

**IDEARIO DEL SISTEMA CONCURSAL EN LA REFORMA POR LEY 26.684\***

**Efraín Hugo RICHARD\*\***

Publicado en Jurisprudencia Argentina Fascículo 12, 21/9/2011, Doctrina pág. 3. JA 2011-III

**Sumario:**

**INTRODUCCIÓN - I – EL PANORAMA. II - AXIOLOGÍA. III – LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. 1. Preconcuralidad. 2. Libertad bajo responsabilidad. 3. Libertad bajo responsabilidad. 4. Pérdida del capital social. 5. La continuación inmediata. IV - LA TEMPESTIVIDAD EN LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO. LEY 26684. V – EL PLAN DE NEGOCIOS O DE EXPLOTACIÓN. 1. Las normas para la quiebra. 2. La audiencia y el *forum shopping*. 3. El plan de explotación. 5. Plan de explotación y pronto pago. 6. Algunas apostillas. VI – LA ORGANIZACIÓN COOPERATIVA. 1. Problemática de la organización. 2. En la continuidad de la actividad en la quiebra a través de los trabajadores. VII - SOBRE LA JUSTICIA OPORTUNA. LA VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS. 1. Los beneficios para los trabajadores. 2. Información de trabajadores no acreedores. 3. Crédito eventual para una propuesta heterónoma. VIII – LA CONFISCATORIEDAD. IX – RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y PLAN DE EXPLOTACIÓN EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y EN LA LIQUIDACIÓN. X - LA INTEGRACIÓN DE LAS PROPUESTAS. XI - SOBRE LIBROS DE REGISTRO Y SU PÉRDIDA. XII - EN CONCLUSIÓN. 1. Sobre una tesis compartida. 2. La transferencia de la empresa en crisis. 3. Pensamientos abiertos.**

-----  
**INTRODUCCIÓN.**

1. Unas líneas de recuerdos y anécdotas. Litigamos con la ley 11.719 y militamos en la Cátedra de Francisco Quintana Ferreyra y Francisco Junyent Vélez. Eran otros tiempos, otras prácticas. La junta con verificación e intervención de todos los acreedores, ni cesionarios ni subrogados, buena información a los acreedores, buena fe, dos años de espera o una quita de no más del 20%, o de intereses y un año de espera permitían a los comerciantes desventurados reiniciar su actividad productiva saneados.

Hemos tramitado acuerdos resolutorios, con desapoderamiento de los administradores de sociedades irregulares en el tiempo de suspensión de los obreros, cautelando a la empresa y a sus partícipes necesarios: los asalariados.

La conservación de la empresa y de los puestos de trabajo no se declamaba, era una práctica, y también una axiología. Y sobre eso trabajamos desde la modificación de la legislación societaria y concursal en el año 1972.

Observemos ahora la reforma por ley 26.684 de la ley 24.522. Hace justamente un mes que se promulgó y ya es físicamente casi imposible leer todo lo que la doctrina produce denostando la asistematicidad y particularmente la incongruencia de algunas soluciones.

La doctrina mayoritariamente se pronuncia desfavorablemente sobre ella y requiere una nueva ley de concursos. ¿Es esa la solución?

No nos enredemos en una oscura prolijidad, sin duda los jueces especializados resolverán adecuadamente con las normas actuales el caso concreto, que puede ser muy distinto de lo que pergeñemos desde la doctrina.

Por otra parte la ley misma, a la que se adiciona hoy la reforma, permite lecturas distintas, y existen hoy sobre la insolvencia societaria marcadas diferencias doctrinarias. Sobre el punto ponemos a disposición el libro "Perspectiva del Derecho de la Insolvencia" y un corto artículo "¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?".

Trabajemos sobre esa relectura, pues la exégesis ha sido expuesta magistralmente.

2.El constitucionalismo social, receptado en la Constitución de Córdoba esboza la idea de empresa como una forma de delegación de los poderes del Estado a una organización intermedia para posibilitar el cumplimiento de sus funciones y fines. El Estado asume el compromiso de mantener el orden jurídico, cooperar en la evolución progresista, programar el desarrollo, creación e independencia de la actividad productiva<sup>1</sup>.

Afirmábamos hace mucho que no creíamos que el cambio, que el siglo aún espera, se pueda lograr por una reforma de la sociedad Anónima exclusivamente. Ese instrumento jurídico del que es dable esperar importantísimas aunque imitadas realizaciones, pues no es por medio de la reforma de la sociedad Anónima que se plasmará la revolución social en la comunidad de trabajo dominada por una idea, que es la empresa, sino por una transformación de las estructuras sociales que permitan el reconocimiento del derecho de las grandes masas, que participan en esa comunidad humana<sup>2</sup>. Pensábamos en el rol de las cooperativas, desalentado por la acción estatal.

Doctrinariamente sana, esta visión se enfrenta con una falta de preparación de las personas concurrentes, y esa concepción parte de la existencia de un estado de prosperidad que no existe, pues enfrentamos una crisis de crecimiento insuficiente. Por ello se generan excesivas expectativas de bienestar no satisfechas por una tasa de crecimiento adecuado, y con una intervención estatal que no permite la operatividad de los derechos invocados, mientras se desarrolla una actividad empresarial no solidaria, estimulada por el mismo Estado y que perjudica a toda la actividad empresarial, debida y jurídicamente exteriorizada.

Sentíamos –y sentimos- la presión que esa organización económica generaba en el medio a través de quiénes la dirigían, verdaderos creadores del derecho, por medio de los usos y costumbres o de los contratos de empresa.

La empresa involucra aspectos de derecho público y derecho privado<sup>3</sup>, correspondiendo a una célula intermedia en el medio social, donde el rol del empresario es protagónico -cualquiera sea la concepción política en torno a la empresa<sup>4</sup>- y donde se nuclean intereses comunitarios, de los técnicos, los trabajadores, etc.. "Procuraremos que lo privado ordene las energías y los intereses de la sociedad... como organización del Estado, la empresa pública o privada se integra como un sujeto público... escalar, desde el bien particular del empresario, al bien común particular de la empresa y de éste al bien común general"<sup>5</sup>.

Se advierte un acendrado cuidado en los derechos del consumidor dentro del nuevo dualismo que tiende a reemplazar la anterior bipolaridad civil y comercial, ahora representada

<sup>1</sup> Cfr. RICHARD, Efraín H. *Tutela estatal en las sociedades por acciones*, en Rev. La Información, julio, p. 943 y ss. apartado 2.

<sup>2</sup> FERRO, Héctor *La empresa en la literatura jurídica nacional -a propósito de las conclusiones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Comercial* en E.D., t. 29; cfr. nuestro *Derechos patrimoniales de los accionistas*, Ed. Lerner 1969 p. 267.

<sup>3</sup> FRÍAS, Pedro J. *La hipoteca política y moral de la empresa* Editorial en La Voz del Interior del 28.9.92.

<sup>4</sup> MARZAL, Antonio "Empresa y Democracia económica" Ed. Argot, Barcelona 1983.

<sup>5</sup> Las palabras han sido entresacadas del artículo de Pedro J. Frías citado en nota precedente.

por empresa-consumidor. Y se tutela en forma genérica al trabajador, en nuestro país con normas de tutela del contrato de trabajo individual y en países en desarrollo con información sobre el desenvolvimiento económico de la sociedad-empresa.

Pero no se advierten tutelas substanciales y sí meramente formales en torno a la empresa. No se trata de subjetivarla, ni institucionalizarla, aún cuando la personificación de las técnicas jurídicas societarias o de la empresa individual implican una institucionalización jurídica, pues ni la nulidad puede generar su desaparición, para ello debe recorrerse el camino de su liquidación.

Se trata de entender cuáles son las obligaciones concretas de un directivo de empresa, de un administrador, de un representante orgánico de una sociedad. Y naturalmente la empresa es un conjunto de relaciones jurídicas y de hecho, susceptibles de un valor superior.

Y ese reconocimiento impone ser lúcido del rol del empresario en su dirigir y llevar adelante una empresa que, por conceptualización no sólo debe ser una organización económica<sup>6</sup>, sino solidaria<sup>7</sup>.

