iberoamericano de Derecho Concursal en Roma, donde me invitaron a disertar sobre Crisis de sociedades, junto a Angel Rojo, Daniele Vattermoli y Alessandro Nigro, me sentí nuevamente animado a esbozar mi pensamiento disruptivo en esta tradicional convocatoria del Consejo Profesional de Ciencias Económicas que pese a conocer esa forma de pensar no deja de invitarme.

¿Quieren saber la verdad? Estimados estudiosos la transmisión de empresa en el nuevo contexto preconcursal y concursal. Cada vez más se propone la transmisión de la empresa en funcionamiento, o de unidades productivas con vida propia, como forma de solventar las situaciones de insolvencia, no sólo en el concurso, también en el precurso. Esa transmisión plantea múltiples cuestiones de liberación de pasivo, sucesión en relaciones laborales, subrogación en contratos, que merecerían nuestra atención. El proceso concursal judicial tiene muchos costos y se trata de ocultar la verdadera situación de la actividad, evitando información a los acreedores, al síndico y al juez para poder culminar un buen negocio de quita y espera, o sea que el problema no lo asuman los socios, e incluso quede un buen remanente como dividendo como en el caso Multicanal SA.

1.Vuelvo al proceso concursal judicial de sociedades. De eso no se habla, en todo el día de ayer se referenció al deudor, empresario, pero no a sociedades, que tienen desde 1972 y reforzado desde 2015 un régimen de crisis inmejorable ...

¹ Presentación en las 21° Jornadas de Síndicos Concuriales en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, dirigidas por Raúl Nisman, 10 y 11 de noviembre de 2022, día 11 de 15.05 a 15.30.

² Profesor Emérito U.N.C. y Director del Departamento de Derecho Comercial, ex Profesor Titular por concurso de Sociedades en Derecho y Contrato en Ciencias Económicas. Miembro Emérito coordinador del Comité Académico y ex Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Sede México). Publicista y polemista.

¿A quiénes va dirigida esta pregunta? Por la Institución que hoy me convoca nuevamente, y a la que agradezco su constancia, es a los Síndicos Concursales, pero hace muchos años me la hice a mi mismo y continuamente se las hago a los profesionales de las Ciencias Económicas y Jurídicas, como a los Magistrados... Y hay muchos que me acompañan en esa inquisición y mejoran mis propias respuestas, no obstante no se da respuesta clara en los procesos concursales de sociedades. Porque la pregunta no está destinada a la crisis de una persona humana sino al de una persona jurídica que se regula por otras normas, integratorias.

Recorramos un camino con preguntas desordenadas... Reitero que lo que es regular o intrascendente para concurso de personas humanas, incluso emprendedores, no lo es para el caso de sociedades que tienen sus reglas propias y que se han destacado suficientemente en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa desarrollado bajo el lema "libertad bajo responsabilidad". Y en derecho concursal transitamos un tema de responsabilidad...

Los administradores y socios de control de una sociedad concursada y que en su presentación aducen estar en cesación de pagos y no presentan balances, dicen haber perdido o se les han sustraído los libros de contabilidad... quieren saber la verdad sobre la viabilidad de la empresa, o la intuyeron a partir de cheques rechazados o inconductas y tratan de oscurecer el panorama lejos de querer saber la verdad. Y la inflación, enfocada magistralmente ayer por José Escandell, enturbia más el panorama, disimulándolo...

Me permito insistir que normalmente la crisis no aparece abruptamente en la historia de una sociedad, lo veremos, hay alertas tempranas hoy estimuladas mundialmente. Ante ellas concursarse no es obligatorio, no es una ley de aplicación obligatoria y menos de orden público. Es una decisión de los administradores, normalmente adoptada por el Presidente o Gerente de la sociedad, según su tipo, y oportunamente ratificada por el órgano de gobierno que suele aparecer por primera vez en el escenario con una lacónica aprobación, tratando de no asumir compromiso. Esta alteración de roles merecería varias críticas durante el proceso. Particularmente sobre el órgano que debe fijar las bases de la propuesta. Lo hemos hecho.

Las crisis de sociedades suelen ser afrontadas privadamente, incluso confidencialmente, recuerdo la de GM y ahora las vinculadas al Bitcoin.

2. Cuando se adujo un mero estado de cesación de pagos para la apertura del escudo protector del concurso, que posición toman cuando en el fenecimiento del proceso y el juez pregunta inocentemente sobre el índice del 52.2.IV LCQ cuanto percibirían los acreedores en el caso de liquidación cuando la sociedad a través de su representante ha presentado una propuesta con quita del 60% y esperas de 15 años... Recién se dan cuenta por congruencia que la respuesta de que cobraría menos implica que la sociedad estaba infrapatrimonializada –o sea en insolvencia- y que administradores y socios estarían en precaria situación jurídica. Esa espera de 15 años para satisfacer el estado de cesación de pagos –aducido- pone en duda si existe un plan de viabilidad que cuidadosamente se soslayó proveer y se sostuvo que no debía integrar la propuesta? Nada se dijo ni se dice que se ha generado una causal de disolución de la sociedad...

Y hoy todos somos congruentes que vale la pena el dispendio de gastos de un proceso concursal sólo si la empresa es viable. Y esa demostración corresponde a los órganos sociales.

3. Un punto que hemos tratado aquí, el año pasado, es el *“El concurso de sociedades, la información contable y el informe general”*³. Apuntaba a *¡Qué escenario las crisis! Debemos enfrentar la realidad no la fantasía....* Donde volví a afrontar mi particular posición para enfrentar el estado de “cesación de pagos”⁴ de sociedades y estadios patrimoniales más graves.... Los informes del Síndico en el concurso de una sociedad son pieza fundamental de un proceso de conservación de la empresa, de recibir las alertas tempranas y obrar en consecuencia a los deberes de lealtad y diligencia de los órganos sociales.