Por supuesto que esa dirección, ese encaminar, ese regir y dar reglas debe encuadrarse dentro de una escala de valores, una deontología, una ética para con la comunidad en la que se desenvuelve ese directivo, luego sus responsabilidades directas y eventualmente las responsabilidades que genera a la sociedad que dirige.

La íntima conexión de economía y derecho, si bien imbuida de economicismo y falta de solidaridad la primera y de formalismo el segundo, imponen la asunción de políticas legislativas claras<sup>8</sup>. Esa conexión debe reconocerse para adoptar políticas legislativas más eficientes, sin perjuicio de una mayor libertad pero con responsabilidad para con terceros, a la par de mayor seguridad jurídica. La alternativa en política legislativa es más normas o un derecho no formal sino vital. Un derecho que permita descubrir que los intereses y valores en juego, y que sólo a partir de ese punto puede aplicarse la solución de la controversia<sup>9</sup>. Esa actitud legislativa sólo se alcanzará cuando medie una conciencia social sancionatoria moralmente de las actividades económicas desviadas, dejando de considerar como triunfador al que dispone de riqueza cualquiera sea el medio empleado para obtenerla.

Se trata de referirse a ello en la reforma, pero sobre todo de la ley concursal en que se inserta.

## I – EL PANORAMA.

Cual es el ideario de la reforma? Se frustró? Hemos leído los importantes trabajos de Dasso, Gebhardt, Junyent, Rubin, Troppeano, Truffat, Vaiser, Vitolo –que se reflejarán en estas líneas- y parecería que sí se frustró. Pero tratemos de rescatarla en renovada visión de la ley en el esquema normativo argentino, dentro del que se integra la legislación concursal.

No descartemos que el éxito se produzca indirectamente disuadiendo de conductas inadecuadas a administradores y socios de sociedades en crisis. O sea que la reforma puede

<sup>6</sup> Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable.

<sup>7</sup> La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. "Sociedad y contratos asociativos" cap. "La empresa.

<sup>8</sup> Nto. *La economía del derecho* en *La Ley Actualidad* del 18.4.89, y "Economía y Derecho" en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año académico 1988 p. 525 y ss, y "La economía del derecho, la realidad y la empresa bancaria" en *Serie II, Obras número 22 de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 1990 p. 25 y ss..

<sup>9</sup> Nto. *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1979-1980 p.261.

**cambiar el panorama no por sus normas, sino por la preocupación que genere en las personas físicas involucradas, particularmente ante las resoluciones de la judicatura que integran el derecho vivo.**

**Revisemos el panorama constructivamente, tratando de no tener una visión apocalíptica, con una visión integral conforme corresponde a nuestro sistema jurídico, reflexivamente sin apuntar ni aciertos ni desatinos.**

**La reforma, y la realidad, apunta al concurso de empresas organizadas como sociedades. Y en la Ciudad de Córdoba los jueces competentes son especializados en asuntos societarios y concursales.** Los jueces tendrán que resolver con rapidez toda cuestión y evitar que el juicio se paralice, pues ello puede llevar a la destrucción de la empresa. Otaegui remarca esa necesidad aunque lo ha hecho respecto a la hoy remanida exclusión de voto.

**Debemos entonces reflexionar sobre ciertos aspectos que se tratan en la reforma, pero que generan reflejos en otros aspectos.**

Creemos que el cambio revolucionario desde el punto de vista jurídico es la posibilidad de compensación de las deudas laborales. El nuevo sistema de determinación del pasivo laboral real permitirá superar cualquier maniobra de despido a obreros en negro antes de presentarse, como se detectó en caso de pequeños concursos.

## **II - AXIOLOGÍA.**

**Reflexionemos ahora sobre el ideario concursal.**

**Hemos sostenido que la axiología de la ley concursal es la solución del antivalor que justifica su aplicación: la absolución del estado de cesación de pagos.**

**Indirectamente se asume un valor positivo y aceptable, pues ello es una forma de la conservación de la empresa, al hacerla viable eliminando su estado económico-patrimonial de cesación de pagos.**

¿Se apunta en la reforma a estos principios? Harto primariamente. Pero su ilustración, incluso la reacción de la doctrina y sus aportes interpretativos ayudará a la judicatura a resolver los infinitos casos que la realidad puede presentar. Pero también ayudará a enfrentar otros problemas, anteriores a la reforma, que deforman el sistema jurídico argentino.

En eso discurriremos.

## **III – LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.**

### **1. Preconcuralidad.**

**La justificación de un régimen concursal que suspende las acciones de contenido patrimonial, generando un proceso único –aunque hoy coexistan acciones declarativas en diversas jurisdicciones- es la existencia de cesación de pagos en el patrimonio de la deudora o de crisis general económico-patrimonial –atendida por el acuerdo preventivo no tan extrajudicial-, llamado APE.**

**Personalmente coincidimos con los idearios de los distinguidos concursalistas que publican al respecto del contenido que debe darse a un derecho concursal, en cuanto la deudora no sea una sociedad comercial, pues la ley específica societaria contiene normas imperativas que generan –al decir de la doctrina mundial- un sistema preconcural, y de conservación de la empresa y de los puestos de trabajo.**

**O sea que la conservación de la empresa organizada societariamente se encuentra consagrada por normas de la ley societaria. Y la legislación concursal debe interpretarse en consecuencia cuando recurra a su tutela una sociedad.**

### **2. Libertad bajo responsabilidad.**

**Reiteramos como principio fundante (u objetivo) la conservación de la empresa en crisis, tema ya tratando entre nosotros por Mauricio Yadarola en escritos del año 1925. La conservación de la empresa representa un objetivo del sistema jurídico general, desde la**

**Constitución Nacional en cuanto al derecho de asociarse, el nacimiento de la persona jurídica a través de un medio operativo libremente asumido y libremente patrimonializado.**

**La libertad se vincula directamente a la responsabilidad por el uso del medio técnico societario y al principio del que daña debe reparar.**

**Y en este aspecto, al referirse a la “conservación de la empresa” debe dilucidarse a cargo de quién esta esa conservación. Podemos dividir los períodos para esa conservación: antes de presentarse en concurso, al concursarse y en la quiebra.**

**No tenemos duda en la respuesta: básicamente de los administradores de la sociedad, secundariamente de los socios de la misma.**

**La acción de los administradores como buenos hombres de negocios es esa conservación. El sistema concursal se abre ante la cesación de pagos o ante la crisis general, y una empresa en esas condiciones puede no ser viable. Este es el primer punto a dilucidar: la viabilidad de la empresa superado ese estado de cesación de pagos, lo que se vincula a un análisis (test) y plan de acción.**

**Parecería que, ante la letra de la reforma, se piense que la conservación o planeamiento de la empresa está a cargo del Síndico o de los empleados/obreros. Pero ello lo es claramente en la quiebra, cuando los administradores de la sociedad concursada han sido desapoderados. En el concurso preventivo –y antes, reiteramos- la conservación de la empresa esta a cargo de los administradores y los socios.**

### **3. Funcionalidad legal.**

**Un análisis de la nueva ley no debería desprenderse de una visión integral sobre la funcionalidad del sistema concursal. La nueva ley esta vinculada a la conservación de la empresa con puestos de trabajo, y particularmente a las organizadas societariamente atento a la previsión del trámite del mal llamado “cramdown a la criolla” y que preferimos referir como “propuesta heterónoma”. La ley se enrolaría en una supuesta protección de puestos de trabajo en sociedades en crisis.**

**Este es el centro de la cuestión, y para ello debería estarse –y la judicatura es la que tendría que asegurarlo- que quiénes deben conservar la empresa lo hagan, dentro del principio de libertad bajo responsabilidad-, revisando que se hayan cumplido las normas imperativas de la ley societaria para la conservación de la empresa, y que eventualmente el síndico informe sobre ello, imponiendo la información sobre la viabilidad de la empresa desde antes de la presentación en concurso y en la presentación en concurso.**

**Se trata de revisar el sistema de preconcursalidad que existe en nuestra legislación, para así poder rescatar lo rescatable de esta inserción legislativa. Observémoslo.**

### **4. Pérdida del capital social**

**Esta causal de disolución se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance.**

**La ley concursal de Perú postula que la solución debe ser temprana iluminado por una norma imperativa sobre la pérdida del capital social... (tema que hace un par de años empezamos a comentar con Ricardo Belmaña).**

**Las normas societarias previenen en ese aspecto de conservación de la empresa, pues ante la pérdida del capital social se impone la capitalización –por diversos medios- o la liquidación. Piensen que, al producirse esa pérdida el patrimonio activo igual al pasivo, o sea que los acreedores sociales están resguardados. También protegida la empresa por la causal disolutoria de imposibilidad sobreviniente (por condición del patrimonio) de satisfacer el objeto social. Las miradas que centran la atención en el propio balance de la sociedad y la aplicación de las normas de reintegración de capital social, o su aumento, son ignoradas o denostadas por alguna importante doctrina concursalista, que basa el éxito de la presentación en concurso en lograr quitas y esperas desmesuradas.**

Decíamos que la acción de conservar la empresa debe estar a cargo de alguien y en el derecho societario lo es a cargo de los administradores, que deben transmitir los problemas y posibles soluciones a los socios, y estos resolver.