Conforme los intereses y divisiones patrimoniales los administradores societarios –que mantienen sus funciones- tienen que cuidar el patrimonio, cuando advierten ciertas situaciones que pueden afectar la viabilidad de la actividad, generando una crisis, deben adoptar decisiones. La función de los órganos de una sociedad no se altera con la petición o apertura del concurso, pudiendo llegar el Síndico a pedir la remoción de los mismos o hacer una denuncia penal si se configurara un delito.

4. Los administradores societarios cuando advierten ciertas situaciones que pueden afectar la viabilidad de la actividad, generando una crisis, deben adoptar decisiones. Una de ellas es exteriorizar la situación en la Memoria donde deben anticipar el pronóstico sobre el año en curso o en informes similares dirigidos al órgano de gobierno, para que los socios actúen, convocándolos a tal fin. Otra, frente a la cesación de pagos o al avizorarla –pues en nuestro país no se exige la existencia de incumplimiento- es concursar a la sociedad, generando el escudo protector judicial. Los administradores deben actuar en protección de la viabilidad de la actividad, pues así protegen los múltiples intereses concurrentes, que se acentúan ante la crisis, la de acreedores, proveedores, financieros, trabajadores, puestos de empleo y la de los socios, no en favor de los socios sino en atención a todos los interesados –stakeholders-. Mantener la administración cumpliendo con todas las normas de contabilidad para su propia toma de decisiones y el conocimiento de todos los que pueden tener acceso a ella.

El informe mensual previsto en el art. 14 LCQ es clave. Conforme el inc. 11 el Síndico debe expedirse sobre: los pasivos laborales denunciados por el deudor, otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago y situación futura de los trabajadores en relación de dependencia ante la suspensión del convenio colectivo. Se intenta asegurar el pronto pago –e incluso la verificación más inmediata- mediante algunas

³ *VERSIÓN de la INTERVENCION al cierre del 24.11.21 en las XX Jornadas de Sindicatura Concursal en Homenaje al Cr. Raúl Nisman -24/26 de noviembre de 2021-organizadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba, Comisión de Sindicatura Concursal.*

⁴ La expresión y alcance de la locución “zona de insolvencia” no se corresponde a la expresión “estado de cesación de pagos” nuestras expresiones, y de allí puede resultar alguna aparente desinteligencia. Esto se ratifica en el artículo de Lorente en libro del IADC donde tipifica claramente la “zona de insolvencia” del sistema de los Estados Unidos de América, o sea cuando no se ha generado aun la cesación de pagos. Lo que algún autor de esa procedencia señala como *red flags*, las señales de alerta que anticipan la posibilidad de caer en cesación de pagos. Al hablar de lo que Lorente denomina “zona de insolvencia”, eventualmente lo hemos hecho en orden de entender a la sociedad en cesación de pagos (o insolvencia). La zona de insolvencia, sin cesación de pagos que aluden, es lo que nosotros referimos como crisis general económico-financiera. *ES TIEMPO DE SIEMBRA (Sobre ciertas desinteligencias que afirman las soluciones societarias a sus crisis, evitando responsabilidad de administradores) en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, 2009.*

previsiones que significan intensificar las cargas sobre la sindicatura, sin atender a los deberes informativos y conductivos de los administradores. Y sirve también para determinar la viabilidad de la sociedad si no tuviera que afrontar el pasivo por los flujos de caja que se determinen.

La norma, continuando con el criterio estructural de liberar –aparentemente- de cargas y responsabilidades a los administradores de sociedades concursadas, parecería ponerlas a cargo del síndico en los nuevos incisos del art. 14. No lo creo. Colijo que el Síndico debe expedirse sobre las manifestaciones formalizadas por los administradores de la deudora y su cuestionamiento puede generar la aplicación de las medidas cautelares previstas en el art. 16 LCQ.

El síndico, en los concursos preventivos, sólo tiene la “vigilancia”, supervisión o control de la administración que continúa ejerciendo la concursada. De tal manera que no tiene libre e ilimitado acceso a la documentación contable y legal, sino sólo a aquella que se ponga a disposición del Tribunal interviniente, brindándose toda la información y colaboración que sea requerida por el juez o el síndico. Ese flujo de información debe quedar asegurado ante la menor reticencia, evitando trámites formales reiterados. Adviértase las medidas que debió adoptar el juez del más importante concurso que hoy tramita en Argentina: el de Vicentin S.A. en Reconquista.

5. La cuestión sobre la existencia de un plan impone señalar que el legislador omite consignar a qué se refiere con la expresión “evolución de la empresa” (inc. 12 del art. 14), que debería responder al plan que siguen los administradores. Esto hoy la globalizan los comentarios en torno a la Directiva de la Unión Europea del año 2019, sobre alertas tempranas y viabilidad en el concurso.

A falta expresa de previsión debe entenderse que los órganos de la sociedad concursada –que continúan con la administración- deben informar mensualmente sobre la evolución de la empresa y el síndico deberá –sobre la base del seguimiento de la información legal y contable- auditar y dictaminar sobre ello. Las cuentas anuales no se suspenden y es tema de la diligencia del administrador entrever el futuro, y así lo requiere expresamente la Memoria.

El inc. 12 intenta que el Síndico determine si existirán fondos genuinos de la explotación que le permitan cumplir con sus obligaciones, o sea activos corrientes para satisfacer los pasivos corrientes como mínimo. No obstante esa nueva norma, como vemos correctamente en el caso Vicentin un Juez puede imponer la presentación de un plan sobre la evolución y prospectiva de la empresa, de acuerdo a sus facultades y a la carga de información de la concursada, con una mirada retrospectiva y prospectiva, para imponer anticipadamente una razonabilidad en la propuesta de acuerdo que se pudiera estar pergeñando (arts. 52 LCQ) y que puede brindar información relevante para todo el proceso de toma de decisiones de los acreedores, además de servir como elemento indispensable para la confección del informe general. Los acreedores deben recibir una información actual y real de la viabilidad de la empresa.

Sólo los administradores de la concursada, de manera subjetiva y personal, aunque generalmente siguiendo principios de racionalidad económica, son quienes decide qué parte de los fondos líquidos se afectarán para determinadas obligaciones y cuales no⁵.

⁵ Nto. *EL PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)* En libro colectivo “Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia” Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro.

6. En torno a LOS INFORMES INDIVIDUALES, *no se pretenda que el Síndico formalice un dictamen jurídico de los pedidos de verificación, sino técnica, debiendo establecer la exactitud y coherencia de las pretensiones con lo que resulte de la contabilidad. La Inteligencia Artificial ayuda a las comparaciones entre lo denunciado y las peticiones, y las contabilizaciones.* Inteligencia Artificial que también puede brindar predicciones sobre la viabilidad...

Esta segunda línea de información corresponde a la verificación de créditos. No hay duda que el objetivo final del concursado es que exista la menor cantidad de créditos verificados o declarados admisibles al momento de formalizarse la categorización y determinarse el cómputo necesario para la aprobación de acuerdos predatorios. No deben coadyuvar a ello ni el Síndico ni el Juez. Advertimos una patología que tiende al rechazo de pedidos de verificación, sin cumplir el síndico las labores de indagación en la contabilidad de la concursada y la justificación de la pretensión. Todo pasivo implica el ingreso de una partida al activo, o sea que debe tener una contrapartida de un ingreso al activo, salvo que corresponda a la satisfacción de un daño. Si en las relaciones contractuales no existe una contrapartida debemos pensar en un fraude en el que no puede dejar de haber participado la concursada o sus administradores. Tal situación conlleva la obligación del juez de adoptar una medida intervencionista a la administración de la concursada.

A los rechazos formales sin constataciones que formalice el Síndico, adhiere normalmente la concursada y el juez resuelve de conformidad, sin advertir la revolución procesal de la concursabilidad y universalidad que impone conocer la integridad de la situación patrimonial de la concursada, y particularmente si se aplican los fallos plenarios Difry y Transline. Éstos se basaban en la posibilidad de un concilio fraudulento entre la deudora y el acreedor de títulos de crédito-. En claro que la no admisibilidad conllevaría al supuesto de connivencia con la concursada. Y ello, por el principio de congruencia impondría el apartamiento de los administradores. Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers⁶ “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los “verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, ... estos acreedores ...deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias,...”. A lo que se suma la voz crítica de Martorell en el prólogo del Tratado de Concursos, y la anticipatoria de Juan Anich –lamentablemente recientemente fallecido- en el Congreso de la Insolvencia de La Cumbre, donde asistieron Karsten Schmidt y Sanguino Sanchez, naciendo luego el IIDC sede Mexico.

El rol técnico del síndico sobresale en este proceso de verificación para determinar la situación patrimonial de la concursada. Ante el pedido de verificación “El síndico debe realizar todas las compulsas necesarias en los libros y documentos del concursado y, en cuanto corresponda, en los del acreedor. Puede, asimismo, valerse de todos los elementos de juicio que estime útiles y, en caso de negativa a suministrarlos, solicitar del juez de la causa las medidas pertinentes” –art. 33 LCQ 1er. Párrafo), incluso de terceros conforme las facultades que le confiere los ya referidos arts. 15 y 275 LCQ incisos 2, 3 y 6.

⁶ En la Resolución del 22 de abril de 2008 en la causa “Southern Winds S.A. s/ concurso preventivo” fallado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, en La Ley del 15.08.2008 pág. 8 con nota de Claudio Alfredo Casadío Martínez.

Si se limita a recordar los fallos plenarios sería conveniente que el Síndico fuera un abogado pues se trata de una cuestión legal formal. Si en cambio consideramos que tiene el deber-función (facultad-deber) de actuar como una suerte de perito, informando al Juez de la verdad de la existencia del crédito, incluso con cotejos o exhibición de libros, general del concursado y parcial de los acreedores o terceros. Conforme tal actividad pericial el síndico debe presentar el informe individual –art. 35 LCQ- y en el “expresar respecto de cada crédito, opinión fundada sobre la procedencia de la verificación del crédito y el privilegio”.

Adviértase que se ha destruido la universalidad de este juicio universal en la reforma del 2006 al art. 21 LCQ, y eso impone un particular análisis al juez para homologar acuerdos que pongan sobre la cabeza de los acreedores reconstruir el patrimonio. Por providencia el voto de Julia Villanueva hace casi 10 años en el caso Mandalunis puso coto a la adquisición de créditos post verificación para alcanzar justo los votos para intentar imponer despojatorias quitas y esperas.