La nueva ley parece confiar esa conservación a los trabajadores, y a los sectores públicos y financieros.

La posición universal de hoy ante la crisis es conservar la empresa viable para el mantenimiento del empleo, del desarrollo de la comunidad urbana donde este inserta y por la riqueza que genere.

De allí la recomendación de que la crisis debe ser afrontada inmediatamente, tempestivamente para evitar el contagio.

Distingamos a su vez entre insolvencia y pérdida del capital social. Una sociedad puede actuar con solvencia por disponer de crédito ilimitado y tener una productividad rápida que genera un constante y renovado flujo de caja y haber perdido el capital social. En efecto, el pasivo sería muy superior al activo, o sea que no existiría patrimonio neto y por tanto se habría producido la pérdida del capital social, y serían aplicables las normas imperativas sobre disolución o reintegración. Y además, en caso de posterior cesación de pagos, la responsabilidad previstas en el art. 99 LS.

Si no hubiere pérdida del capital social, pero sí insolvencia por un activo inmovilizado no corriente y un pasivo menor pero corriente, la propuesta de acuerdo en el concurso de esa sociedad no debería proponer nada más que una espera, pues una quita sería innecesaria y abusiva.

Obviamente las normas resultantes del proceso de reforma legislativa dejan muchísimas dudas e inquietudes de no tenerse en claro los principios y la seguridad de actuación del juez, que debería hacerlo con la rapidez y seguridad que señala Truffat de los magistrados de U.S.A., al cuestionar traspolamientos legislativos sin tener en cuenta que el juez en ese país constituye la piedra de bóveda del sistema.

### **5. La continuación inmediata.**

La reforma introdujo algunas modificaciones en el art. 189 LCQ. En el primer párrafo, eliminó las palabras “sólo excepcionalmente” referidas a la posibilidad de disponer la continuación de la actividad de la quebrada.

Esta reanudación de la actividad productiva sólo podía disponerse “si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio”. A ello se agregó: “Si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse”, o si se “entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable”.

Y allí una duda: si hay un ciclo productivo pendiente se mantendrá la actividad aunque ello provoque “daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio”?

Pero a ello se agrega que si “las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación”, para conservar la fuente de trabajo, piden “la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos”, se infiere que el juez estará obligado a concederla aunque el emprendimiento no resulte “económicamente viable”, aunque no haya un ciclo productivo interrumpido, aunque exista peligro de “daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio”?. Sin duda no, como veremos se impone un proyecto de explotación.

Que dos terceras partes de trabajadores están legitimadas para generar esa petición?

Si todos los dependientes estaban en sus puestos de trabajo cuando el juez decide confiarles la explotación de la empresa, no hay duda: sobre ese universo se calcula el porcentaje legal, pero en caso contrario?

La reforma refiere indistintamente a **trabajadores en actividad y acreedores laborales, tipificándose situaciones distintas, pues los primeros pueden no tener acreencia alguna.**

En el art. 190 LCQ congruentemente también se eliminó el vocablo “excepcional” para referirse a la “posibilidad de continuar con la explotación de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha”.

El punto está siempre en la posible viabilidad, que obviamente luego se puede frustrar.

#### **IV - LA TEMPESTIVIDAD EN LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO. LEY 26684**

**Una forma de conservar la empresa es actuar diligentemente ante la crisis. Los administradores societarios deben advertirlo conforme estándar de conducta, y ponerlo a consideración de los socios. Existen normas imperativas y específicas para afrontar la crisis y darle solución.**

**De no poderse dar esas soluciones, o de haber insolvencia sin pérdida del capital social, recién se justificaría un oportuno concurso, no siempre así presentado, pues se detecta la cesación de pagos varios años antes de su apertura, como siguiendo un plan de insolvencia para hacer caja y prepararse para que terceros asuman la crisis.**

**Parecería no haber normas sobre ello en la reforma, pero esa actividad temprana aparecerá incentivada a través del *ARTICULO 1º — Incorpórase como inciso 8 del artículo 11 de la ley 24.522 y sus modificatorias, de concursos y quiebras, el siguiente texto: 8) Acompañar nómina de empleados, con detalle de domicilio, categoría, antigüedad y última remuneración recibida. Deberá acompañarse también declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social certificada por contador público.***

**Así se desnudará la tempestividad con la que se han presentado en concurso. Ello para tutelar al obrero, pero ese monto –y otros- determinará la masa crediticia para que ellos puedan considerar su intervención conforme lo previsto en el nuevo art. 48 bis, y también la posibilidad de no apoyar la propuesta y generar la continuación de la actividad a su cargo en la liquidación falencial por la compensación de sus créditos con el precio de la empresa en marcha.**

**Sin duda esto será apreciado por los administradores y asesores de la sociedad con preocupación, imponiéndoles conductas preconcursales o concursales tempestivas.**

**La eliminación de la alteración de los convenios colectivos está ligada a la tempestividad para afrontar la crisis. La solución para los administradores sería recurrir al régimen “de crisis de empresa, previsto por el Título III, Capítulo VI de la Ley N° 24.013 se estableció el procedimiento preventivo de crisis de empresas que fuera reglamentado a través del Decreto N° 2072/94, regulatorio del denominado “PLAN PARA EMPRESAS EN CRISIS”, mantenido por el Dcto. 265/2002, que en sus motivaciones señalaba “Que atento a que la finalidad de este procedimiento es preservar el empleo, resulta necesario requerir del empleador que proponga medidas encaminadas a superar la crisis o atenuar sus efectos”, recurso muy poco usado.**

Y así nos introducimos en un nuevo aspecto a destacar.

#### **V – EL PLAN DE NEGOCIOS O DE EXPLOTACIÓN.**

**Ya discurremos sobre a cargo de quién está la conservación de empresa. Ahora nos referiremos a acciones concretas.**

**La invocación de la conservación de la empresa es una letanía doctrinaria y una constante en las sentencias de homologación de acuerdos, generada sin mucho fundamento pues no se hace referencia a plan alguno que así lo permita presumir.**

Como consecuencia de la axiología comentada, hemos sostenido que debe haber un plan de negocios para superar la situación, que la presentación tiene que ser temporánea al estado de crisis para evitar el contagio y dañar a terceros, y evitar la quiebra de la empresa.

El plan de negocios o de explotación, da lo mismo el nombre, es un requisito substancial y no formal para llegar a buen fin en un concurso preventivo o en una quiebra con conservación de la

empresa. No es un requisito de admisibilidad, pero sí para permanecer en el manejo de la sociedad (acreditando diligencia) y luego para integrar la propuesta u homologarla.

En el concurso no se abre juicio sobre ese plan, eventualmente al homologar un acuerdo debería hacerse alguna referencia concreta y no una mera invocación.

En la quiebra, para la continuación del giro, el plan de explotación debe ser presentado o apreciado por el Síndico –conforme el caso- y aprobado por el Juez.

Ese plan es propio y esencial en una sociedad que lleve contabilidad, para tender aspectos contables y fiscales. Caso contrario no se acreditaría diligencia, y de generarse daño podrían haber acciones de responsabilidad contra los administradores.

La presentación del plan de negocios es denostada por la alguna doctrina basados en la pregunta sobre quién debe analizarlo. La respuesta es nadie, salvo que la ley lo requiera, como es el supuesto de la continuación del giro en la quiebra.