6. Adhiero totalmente a quienes aconsejan las tratativas con sectores de acreedores, a las legales sectorizaciones o estrategias que señaló que ayudan a encontrar equilibrios en las soluciones para conservar la actividad empresarial en forma viable. A ello debe tender no sólo la categorización, sino eventualmente a falta de ella las propuestas opcionales, casi necesarias para los que no pudieron manifestarse. Y sin duda abriendo camino a la legalidad de las soluciones preventivas extrajudiciales, como defendí recientemente en Bahía Blanca⁷. Es la política de Juana Pulgar que se alabó ayer, y a la que le acompañamos, al igual que Rouillon, en publicaciones europeas.

7. Centro la atención sobre EL INFORME GENERAL DEL SINDICO. Los informes anteriores deben reflejarse en este por su carácter general, pieza maestra sobre la historia de la concursada, particularmente cuando se trata de una empresa y calificada si la organización es societaria. El síndico es los ojos del juez, señaló Nisman en estas Jornadas.

Obviamente expresará todo lo relevante de los informes referidos anteriormente y todo lo que resulte de la contabilidad. Será imposible soslayar en este informe general lo que se hubiere actuado e informado conforme lo dispuesto por el ap. 12 del art. 14.

Por medio del informe general, el juez y los acreedores pueden tomar adecuado conocimiento de las circunstancias relacionadas en su texto, elaboradas por quién posee conocimientos técnicos, y aporta criterios para que los acreedores decidan con conocimiento de causa la actitud a adoptar al tratar la propuesta de acuerdo⁸. Reitero lo que expresé el año pasado en estas Jornadas sobre los informes y particularmente sobre el general, para recalcar en el inc. 7 del art. 39 LCQ.

Adviértase que la referencia a la “situación patrimonial del concursado” lo es en relación a una situación actual y de prospectiva o potencialidad funcional hacia el futuro. Por otra la referencia a los “hechos que puedan haber incidido en ella”, excede el marco de la fijación de la fecha efectiva de la cesación de pagos, imponiendo en caso de sociedades que se revise que hicieron los administradores ante la crisis. La potenciación de ello resulta del último párrafo “la determinación de sus responsables”, que importa referirse a terceros, y particularmente en el caso de sociedades a sus administradores, socios y controlantes. Y ello no sólo para el caso de quiebra, pues es claro que la

⁷ “Derecho concursal societario” en www.acaderc.org.ar

⁸ QUINTANA FERREYRA, Francisco “Concursos”, Bs. As. Ed. Astrea 1985, T I p. 451; ROUILLON, Adolfo A.N. “Régimen de concursos y Quiebras. Ley 24522” Bs. As. Ed. Astrea 1998, p. 101.

concurada, los socios y terceros –incluso acreedores- podrán promover acciones contra administradores y controlantes abusivos durante el curso del proceso concursal e incluso después de la homologación del acuerdo por los daños sufridos⁹.

Veamos. “7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter”.

Este punto debe conectarse con los inmediatos anteriores como anticipé.

La cuestión supera –a mi entender- determinar si cuantitativamente los socios desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital, que es a lo que normalmente se limitan. Si miramos la integración normativa que impone el art. 150 CCC, debería avanzar. No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es fundamental que el Síndico se refiera a que previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron esas dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y que dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes. Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización –constitutiva o funcional-, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores¹⁰.

Un énfasis sobre aspectos.¹¹ El informe general del síndico no debe limitarse a una ratificación (u observaciones) a lo indicado por los administradores de la sociedad deudora en la presentación conforme al art. 11 inc. 2º LCQ “causas concretas de su situación patrimonial”, pues en el art. 39 LCQ se refiere al “desequilibrio económico”, que en paralelo con los informes mensuales, particularmente cuando se requieren partidas para satisfacer “prontos pagos”, debe apuntar no sólo al origen sino al mantenimiento y prospectiva del “desequilibrio económico”.

Ello se intensifica si se ha operado alguna causal de disolución de la sociedad como imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas financieras, económicas o patrimoniales (art. 94 ap. 4 Ley General de Sociedades –LGS-) o la pérdida del capital social por aparecer patrimonio neto negativo (art. 94 ap. 5 LGS). Decimos que se intensifica atento a la nueva formulación del art. 100 LGS que impone acreditar la “viabilidad económica y social” ante la existencia de una crisis de envergadura.

⁹ Nto. “Insolvencia societaria”, Buenos Aires Ed. Lexis Nexis 2007.

¹⁰ Nto. ensayo citado en nota 3.

¹¹ Nto. “PARTICULARIDADES DEL INFORME GENERAL DEL SÍNDICO EN EL CONCURSO DE SOCIEDADES” en IX Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro de la República “por un derecho de crisis diferenciado para personas humanas y sociedades” (Córdoba, 18 y 19 de mayo de 2018) Instituto de la Empresa Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 29.

Enfatizo y puntualizo: para una sociedad concursada la cuestión se cualifica por el art. 59 LGS: ¿que hizo el órgano de administración al advertir que se estaría frente a causales de disolución (tales como pérdida del capital social e imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social)?, ¿requirió informes técnicos, formalizó alguna planificación, adoptó alguna política para evitar que la crisis se profundizara?, ¿convocó a los socios o accionistas para que aprobaran esa planificación o adoptaran otras medidas? Ante la crisis patrimonial ¿se sugirió capitalizar la sociedad, por los propios socios, terceros o capitalizando el pasivo? El capital social ¿fue suficiente al constituir la sociedad o era evidentemente insuficiente y no existió un plan para considerarlo apto para cumplir el objeto social? ¿Se consideró la posibilidad de liquidar el patrimonio social privadamente al existir una causal de disolución?¹² La cuestión está ligada al obiter dictum de la Corte en el caso Comercial del Plata: que se hizo desde lo societario para solucionar la crisis.

Un síndico no cumple con su función si omite la información societaria, no evaluando la diligencia con la que actuó la administración, el esfuerzo que los socios hicieron para superar la crisis en ese ámbito privado y extrajudicial, pero de su competencia conforme a normas imperativas de aquella ley específica, que impondrá pensar en responsabilidades, expresamente previstas en el art. 99 LGS como integrantes de un sistema de responsabilidad civil en las relaciones de organización.

El Síndico debe requerir e informar sobre esos elementos, poniendo de resalto la diligencia con la que actuaron los administradores o las omisiones a sus deberes y normas imperativas de la organización societaria, y la consecuente actuación de los socios, particularmente los de control.

Frente a lo que acabo de expresar, lo enlazo en esta versión en las preguntas que se me hicieron referido a temas contables y a mi aparente referencia a la infracapitalización, que me obliga a recordar que nunca use esa expresión, pues implicaba una zona gris difusa y confusa, que en cambio hoy era reemplazada claramente por la infrapatrimonización como línea roja, generada cuando el patrimonio activo no era capaz de generar los medios de satisfacer al patrimonio pasivo, con el asentimiento postural de Daniel Truffat en la pantalla, con quién tanto he dialogado sobre estos aspectos. Lo obvio es que, a falta de adoptarse las opciones imperativas señaladas por el art. 96 LGS generaban la responsabilidad del art. 99 LGS.

Existe hoy una tendencia¹³, señala al inicio de esta exposición y que motivó el título, a requerir al Síndico cuanto se percibiría en el caso de liquidación para determinar la abusividad de la propuesta. No se trata de una obligación del síndico. Ello se requeriría para argumentar sobre el llamado “mejor interés de los acreedores”, en la idea que si el resultado de la liquidación fuere inferior al predatorio acuerdo ofrecido y aceptado –de quitas y esperas-, el mismo no sería abusivo para los acreedores a los que se les impone, aplicando una de las condiciones previstas en el art. 52.2.iv) LCQ. Sobre el punto leí un excelente trabajo de Casadio Martínez “Propuesta concordataria: el test de abusividad y el síndico (un modelo en construcción)”¹⁴. Claro que en el caso de sociedades debe integrarse esa comparación con el resultado de las acciones de responsabilidad contra los socios y administradores¹⁵ –cuando no de integración patrimonial-. Bastaría que una sociedad no tenga bienes para que una

¹² Nto “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus Córdoba marzo 2010.

¹³ Nto. FACHADAS EMPRESARIAS y PREOCUPANTE MENSAJE JURISPRUDENCIAL: ¿vale todo para homologar una propuesta? en La Ley 15 de abril de 2009.

¹⁴ En Doctrina Societaria y Concursal de Errepar, Febrero 2009 pág. 115

¹⁵ Nto. “Insolvencia societaria” cit..

propuesta del 2% a 10 años no fuera abusiva, contrariando así la imposición del art. 52.4 LCQ. Sin duda es para una situación de crisis de Persona Humana y no de Persona Jurídica, particularmente una sociedad. El punto puede tener vinculación para la valuación prevista en el art. 48 LCQ, que puede tener inexistencia de valor positivo. Es lo que pomposamente da en llamarse “the best interest of creditors”.

¿Quieren saber la verdad? La previsión del art. 52.IV LCQ esta vinculado a este tema, pero no para justificar si fuera exiguo quitas a los acreedores, que están excluidas adoptarlos por mayoría por el art. 96 LGS, pero que justamente medirán el monto de las acciones extraconcursoales que autoriza el art. 99 LGS en el caso del concurso preventivo y que podrán ejercitar los que hayan sufrido daño, particularmente acreedores, y que podrán ejercer los síndicos concursales en el caso de no homologarse el acuerdo.

En el mismo sentido debemos abandonar la idea de que a los acreedores involuntarios, vulnerables o hipervulnerables deben ser atendidos prioritariamente a otros acreedores declarando la inconstitucionalidad del art. 240 LCQ. Quizá podamos aceptar ello en el concurso de personas humanas, pero alejar esa idea en el concurso de personas jurídicas, sociedades, donde será un problema a satisfacer por los administradores y socios de control.

7. Debemos alentar la actividad del síndico en la confección del informe general, cuyas determinaciones en orden a actos, negocios, omisiones, bienes, permitirán no sólo una adecuada evaluación de los acreedores de la propuesta de acuerdo, sino fijar criterios en casos complejos, como el concurso de sociedades, en torno a la responsabilidad de administradores y socios de control por no haber adoptado las medidas previstas en la legislación societaria, lo que sin duda forma parte del contenido obligatorio de ese informe general. ¿Será una utopía lo que deajo expresado?

¿Ustedes creen que esa apreciación no es necesaria? Pensemos en las normas imperativas del Derecho Societario

Hoy todos hablan de alerta temprana y plan de viabilidad Las normas en el derecho comparado societario contienen alarmas específicas al margen de la obligatoria contabilidad y exigencia de la presentación de un “*Balance anual*”, acompañado de la *Memoria*, clave para información de los accionistas. Sin embargo, en nuestro país, no se exige la presentación del “*Balance financiero*” único y capaz de informar acerca de la situación real de la empresa. El “*balance contable*” es información histórica y formal. Mientras que el “*balance financiero*” es información viva y actual.

Si se compromete la continuidad del giro empresarial – objeto de la sociedad - aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y el derecho constitucional de propiedad de acreedores y el derecho alimentario y a trabajar de sus empleados. El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, pero recordando la apreciación de Cámara: “*El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*”.

La conclusión lógica parece simple: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera – corta o larga -, solucionará el problema. Pero si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de reducir el pasivo.