Recordemos las previsiones de los arts. 125.1 y 125.2 incorporados en el año 1983 a la ley 19.551.

El pronto pago impone un plan, normalmente de la administración societaria, y de no del Síndico, que hemos sostenido debe requerirlo a esos administradores, y auditarlo.

La pregunta formal sería: quienes tienen que hacer un plan de explotación? Sólo el Síndico o los trabajadores asociados en cooperativa? Tienen el juez y el síndico facultades para requerírsele a los administradores de la sociedad concursada? Es un abuso de facultades requerirlo? Es necesaria su evaluación en el concurso preventivo o basta su existencia a efectos posteriores (informe general del síndico, disposición de fondos, juzgamiento de culpa por acción u omisión de administradores y fiscalizadores)? **El síndico en su informe general deberá informar sobre el plan de empresa, la memoria social y comunitaria (relaciones laborales e impacto ecológico).**

Advirtamos que en la quiebra el juez puede requerir asesoramiento profesional específico para expedirse sobre el plan, y el Estado debe brindar asistencia técnica a la cooperativa de los trabajadores.

**Los administradores societarios tienen que planificar. Así lo exige la ciencia de la administración y la ley de sociedades –art. 59-. Se sostiene que la ley concursal no exige esa planificación, tema sobre el que nos hemos explayado repetidamente pues en el proceso concursal no se trata de aplicar sólo las normas del derecho específico sino de todo el plexo normativo y, particularmente, los principios de derecho público y privado.**

**Esa planificación debería ser analizada en el seno del órgano de administración y luego presentada al órgano de gobierno. Se señala hoy en la doctrina mundial que no importa quiénes sean o devengan en propietarios de una empresa en crisis sino la conservación del empleo y del giro normal, no contaminante. Y luego si se decidiera legítimamente presentar en concurso, esa presentación debería al mismo tiempo de señalar las causas de la crisis indicar como se pretende solucionarla, lo que se repite a través de uno de los tres requisitos de una propuesta válida de acuerdo.**

**Si esto no está en claro resulta difícil la inteligencia de la nueva ley, de deficiente sistemática, pero que sin duda será construída en cada caso por las decisiones de la judicatura que hagan prevalecer los principios socio jurídicos y económicos generales, sobre la de los administradores y titulares del patrimonio en crisis organizado como sociedad.**

1.Las normas para la quiebra.

*“ARTICULO 190.- Trámite común para todos los procesos. En toda quiebra, aun las comprendidas en el artículo precedente, el síndico debe informar al juez dentro de los veinte (20) días corridos contados a partir de la aceptación del cargo, sobre la **posibilidad de continuar con la explotación de la empresa del fallido** o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha. En la continuidad de la empresa se tomará en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo. A tales fines **deberá presentar en el plazo***

de veinte (20) días, a partir del pedido formal, un proyecto de explotación conteniendo las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará, del que se dará traslado al síndico para que en plazo de cinco (5) días emita opinión al respecto.

El término de la continuidad de la empresa, cualquiera sea su causa, no hace nacer el derecho a nuevas indemnizaciones laborales. **El informe del síndico** debe expedirse concretamente sobre los siguientes aspectos:

- 1) **La posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos, salvo los mínimos necesarios para el giro de la explotación de la empresa o establecimiento;**
- 2) **La ventaja que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha;**
- 3) **La ventaja que pudiere resultar para terceros del mantenimiento de la actividad;**
- 4) **El plan de explotación acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado;**

- 5) **Los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse;**
- 6) **En su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación;**
- 7) **Los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación;**
- 8) **Explicar el modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente.**

En caso de disidencias o duda respecto de la continuación de la explotación por parte de los trabajadores, el juez, si lo estima necesario, **puede convocar a una audiencia a los intervinientes en la articulación y al síndico**, para que comparezcan a ella, con toda la prueba de que intenten valerse.

El juez, a los efectos del presente artículo y en el marco de las facultades del artículo 274, podrá de manera fundada extender los plazos que se prevén en la ley para la continuidad de la empresa, en la medida que ello fuere razonable para garantizar la liquidación de cada establecimiento como unidad de negocio y con la explotación en marcha.”.

## 2. La audiencia y el *forum shopping*.

La habilitación de una audiencia para el diálogo formal entre los interesados en continuar con la explotación, puede ser una burla si la concursada ha recurrido al hoy conocido recurso del “forum shopping”, alejando la tramitación judicial del lugar donde contrajo sus obligaciones y donde trabajan sus empleados.

La reforma en el art. 190 usa un verbo en singular respecto a la presentación del plan.

En su primer párrafo se refiere a la posibilidad que “trabajadores en relación de dependencia... o de los acreedores laborales quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo” formulen pedidos de continuación, sin imponer que en la fecha del pedido tengan una cooperativa en formación, requiriendo que “deberá presentar... un proyecto de explotación”. O recargamos las obligaciones de alguna de esas dos formas de petición imponiendo que a esa fecha se encuentre en formación, con desgaste innecesario, o aceptamos que la petición la “deberán” presentar los peticionantes individualmente u organizados.

## 3. El plan de explotación.

Los arts. 191 y 191 bis determinan el contenido de la resolución judicial que debe pronunciarse sobre el **plan de explotación**, sobre la cantidad de personal afectado a la actividad empresaria, los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse, y el tipo de información que deberá suministrar el síndico y, en su caso, la cooperativa de trabajo.

Hasta ahora el informe del síndico del punto 1 del art. 190 LCQ debía dedicarse a analizar la posibilidad de mantener la explotación “sin contraer nuevos pasivos”. La ley de reformas le acopló: “salvo los mínimos necesarios para el giro de la explotación de la empresa o establecimiento”.

En todo caso lo que se debe procurar es que la nueva **actividad no sea deficitaria**, para no castigar aun más a los acreedores de la quiebra.

No se puede justificar la continuidad a cualquier precio.

**ARTÍCULO 18.-** *Sustitúyese el artículo 191 de la Ley N° 24.522 y sus modificatorias, de Concursos y Quiebras, por el siguiente:*

*“ARTICULO 191.-*

*La autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización, se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, en aquellos casos que lo **estime viable económicamente o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores** de la empresa declarada en quiebra.*

*En su autorización el juez debe pronunciarse explícitamente por lo menos sobre:*

**1) El plan de la explotación, para lo cual podrá hacerse asesorar por expertos o entidades especializadas;** (a los obreros los asesora el Estado conforme otra norma)

2) El plazo por el que continuará la explotación, a estos fines se tomará en cuenta el ciclo y el tiempo necesario para la enajenación de la empresa; este plazo podrá ser prorrogado por una sola vez, por resolución fundada.

3) La cantidad y calificación profesional del personal que continuará afectado a la explotación;

4) Los bienes que pueden emplearse;

5) La designación o no de uno o más coadministradores; y la autorización al síndico para contratar colaboradores de la administración;

6) Los contratos en curso de ejecución que se mantendrán; los demás quedarán resueltos;

7) El tipo y periodicidad de la información que deberá suministrar el síndico y, en su caso, el coadministrador o la cooperativa de trabajo.

*Esta resolución deberá ser dictada dentro de los DIEZ (10) días posteriores a la presentación del informe de la sindicatura previsto en el Artículo 190. La resolución que rechace la continuación de la explotación es apelable por el síndico y la cooperativa de trabajo”.*

4. La modificación del art. 191 se centra en el “resguardo de la conservación de la fuente laboral”. Obviamente una explotación deficitaria, sin un plan que prevea revertir esa situación, no resguarda los puestos de trabajo existentes.

El plan de explotación, la información adecuada, el tipo de actividad y, por ende, el ciclo productivo son pautas interrelacionadas a los fines de establecer el plazo de continuidad, determinando el tipo y periodicidad de la información que debe suministrar el síndico y, en su caso, la cooperativa de trabajo con la finalidad de poder realizar un adecuado seguimiento de la explotación de la empresa.

¿Y en la presentación en concurso?

De no haberlo hecho en la presentación en concurso de una sociedad, el Síndico o el Juez deberían requerírsele para ordenar el proceso, usando de las facultades previstas en el art. 275 LC..

Como veremos en un aspecto que abordaremos de seguido.