La rentabilidad de la inversión para los socios esta unida a la viabilidad.-

Y el riesgo previsto en el art. 1° de la ley de sociedades, que las tipifica, no puede ser transferido a los acreedores. Es una ruptura a la absolute priority rule.

8- Las “*soluciones normativas-doctrinarias*” a la insolvencia son múltiples: la capitalización, permitiendo emitir acciones con o sin prima, con derecho de rescate, con preferencias patrimoniales limitando derechos políticos, ubicándolas en clases, sectoriales y otras variables como pactos de preferencia para recompra; entrega a la par de obligaciones convertibles, o alternativas de negocios en participación y modalidades de préstamos participativos. Se ha dicho que la capitalización o participación es de equidad, y es aceptada por normas imperativas; mantiene equilibrio entre socios y acreedores que se incorporen, ofreciendo sinnúmero de herramientas que pueden equilibrar intereses y asegurar la conservación de la empresa, que no significa ni la conservación de los socios ni de la misma sociedad. La capitalización, con múltiples instrumentos periféricos, permite paliar en parte las fundadas críticas de Escandell sobre el efecto de la inflación sobre quitas y esperas. Las prácticas extrajudiciales Karsten Schmidt las tituló como exitosas por confidenciales y eficaces. Están previstas en una norma de LGS que otorga lo que hemos dado en llamar “OPCIONES IMPERATIVAS” del art. 96, que ya en el año 1972 construyó un sistema de crisis societaria ejemplificador: alertas tempranas, sin plazo de actuación pero con conversión de responsabilidad si se generada daño.

Si, para superar la “*cesación de pagos*”, se impone una quita y/ o una espera QUE LA INFLACIÓN ARGENTINA distorsiona sin darnos ninguna posibilidad de realizar un análisis razonable de la real situación de la empresa, los acreedores tendrán la percepción que se los ha abusado y el deudor que ha realizado un brillante negocio. Vimos el negocio en el caso Multicanal S.A. respecto a los acreedores obligacionistas en dólares, fueron despojados en beneficio de un jugoso dividendo para los socios.

LO CIERTO Y CONCRETO es que, si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado “PLAN SOBRE SU VIABILIDAD y RENTABILIDAD”. Este es el único análisis lógico y razonable. El “*plan de viabilidad empresarial*” es la única herramienta clara, simple y honesta que permite llevar adelante un negocio, una empresa, una sociedad, un proyecto.

SIN PLAN NO HAY FUTURO. La viabilidad de la empresa no puede ser medida en términos y tiempos jurídicos; deberá realizarse de acuerdo a las leyes económicas, reales y vigentes al momento de producirse la crisis, inmersa en la coyuntura económica, política y social. Si la empresa es insolvente, debe reestructurarse para ser relanzada al mercado. Y será ese mercado el que fije las pautas a seguir. No pueden ser normas generales, en abstracto, porque la empresa es una realidad económica y social, dentro de un contexto determinado. Es necesario definir el problema, especificar la respuesta, decidir el camino, llevarlo a cabo mediante el plan, el curso de acción elegido, examinar la validez del mismo y corregir los desvíos. La presentación de un “*plan de viabilidad*”, “*propuesta de saneamiento*”, “*curso de acción*”, “*qué voy a hacer para superar la crisis*”, brinda transparencia, información, disciplina, claridad de objetivos, confianza. Pero además, flexibiliza el proceso. Ya que el plan se va a ir acomodando de acuerdo a las posibilidades de su ejecución.

9. Reitero que el sistema legal imperativo a tenor del art. 150 CCC, se funda en las causales de disolución, la mediación y la responsabilidad.

La contabilidad se completa con el informe, la Memoria, que determina la situación matemática, no necesariamente real de la viabilidad societaria. “En tanto la función formulación de cuentas anuales es un deber propio del órgano de administración indelegable, el recurso de facto a la asistencia técnica para el desempeño de las labores preparatorias no puede ser, en si mismo, causa de exoneración de la responsabilidad por los daños derivados del actuar del Consejo,...desconociendo la situación de crisis”.¹⁶ Se califica como “un deber de seguimiento del estado contable, definido de manera genérica, como la obligación de que el empresario se encuentre, de manera constante, por sí o por otros en quien delega dicha función, suficientemente informado del estado financiero empresarial”.¹⁷

Formalmente podría sostenerse que el estado de cesación de pagos sólo será observado por los administradores cuando se practique el balance anual. Pero eso es una falsedad, el administrador moderno tiene información inmediata, "on line" -por los medios informáticos disponibles- de la situación de la empresa y pesa sobre ellos una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor –un proveedor de la sociedad- demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas...Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo “Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión” generan responsabilidad.

Esa información integral, es calificada cuando se advierte una situación financiera, económica o patrimonial que aparezca como alarma temprana, una mera infracapitalización contable impone una revisión de la situación real y la información a los socios para que adopten las soluciones que la ley societaria impone.

Conforme a ello, la pérdida del capital social puede generar una zona gris, pero la constatación de un patrimonio negativo marca una línea roja: la infrapatrimonialización. Las causales de disolución –art. 94.4 y 5-, no imponen plazos, dan soluciones en forma de opciones imperativas contenidas en el art. 96 LGS y congruente con la libertad de acción, establecen la responsabilidad del art. 99 LGS que

¹⁶ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pag. 161.

¹⁷ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 150.

he referido. Pero si la crisis es más grave, infrapatrimonialización, el camino para resolverlo, concurso mediante o no, es marcado imperativamente por esas opciones del art. 96 LGS, bajo el riesgo de que asuman responsabilidad solidaria administradores y socios, no por la responsabilidad del tipo, sino de aquellos socios que consintieron la situación.