### **5. Plan de explotación y pronto pago.**

El art. 14 en su inciso 12 disponía “El síndico deberá emitir un informe mensual sobre la evolución de la empresa, si existen fondos líquidos disponibles y el cumplimiento de normas legales y fiscales”. Nos hemos ocupado de ello, sosteniendo que estando los administradores societarios a cargo de la concursada, debía limitarse a auditar la información que requiera a ellos

conforme la previsión general del art. 274 y específicamente del inc. 3º, y ante la negativa requerir al juez la aplicación de las previsiones del art. 17 2ª parte<sup>10</sup>.

**El aspecto del pronto pago se liga a esa norma y al inciso anterior, modificado. Y luego se concreta en la ejecución específica de ese pago.**

**ARTICULO 5º —Modificase el artículo 16 de la ley 24.522 y sus modificatorias, de concursos y quiebras, el que quedará redactado de la siguiente forma:**

***Artículo 16: Actos prohibidos. El concursado no puede realizar actos a título gratuito o que importen alterar la situación de los acreedores por causa o título anterior a la presentación.***

***Pronto pago de créditos laborales. Dentro del plazo de diez (10) días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los artículos 132 bis, 212, 232, 233 y 245 a 254, 178, 180 y 182 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744; las indemnizaciones previstas en la ley 25.877, en los artículos 1º y 2º de la ley 25.323; en los artículos 8º, 9º, 10, 11 y 15 de la ley 24.013; en el artículo 44 y 45 de la ley 25.345; en el artículo 52 de la ley 23.551; y las previstas en los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14.***

***Para que proceda el pronto pago de crédito no incluido en el listado que establece el artículo 14 inciso 11), no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo.***

***Previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado.***

***En todos los casos la decisión será apelable.***

***La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal.***

***La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural.***

***No se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, excepto en el caso de connivencia, temeridad o malicia.***

***Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el tres por ciento (3%) mensual del ingreso bruto de la concursada.***

***El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios, no pudiendo exceder cada pago individual en cada distribución un monto equivalente a cuatro (4) salarios mínimos vitales y móviles.***

<sup>10</sup> En este aspecto y tratando de iluminar las facultades del juez, en un debate suscitado se sugirió la aplicación de esa norma si se descartaba la verificación o se declaraba no admisible un crédito sustentado en un título de crédito, reconocido en la presentación, con apoyo de la doctrina judicial de los casos “Transline” y “Difry”, pues esa argumentación se fundaría en la presunta colusión de los administradores societarios con el pretense acreedor, y podía suponerse que esos administradores podrían estar repitiendo la maniobra en casos postconcursoales. Los jueces asistentes sostuvieron que no podían aplicar tal norma atento a que la inconducta debía ser postconcursoal. Entendimos que la medida podría aplicarse cuando se advirtiera –postconcursoalmente– una falsedad (en la presentación al declarar el crédito), o en la información que pudiera habersele requerido para que justificara la posterior observación del crédito, o una negativa a exhibir la documentación causal o el contravalor que debió haber recibido. Quedó así sujeto a criterios divergentes esa atribución del juez, aunque se advirtiera una inconducta anterior a la presentación de los administradores societarios. Obviamente la medida que sugerimos para estos casos es la de un coadministrador. De no el juez se convertiría en observador de conductas inconciliables con la lealtad que debe proceder un administrador.

Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras.

*En el control e informe mensual, que la sindicatura deberá realizar, incluirá las modificaciones necesarias, si existen fondos líquidos disponibles, a los efectos de abonar la totalidad de los pronto pagos o modificar el plan presentado....*

#### 6. Algunas apostillas:

Hemos sostenido con anterioridad que el informe impuesto al Síndico por los incs. 11 y 12 del art. 14 LC, en realidad deberían corresponder a una auditoría de la información facilitada por los administradores sociales a requerimiento de aquél, conforme la previsión del art. 275 LC.

Parecería que la ley pone a cargo del síndico detectar si hay fondos disponibles. No lo creemos así. La sociedad deudora podrá evitar la afectación del 3% de sus ingresos brutos con la presentación de fondos líquidos disponibles conforme a un plan de trabajo y afectación de fondos. Si ese plan no se presentare o si fuere observado por el Síndico o por los trabajadores o afectados, será el mínimo indicado lo que corresponderá distribuir en los créditos beneficiados, si el Síndico no detecta un monto mayor.

Si la concursada no formalizó un plan para justificar el monto de los “fondos disponibles” ni satisface ese pago mínimo debería imponerse la sustitución de sus administradores, por el juez o por la reunión de socios, pues su acuerdo no será homologable por inviabilidad de la empresa.

La inteligencia sobre los pagos excepcionales esta dividida. Vitolo estima que es una posibilidad de alterar las proporciones entre los exclusivos beneficiarios, mientras que Truffat entiende que no tiene inteligencia si fuere destinado a los trabajadores únicamente, y en ese aspecto no debemos limitar su aplicación a acreedores involuntarios. ¿Por que no a un proveedor persona física que fue contratado para un lujoso equipamiento, que lo obligó no sólo a invertir su tiempo y material, y que luego es aquejado por la edad o una enfermedad? U “otras que no admitieren demora”. ¿Cabrán allí la proveedora artesanal de poca envergadura que aprovisionó en exceso a la concursada, pagó IVA por el crédito devengado y que si no le pagan deberá quebrar –pues actuó sin plan de insolvencia- y caerán también muchísimos puestos de empleo? Recordemos la ley de factura de crédito o contrato de subprovisión.

Hasta podría el Juez hacer efectiva las previsiones del art. 99 LS conforme el caso.

Se trata, a nuestro entender, imponer a través de las facultades informativas de Síndico y Juez, que los responsables expongan un plan mínimo desde el origen del concurso, para solucionar el estado de cesación de pagos y conservar la empresa con sus puestos de trabajo. La falta de cumplimiento los requerimientos impondría la aplicación –atenuada o rigurosa según el caso- de las previsiones del art. 17 LC, y luego la eventual no homologación de un acuerdo por no asegurarse la continuidad de la explotación.

A la postre, la planificación empresarial no es sino una derivación de la llamada “responsabilidad social empresarial” o del “corporate goverment”, sobre las conductas de los administradores de las corporaciones.

#### VI – LA ORGANIZACIÓN COOPERATIVA.

La conservación de la empresa parece un postulado neto, pero no es tan claro en cuanto a puestos de trabajo, atento a que los trabajadores no son tales en las cooperativas de trabajo o

producción<sup>11</sup>, y la solución de la cooperativa es inviable en el caso que la concursada sea una sociedad que presta servicios tercerizados, proporcionando mano de obra para cumplir determinadas tareas tercerizables (art. 40 ley 15.877 y anteproyecto de reforma a la ley de cooperativas)..

Las cooperativas de trabajo responden a una clasificación de las sociedades cooperativas con relación a su objeto, siendo aquellas que organizan en común el trabajo de sus miembros brindándoles, precisamente, la ocasión de ese trabajo —cuestión sustancial que las diferencia de otras modalidades cooperativas como son las cooperativas de distribución — que, al mismo tiempo, pueden ser de consumo, provisión, crédito, seguro o de vivienda—; o de colocación de la producción.<sup>25</sup>

En un esquema macro económico, expresa Junyent, las cooperativas no buscan suprimir el capital, sino otorgar poder directivo a los trabajadores brindando sustento al mantenimiento de fuentes de trabajo, mediante la reducción de los costos de producción y manteniendo alejada de la marginalidad social a un importante grupo de personas que de otro modo padecerían la miseria de la falta de trabajo.

La conversión de trabajador asalariado a trabajador asociado debe ser adecuadamente asumido por el sector laboral al decidir constituir una cooperativa, que muchas veces no alcanza a comprender el nuevo rol que les corresponde y las posibilidades de que tiene en orden a establecer relaciones asociativas de colaboración para asegurar la continuación de la explotación.

En esta línea, cabe insistir que la cooperativa puede asociarse con otras entidades o sociedades para asegurar la gestión empresaria, constituyendo negocios en participación (art. 361 LS, agrupamientos de colaboración (art. 367 LS) unión transitoria de empresas (art. 377 LS), concorsios de cooperación (ley 26.005, contratos de explotación tambera (ley 25.169), *joint ventures* con una sociedad comercial o con una persona física que no sea trabajador de la concursada (por ejemplo, profesionales)? Esas contrataciones no aparecen prohibidas<sup>12</sup>; salvo que sea una forma de burlar la ley, pues el art. 5 de la ley 20337 permite que “pueden asociarse con personas de otro carácter jurídico a condición de que sea conveniente para su objeto social y **que no desvirtúen su propósito de servicio**”. **Por ejemplo podrá intervenir en agrupaciones para exportación.**

Cobra importante en la cooperativa el reglamento interno que establezca los diversos roles y el modo de reparto de los excedentes para evitar que se acuse a la cooperativa de una pantalla que oculta una empresa de otro tipo y evitar deformaciones que desmerecen el sistema.

¿Cómo sustituir el salario por los reembolsos? Un problema es si no todos los trabajadores aceptan formar la cooperativa, son excluidos? Si se decidiera aceptarlos sin duda el INAS lo autorizaría... pero se generarían nuevas tensiones en torno al cobro de salarios y la posibilidad de remunerar mensualmente a los socios con excedentes a cuenta.

## 1. Problemática de la organización.

**La cooperativa de trabajo o producción no puede incorporar asalariados, salvo situaciones excepcionales. La resolución INAC 360/1975 (todavía vigente) en su art. 1º establece como principio general que las cooperativas de producción o trabajo (salvo supuestos muy**

<sup>11</sup> “Ghelco S.A.”- Juzg. Nac. Com. n° 4, 01/03/2005, “Ghelco S.A. s/Quiebra”, Lexis N° 70021305-. El conflicto se suscitó cuando, después de haberse autorizado a una cooperativa de trabajo el uso de la planta de la fallida en los términos del art. 186 LCQ, se presentó un grupo de 17 ex trabajadores de la fallida que no integraban dicha cooperativa aduciendo la nulidad de la autorización y denunciando que tal cooperativa no representaba ni siquiera al 50% del plantel de los dependientes de la fallida, y que se les había impedido “...ejercitar su derecho al pronto pago y su privilegio especial de cobrar con lo obtenido de la realización de las materias primas y demás productos”.

<sup>12</sup> Stempels, Hugo J., “En la continuidad de la explotación de la empresa -regulada en el art. 190 LCyQ- puede utilizarse el contrato de colaboración empresaria como instrumento técnico de vinculación jurídica entre el quebrado (sujeto unipersonal o sociedad) y sus trabajadores en relación de dependencia (en actividad o acreedores laborales) quienes deberán actuar bajo la forma de una cooperativa de trabajo”, ponencia presentada ante el XXXVIº Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Mar del Plata, 5 y 6 de Diciembre de 2002.

**excepcionales) no podrán tener personal en relación de dependencia, lo que restringe sus posibilidades operativas, y con la resolución INAES 3026/2006 se dio alguna luz verde a este tipo de iniciativas estableciendo ciertas reglas para las cooperativas de trabajo planificadas por el Poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal.**

Rubin formula un excelente catálogo y como expresa Cracogna<sup>13</sup>, hay dificultades por la naturaleza misma de estas sociedades, pues según la ley 25877 los socios de las cooperativas de trabajo no son dependientes de tales entidades, pero, llegado el caso, podrían ser considerados dependientes del tercero que los contrata. Se pudo superar parcialmente esa situación cuando la Corte Suprema, en el caso "Lago Castro, Andrés M. c/Cooperativa de Trabajo Nueva Salvia Ltda. y otros"<sup>14</sup>, sentenció que la relación existente entre el socio de una cooperativa de trabajo y la entidad a la que este pertenece en calidad de asociado es un vínculo excluido de la relación de dependencia. Es un problema lo previsto por el art. 17 Ley 20337 que establece el ingreso libre, conformando el principio de "puertas abiertas", salvo por restricciones estatutarias basadas en el objeto concreto (cooperativa de trabajo de conductores vinculando el acceso a la cantidad de vehículos)

Conforme a ese libre acceso –y limitado egreso-, el capital de la cooperativa puede ser modificado permanentemente (art. 2 incs. 1º y 2º ley 20337), y los resultados favorables se reparten en proporción con el servicio que cada asociado haya hecho de sus servicios durante el ejercicio (arts. 2 inc. 6º y 42 inc. 5º ley 20337). El salario suele ser sustituido por retiros a cuenta de excedentes, lo cual puede generar graves problemas patrimoniales si el resultado no es el esperado..

La reforma al régimen concursal permite que los créditos laborales se transfieran a la cooperativa un medio de pago de las participaciones sociales si aprueba su propuesta heterónoma. Sin alterar el principio "un socio un voto" sin importar cuanto se aportó.

No queda claro y la doctrina se pregunta, lo que sin duda deberá ser resuelto por el juez en cada caso: a) quienes son los trabajadores que pueden fundar —ser iniciadores— o asociarse a la cooperativa de trabajo —¿los que están en actividad?, ¿también los ex trabajadores?, pueden otros terceros asociarse libremente a tal cooperativa; puede conformarse más de una cooperativa de trabajo?

Estos y problemas impensables podrán generarse, pero sin duda el Juez lo podrá resolver en el caso concreto.

Obviamente que otra cooperativa –de trabajo o no- podrá presentarse, pero no gozará de los beneficios que la ley otorga.

A su vez, respecto a los trabajadores pueden presentarse múltiples situaciones: El caso del trabajador que forma parte de la cooperativa, supuesto en el cual la relación de dependencia respecto de la quebrada concluye, aunque no se sabe con qué consecuencias. Caso del asalariado que no desea formar parte de la cooperativa, pero que es elegido por la cooperativa para que integre el personal en relación de dependencia de la empresa reconducida. Y el trabajador que no desea formar parte de la cooperativa y que no es elegido por la cooperativa para que integre el personal en relación de dependencia.

## 2. En la continuidad de la actividad en la quiebra a través de los trabajadores.

Aquí una sorpresa para ese caso en la quiebra y la continuidad del giro dispuesta por el deudor: se hace referencia a dos personas jurídicas: cooperativa u otro sujeto de derecho? *ARTICULO 23. — Incorpórase como último párrafo del artículo 197 de la ley 24.522 y sus modificatorias, de concursos y quiebras, el siguiente: No será de aplicación el presente artículo en los casos de continuidad de la explotación a cargo de una cooperativa de trabajadores o sujeto de*

<sup>13</sup> Cracogna, Dante, "Cramdown y cooperativas", J.A. 2000-I-711.

<sup>14</sup> CSJN, 24/11/2009, "Lago Castro, Andrés M. c/Cooperativa de Trabajo Nueva Salvia Ltda. y otros", Lexis N° 70058153; con comentario de Perciavalle, Marcelo L., "Cooperativas de trabajo: eventual relación laboral y solidaridad del consejo de administración", MJD4931.

derecho constituido por trabajadores de la fallida. Podemos pensar en una sociedad de capital e industria?

Esa referencia al “**sujeto de derecho constituido por los trabajadores de la fallida**” como alternativa de la cooperativa de trabajo es criticada por su indefinición. Dentro del principio de libertad, no se advierte prohibición que los trabajadores constituyan sociedades comerciales para llevar adelante la explotación de la fallida, naturalmente, en igualdad de condiciones con todos los demás registrados, quizá incorporando socios capitalistas. La figura podría ser la sociedad de capital e industria.

A su vez trae meditaciones la reforma del artículo anterior (196) con la referencia a cooperativa de trabajadores o cooperativa de trabajo. No se usa la expresión “trabajadores de la fallida” que se empleará en el artículo siguiente y se agrega otra fórmula. Deberá entenderse que la segunda puede ser una cooperativa abierta?

## VII - SOBRE LA JUSTICIA OPORTUNA. LA VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS.

Subrayamos, en ocasión del dictado de la ley 19551 y en torno a la suspensión de acciones de contenido patrimonial y fuero de atracción, la verdadera revolución que configuraba el nuevo sistema –a nuestro entender superior al actual-, y el anhelo que permitiera un cambio en los conflictos bilaterales, hoy reprochados en todo el mundo por su demora.

Sin embargo se involucionó tanto en la ley del 95 como en sucesivas reformas alentadas por la jurisdicción especializada de la Capital Federal por saturación.