10. Converge el art. 100 LGS admitiendo la conservación de la actividad empresarial aún frente a la liquidación, pero mantiene esa responsabilidad, exigiendo una manifestación unilateral sobre la viabilidad económicas y social de la actividad, como señaló Barreiro. Al no imponer plazos se configura un sistema de auto decisión de administradores responsables.

Mi lema es “libertad bajo responsabilidad”. Y esa libertad debe reconocerse, determinando sus límites. Es notable el ensayo de Cándido Paz Ares sobre la misma en el derecho de sociedades¹⁸ cuestionando la construcción “institucional”, que califico como “tipificante”, del régimen legal de la SRL en España, abogando por la libertad estatutaria y una inteligencia restringida de normas imperativas cuya alteración generarían una ilicitud. Reflexiona “que la creciente reducción del papel de la libertad contractual en el ámbito de las sociedades de capital obedece sobre todo a nuestro modo tradicional de entender y de hacer el derecho de sociedades”. En nuestro país se ha superado el esquema. Si tomamos de ese autor la idea que “para reconocer la realidad es preciso deformarla” y que “La sociología del conocimiento nos indique que en la naturaleza del paradigma está el escapar de una definición precisa”, comparto el desafío de interpretar viejas normas con nuevas ideas. Subraya los prejuicios paternalistas frente a la libertad, incluso respecto a los derechos individuales de los socios, la normativa societaria es en gran medida subsidiaria de una distinta regulación estatutaria. Paz-Ares señala “La resistencia de la doctrina a admitir cualquier diseño anómalo, el aumento mixto, el capital autorizado, la atribución en los estatutos a terceros de un derecho a capitalizar la deuda es en efecto notoria”. Es la resistencia a pensar diferente, integrando normas que hoy el art. 2 CCC impone.

11. Lo referido a causales de disolución y la liquidación, como la falta de patrimonio necesario, son normas imperativas, irrenunciables e inderogables, ligadas al art. 1° LGS que tipifica la relación y dispone en forma imperativa que las pérdidas serán soportadas por los socios. A salvo la autonomía de la voluntad de remover causales reintegrando el capital social en el caso. Esto es coherente con el criterio de la Comisión presidida por Jaap Winter: el riesgo en la crisis patrimonial de Persona Humana es de sus acreedores, en el caso de sociedad es de sus socios.

La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal¹⁹ se introduce al Derecho Societario. Conservar la sociedad viable –que esta es la única empresa tutelable-, absolviendo el estado de crisis, evitando que se instale al avizorarla o instalada, es el postulado

¹⁸ PAZ-ARES, Cándido “¿Cómo entendemos y como hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)” en AAVV de su dirección TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA , Madrid 1997, Fundación Cultural del Notariado.

¹⁹ ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

conforme las conclusiones de la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2014²⁰, acordando “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia. Estos son los objetivos del Banco Mundial, las Directivas Europeas y toda posición sensata como lo previmos en 2012 con Manóvil y Roitman.

A diferencia de los contratos de cambio, la sociedad -que no es un contrato- exige para su extinción un proceso instituido por la ley como de orden público, que se inicia con la constatación o generación de una causal de disolución y prosigue con la decisión de iniciar la etapa liquidación, implicando realizar el activo para afrontar al pasivo, distribuyendo el remanente -de existir- entre los socios, poniendo fin al sujeto de derecho societario, haciendo así efectivo el derecho de la cuota de liquidación.

No existe modificación ni en el vínculo ni en la relación societaria por la generación de una causal de disolución. Esa constatación sólo crea una modificación de la organización societaria, en torno a la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño. La sociedad puede seguir actuando, con un agravamiento de responsabilidad (art. 99 LGS).

La causal disolutoria de pérdida del capital es la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios, y es similar a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial, financiero o económico, contenida en el ap. 4 del art. 94 LGS.

12. Ante la transferencia del riesgo a los acreedores, por quitas concursales y la posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad prevista en el art. 99 LGS ante la homologación de un acuerdo de mayorías, resulta conveniente constatar los limitados efectos de la “novación” concursal – art. 55 LCQ-, pues se intenta sostener²¹ como efecto de esa homologación concursal se extingue las acciones contra administradores societarios que pudieran ejercer los acreedores concurrentes. Miremos con atención que esta pasando y que podría pasar en el caso Vicentín.

Centrando atención en el efecto novatorio sostenido respecto a las acciones de responsabilidad, que he contestado oportunamente²², ahora sólo apuntaremos en limitado espacio: ¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creo, a veces ese es el momento a partir del cual el daño se hace evidente.

²⁰ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

²¹ TRUFFAT, E. Daniel “IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS”, en *Doctrina Societaria y Concursal* Ed. Errepar, n° 281, año XXIV, t. XXII abril 2011.

²² Nto. “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

El objetivo concursal es absolver la crisis de la sociedad²³, sin liberar a terceros patrimonios, y de allí el limitado efecto de la novación concursal, perfectamente descrito por Edgar Baracat. En identidad Heredia²⁴ remarca lo limitado de esa noción: “el efecto novatorio dispuesto por la ley concursal intenta facilitar al deudor la obtención de financiamiento y crédito después de homologado el acuerdo mediante la cristalización de su pasivo en un monto definitivo”. No de otros patrimonios. No puede extenderse a la obligación de reparar derivadas de la responsabilidad de administradores pues son obligaciones independientes, autónomas y de fuentes diferentes.