Respecto de los trabajadores se intenta volver al régimen inaugurado en el año 1972, permitiendo un proceso colectivo de verificación de créditos, y su control, luego desdibujado por las necesidades de la organización judicial en la Capital Federal, y ahora incluso anticipándolo con el nuevo sistema de reconocimiento por pronto pago.

Se advierte un regreso a la inmediatez después de la anterior reforma al art. 21 ley 21.522. Se asegura la verificación de los créditos de los trabajadores, para asegurar después el uso de esos créditos con destino a la adquisición de la empresa, sea en el concurso preventivo, sea en la quiebra.

**Este aspecto se manifiesta en el ARTICULO 3º —Modifícase el inciso 11 del artículo 14 de la ley 24.522 y sus modificatorias, de concursos y quiebras, el que quedará redactado de la siguiente forma:**

**11) Correr vista al síndico por el plazo de diez (10) días, el que se computará a partir de la aceptación del cargo, a fin de que se pronuncie sobre:**

- a) Los pasivos laborales denunciados por el deudor;**
- b) Previa auditoría en la documentación legal y contable, informe sobre la existencia de otros créditos laborales comprendidos en el pronto pago.**

### 1. Los beneficios para los trabajadores.

El idario de la reforma. Es consolidar los derechos de los trabajadores (actuales y anteriores –acreedores-) de la concursada:

Aseguramiento de la verificación señalado precedentemente.

Eliminando la modificación del convenio por el juez.

Mantenimiento de los intereses moratorios tanto en concurso como en quiebra (art.137 LCT).

Transferencia de créditos anticipada en caso de propuesta heterónoma.

Preferencia para la adquisición de la empresa.

Compensación de créditos laborales con precio de compra.

Integración de los comités de acreedores sucesivos.

Otorgándoles información continua, incluso con audiencias.

Son entrenados para conducir la empresa: a) En la integración de los comités, que **tienden a familiarizar a los mismos con la planificación y ejecución de las actividades de la empresa. Como una forma de facilitar los inactivos Consejos de Empresa del art.68 de la ley 20744. La elección de los mismos deberá ser requerida por el Juez al abrir el concurso, pero los**

**trabajadores podrían adelantarse y, en conocimiento de la presentación en concurso organizarse para integrar electivamente el delegado o representante al Comité.**

b) En la información sobre acreedores (art. 34 reformado), sobre la que nos explayamos de seguido. c) Con la **audiencia informativa, vinculado a la aprobación de la propuesta o su negociación, art. 45 in fine, a la que deben ser citados y tienen derecho de concurrir (ARTICULO 2° — Modificase el inciso 10 del artículo 14 de la ley 24.522 y sus modificatorias, de concursos y quiebras, el que quedará redactado de la siguiente forma: 10) La fijación de una audiencia informativa que se realizará con cinco (5) días de anticipación al vencimiento del plazo de exclusividad previsto en el artículo 43. Dicha audiencia deberá ser notificada a los trabajadores del deudor mediante su publicación por medios visibles en todos sus establecimientos).**

### **1. Información de trabajadores no acreedores.**

También se permite el control e información de los trabajadores que no sean acreedores – reforma del art. 34-, entendiendo que los mismos no pueden hacer observaciones y limitarse a informarse para el supuesto que decidan intervenir en una propuesta “heterónoma” de los arts. 48 y siguientes.

Creemos que esa limitación no está justificada. Que se haría? Disponer el desglose? Eso no lo ordenan los Tribunales. Y en cuanto quede en el expediente ha cumplido su objetivo de informar al Juez, al Síndico, a los administradores y socios de la concursada, y a los demás concurrentes de hechos –y documentación- que puede ser muy relevante. Conforme a ello, esos trabajadores pueden también realizar observaciones, que pueden no tener trámite alguno, pero pueden ser útiles al síndico para su informe general y al juez tanto para verificar o no ese crédito, como para homologar el acuerdo. Supongamos que se trata de un trabajador de la contaduría de la sociedad, que tiene asegurado el pago regular de sus haberes por su rol, pero que conoce maniobras de traslado de fondos, o de generación de pasivos sin contrapartida. Y no se pretenda que en esos casos promueva algún incidente, pues correrá el riesgo de costas por razones formales o substanciales.

El *forum shopping* no puede mantenerse frente a las nuevas normas, pues implica alejar a los trabajadores de los preceptos que tienen a asegurar la verificación inmediata a través del pronto pago, la información de aún los no acreedores, su intervención en el comité de control, y su presencia en la audiencia informativa, además de los procedimientos para designar a sus representantes en el comité de control.

### **3. Crédito eventual para una propuesta heterónoma.**

Conforme la ley 26.684 los trabajadores "inscriptos" en la "cooperativa de trabajo de la misma empresa" que —a su vez— se haya registrado para intervenir en el procedimiento de salvataje, escapan en forma absoluta al procedimiento de verificación de créditos, e igualmente pueden hacer valer sus pretensos créditos; primero para participar en el proceso de propuestas de acuerdo de terceros (heterónoma), y luego para hacerlos efectivos por vía de una capitalización en la propia cooperativa.

Ello sin resolución judicial todo ello bajo un simple cálculo practicado por la Sindicatura por orden judicial, de por ahora un crédito eventual.

Sobre esta supuesta capitalización, que implica una transferencia del crédito del trabajador – incluyendo el que le corresponde por cesación del vínculo y por tanto eventual, se genera un aspecto adicional pues estarían percibiendo sus créditos en especie, pero ello lo es por su propia decisión conforme norma legal permisiva, y ejerciendo un derecho sin renunciar, ante la situación de crisis de su empleadora, intentan una gestión que recién de ser exitosa –en beneficio de la comunidad y de ellos- generan la transferencia del crédito atento su carácter de asociado a una cooperativa de trabajo para participar a través de ella en el procedimiento de salvataje.

En el procedimiento de salvataje los trabajadores que organizados en cooperativa adquiere las cuotas sociales o las acciones que representan el capital social no alteran la personalidad de la sociedad concursada. Esto trae otros problemas como el de socio único: la cooperativa de trabajo es socia única de una sociedad comercial.

**Recordemos que la ley societaria ante la pérdida del capital social exige para seguir operando, o sea conservar la empresa, la reintegración de ese capital o la capitalización del pasivo, que bien podría ser el de los trabajadores. Y que antes de homologar el acuerdo el Juez debería resolver la cuestión o intimar a que el capital quedará reintegrado o se capitalizará de alguna manera.**

En el acuerdo heterónimo del art.48 y ss. logrado por la Cooperativa en formación, homologado correspondería que la misma se haga titular de todas las participaciones societarias de la concursada. Devendría en socio único como cooperativa de trabajo dueño de una sociedad comercial.

Recordemos que para ese caso se genera una transferencia (de un crédito antes ya ponderado cuantitativamente) a favor de los trabajadores para integrar el capital de la cooperativa, no para pagar esas participaciones.

**No debe descartarse la transformación de la sociedad comercial en cooperativa para receptar el ideario de la reforma.**

## VIII – LA CONFISCATORIEDAD.

**Dasso sostiene “El artículo 48 bis no supera el test de inconstitucionalidad”**

**Es inconstitucional como por definición lo será cualquier regulación que permita a un tercero confiscar la empresa a su dueño en el trámite del concurso preventivo sin respetar el derecho de propiedad del mismo y, por si no bastara —como acontece en el trámite pergeñado en el novedoso art. 48 bis—, vulnerando el derecho de propiedad de los acreedores.**

Es condición respecto de su derecho de propiedad sobre la empresa y a la vez el derecho de propiedad de los acreedores –tema que hemos polemizado con Truffat- sobre sus créditos que la negociación del acuerdo sea realizado con los acreedores por cada uno de los cramdistas, o la propia sociedad concursada, en igualdad de condiciones (art. 48, inc. 4, 2da. oración: la sociedad deudora y los restantes interesados —cramdistas— procuran las conformidades a sus respectivas propuestas, "sin ninguna preferencia"), pues si no fuere así, aparecería violado tanto el derecho de propiedad de los cramdistas y de la sociedad concursada que resultaran perjudicados en un procedimiento desigual.