No existe duda del carácter imperativo de las normas de derecho societario para evitar daños a terceros, asegurando la función de garantía del patrimonio. Y es obvio que el recurso concursal ha sido utilizado con abuso de derecho y fraude a la ley societaria²⁵, sancionado por la legislación actual y mejor caracterizada aún en el art. 12 del Título Preliminar CCC.²⁶ Particularmente si hay daño por el acuerdo, no por la presentación en concurso.

13. La capitalización de deudas es una visión distinta para afrontar las crisis de sociedades sin daño matemático. El tema aparece como una *remake* en mi historia. Se viene incentivando “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso (los conocidos como institutos preconcursales). Precisamente destaca, la expresa previsión en nuestra LCQ de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, *debt equity swap*, como posiblemente integrante de los acuerdos preconcursales. Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa da alguna especialidad a los requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos prevista. Pero yendo más allá, con ocasión de esta reforma también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal resultante de la liquidación”. Esto podría creerse de mi pluma, pero no corresponde a la española Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019 y a la inmediata anterior reforma a la ley concursal española de concursos y refinanciación, art. 100, y no al art. 150 CCC introducido en el 2015 ratificando mi anterior interpretación. En el Concurso de sociedades deben evitarse prácticas que constituyan abuso del derecho en perjuicio de los acreedores. El apartamiento a normas societarias de carácter imperativo, constituyendo fraude a la ley. Debe evitarse la desnaturalización de los derechos de los acreedores. El Juez conforme le impone el art. 52.4 LCQ debe evitar los efectos de este ejercicio abusivo.²⁷

²³ Nto. “BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL”, en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba año 1979/1980, edición Universidad, Córdoba 1982, pág. 261.

²⁴ HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Ed. Ábaco, Bs. As. 2000, t. 2 págs.238 y ss. esp. págs. 250/5.

²⁵ Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en La Ley, 4 marzo 2013, LL 2013-B.

²⁶ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

²⁷ CNCom.Sala F.24/4/2012 en: “Talleres Reunidos ItaloArgentino S.A. s/ Concurso Preventivo”.

La eventual insuficiencia general de recursos es zona gris, pues la infrapatrimonialización constituye una línea roja, “red flags” que alertan aún en la “one dollar corporation”, cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido la garantía, rompiendo una barrera²⁸.

Sin duda la capitalización de deudas, incluso laborales, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad, el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias interesantes sobre el “accionariado obrero” y una visión del “capitalismo emprendedor”.

14. Como Karsten Schmidt, Gallego Corcóles y tantos otros apuesto al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis²⁹ ¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”. La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis puede generarles responsabilidad.³⁰

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad, compartiendo con los originales socios –que son los que tratan de impedir esa integración con quitas contrarias al sistema societario-. Bajo el principio de buena fe -art. 9 CCC-, Truffat señaló³¹ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, en tanto y en cuanto se pretenda la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina denomina: “el esfuerzo compartido”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva a los accionistas de la concursada una empresa revitalizada y que todo el daño recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”.

En tal orden Karten Schmidt exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-.

²⁸ Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC), pág. 1.

²⁹ Nto. “Enseñanza del Derecho Societario de crisis” en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n°364 Marzo 2018, p. 165.

³⁰ GALLEGO CÓRCOLES, ob. cit. pág. 381.

³¹ TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, México.

En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano³² expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así. En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia”. La doctrina italiana reitera que la reforma omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina³³.

15. He intentado trazar un marco de las escasas normas imperativas que limitan la autonomía en la construcción del estatuto de sociedades, y en esa ruptura que advierto en caso de crisis, cierro recordando trabajos en común con Juan Carlos Veiga, señalando esa imperatividad antes de la existencia del art. 150 CCC, catalogando como EL CONTRADERECHO a las costumbres contra legem que se suscitan en los concursos de sociedades, que referí en el abstract de este ensayo.

El eje es la conservación de la empresa viable y, de ser necesario, con la participación de todos los interesados (los stakeholders, y no meramente los shareholders). Un panorama claro para acercar actividad económica empresarial privada y no ahuyentarla...

Bajo ese cariz la determinación indicada en el art. 52.IV LCQ, es una apreciación del daño a reparar en la acción prevista en el art. 99 LGS. La norma refiere “Que el pago resultante del acuerdo impuesto, equivalga a un dividendo no menor el que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

Ahora: ¿queremos saber la verdad o pretendemos justificar como negocio jurídico lícito que los socios que decidieron continuar transfieran las pérdidas a los acreedores, vaya a saber como según Kölliker Frers, Martorell y el opoúsculo del recientemente fallecido Juan Anich en ese Congreso de La Cumbre del año 2000 que nos unió con Sanguino Sanchez y Karsten Schmidt, y puedan embolsar más o menos rápido jugosos dividendos como ha ocurrido en procesos concursales de sociedades no muy lejanos?

No soy muy optimista que todos decidan abrir los ojos...

Córdoba, 11.11.2022

UNA PARTICULAR BIBLIOGRAFIA. Que exhibi al final del ensayo, que permite advertir la visión doctrinaria.

GARCÍA CRUCES, José Antonio (Director) Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Zaragoza 2014.

MORENO SERRANO, Enrique Los administradores de una sociedad de capital ante una situación de insolvencia. Ed. Wolters Kluwer La Ley, Madrid 2015.

³² SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard*, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

³³ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

MOYA GIMENEZ, Antonio “La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes” Ed. Bosch 10ª. Edición, Barcelona 2015.

OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad, 2ª. Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Navarra 2011.

RECAMÁN GRAÑA, Eva Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis, Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2016.