Téngase en cuenta que de esa competencia igualitaria surgirán las condiciones del acuerdo con los acreedores y el "justo precio" que deben percibir los socios o accionistas expropiados (art. 48 inc. 3, 3ra. oración inc. 7 b). Si es que les corresponde percibir algo atento las pérdidas patrimoniales que exhiba la declaración de aprobación de balances, y la valuación que se hubiere formalizado conforme lo previsto por el art. 48 inc. 3º-, y en caso de ser positivo con los ajustes previstos en el inc. 7 ap. b. del mismo artículo.

Sobre este tema, adhiriendo a la posición de Dasso, subraya Rubin que superando viejos prejuicios, hoy sabemos que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuando media arbitrariedad en la determinación de la utilidad pública<sup>15</sup>.

**Y estas apreciaciones y obligaciones judiciales son fundamentales para resolver la confiscatoriedad de propuestas –o acuerdos que se intenta imponer a terceros- de quitas y esperas predatorias, que sin duda sí son inconstitucionales por afectar el derecho de propiedad de los acreedores que no votaron o no pueden votar la propuesta confiscatoria.**

## IX – RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN Y PLAN DE EXPLOTACIÓN EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y EN LA LIQUIDACIÓN.

<sup>15</sup> SCBA, 18/02/2009, “O’Connor, Alberto M. y otro. s/Inconstitucionalidad ley 11.959”, E.D. Digital (55064).

**Con los obreros se marca más este requisito. Conforme el art. 192.-**

*Régimen aplicable. De acuerdo a lo que haya resuelto el juez, el síndico, el coadministrador o la cooperativa de trabajo, según fuera el caso, actuarán de acuerdo al siguiente régimen: 1) Se consideran autorizados para realizar todos los actos de administración ordinaria que correspondan a la continuación de la explotación; 2) Para los actos que excedan dicha administración, necesitan autorización judicial, la que sólo será otorgada en caso de necesidad y urgencia evidentes; 3) En dicho caso el juez puede autorizar la constitución de garantías especiales cuando resulte indispensable para asegurar la continuidad de la explotación. 4) Las obligaciones legalmente contraídas por el responsable de la explotación gozan de la preferencia de los acreedores del concurso; 5) En caso de revocación o extinción de la quiebra, el deudor asume de pleno derecho las obligaciones contraídas legalmente por el responsable de la explotación; 6) Sólo podrá disponerse de los bienes afectados con privilegio especial desinteresando al acreedor preferente o sustituyendo dichos bienes por otros de valor equivalente. 7) En caso que la explotación de la empresa o de alguno de los establecimientos se encuentre a cargo de la cooperativa de trabajo será aplicable el presente artículo, con excepción del inciso 3).* **Conclusión anticipada. El juez puede poner fin a la continuación de la explotación antes del vencimiento del plazo fijado, por resolución fundada, si ella resultare deficitaria o, de cualquier otro modo, ocasionare perjuicio para los acreedores.**

El art. 205 dispone:

*Enajenación de la empresa. La venta de la empresa o de uno o más establecimientos, se efectúa según el siguiente procedimiento: ...*

**8) A los fines de la adjudicación el juez ponderará especialmente el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresarial, mediante el plan de empresa pertinente y la magnitud de la planta de personal que se mantiene en actividad como tutela efectiva de la fuente de trabajo. El plazo para el pago del precio podrá estipularse en el pliego de licitación; ...**

## **X - LA INTEGRACIÓN DE LAS PROPUESTAS.**

Si no hay integración de la propuesta no hay propuesta. Tanto para la propuesta de la concursada como de terceros.

Vinculamos estos temas a la normal falta de integración de la propuesta por la sociedad concursada, con sus tres elementos: la propuesta en sí, el régimen de administración y disposición mientras dure el cumplimiento y la formulación del Comité definitivo de control de la propuesta, que impone un tanteo con los acreedores, pues requiere su conformidad.

Sobre ese régimen formalizamos una transcripción que repetiremos e identificaremos en el capítulo X, que **también califica la obligación de planificar por parte de los administradores de la sociedad concursada:**

***“De una lectura integral del sistema normativo concursal resulta una respuesta afirmativa a esa necesidad de planificación del saneamiento empresarial. Si bien el art. 11 no lo dice expresamente, ello resulta de entender funcionalmente el inc. 2: “Explicitar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera materializado”, que sin duda deberán estar acotados por las expresiones del administrador de lo que ha hecho para superarlos y de lo que hará al presentarse al concurso, pues no se asumirá responsabilidad en los términos del art. 59, Ley de Sociedades Comerciales, y 173, ley concursal 22.452. Esa lectura debe integrarse con el art. 16.2 LC, respecto a créditos de pronto pago “que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación”, y que es ello sino el análisis económico periódico (no anual) que permitirá afrontar esos pagos con disponibilidades. Si hubiere alguna duda, imbricando las normas concursales con las societarias, y se advirtiera un administrador abúlico y que no planifica, a los fines del art. 16 LC, el juez deberá pedirles informaciones de cómo está manejando la sociedad, y en el caso que “omita las informaciones que el juez o el síndico le requiera, incurra en falsedad en las que produzca... el juez puede separarlo de la administración...” (art. 17 2º***

*párrafo, LC). ... No hay duda que el Síndico deberá referirse a esa planificación en su informe general, vinculando los incs. 1 y 5 del art. 39. A estos fines tiene expresas facultades, conforme al art. 275, inc. 3: “Requerir al concursado... las explicaciones que estime pertinentes. En caso de negativa o resistencia, puede solicitar al juez la aplicación dl art. 17...”. En idéntica línea se ubican los incs. 4 y 6. Esta razonable interpretación se confirma mediante el texto del at. 45, cuarto párrafo: “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración...”. Las interpretaciones de esa referencia deberán formalizarse en forma congruente con los deberes de un administrador, y por tanto en el sentido de cómo desarrollar su administración, cómo dirigir el decurso de las actividades de la empresa. No cabe pensar en que se ha hecho referencia a la firma de negocios, pues deberá referirse a régimen de representación o de imputación o de legitimación. Régimen implica el modo de gobernarse o regirse en una cosa; regir es dirigir, gobernar o mandar, guardar, llevar o conducir una cosa. Administrar gobernar, dirigir o aplicar, reiterando la concepción de “régimen” como planificación de la dirección o gobierno de la empresa, o sea asegurar el cumplimiento del objeto social en caso de tratarse de una sociedad.... La falta de ese plan de administración o régimen de administración anexo a la propuesta de acuerdo o propuesta de solucionar el estado de cesación de pagos, conforma e la planificación futura de la empresa, impide su homologación, pues se tendrá la propuesta por no presentada... Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quien con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social. El juez concursal tiene esos medios a su alcance, sólo si cierra los ojos a la realidad y a una interpretación funcional de la letra de la ley, las cosas seguirán como hasta ahora. El síndico tiene la obligación de ayudarlo en esa tarea. Los problemas concursales –o de crisis de empresa– no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integra el análisis con las normas de organización de la empresa a través de la sociedad, contenidas en la ley 19550”.*

## **XI - SOBRE LIBROS DE REGISTRO Y SU PÉRDIDA.**

La desaparición de la documentación contable por incendio, sustracción, inundación, en supuestos que pueden verse en el reciente libro de Casadio Martínez<sup>16</sup> es parte de un plan, que un penalista ha denominado “de insolvencia”, tendiente a posicionarse frente a la decisión de abrir un juicio concursal, en el linde de configurar una tipo penal.

Ya anticipamos algo sobre el tema, vinculándolo a un plan de insolvencia.

Será igual la reacción de la judicatura ante la pérdida “no imputable” de libros y documentación tradicional en gran número de concursos? Se recordará que no es una carga sino una obligación en el caso de sociedades? El libro que exige el art. 1º de la reforma, integrando el inc. 8 del art. 11 es el referido por la ley 20744 en su art. 52.

Se busca evitar la informalidad laboral, pero puede acaecer que lo que se logre es agravar su situación, pues la sociedad empleadora puede prescindir de todos ellos y no registrarlos, ni la presunta deuda laboral que puedan lograr posteriormente que se les reconozca en un largo juicio.

Luego ¿qué ocurre con los dependientes que todavía no consiguieron ser reconocidos como acreedores en el proceso concursal? ¿Cómo resolver la situación de quienes estaban vinculados a la empresa “en negro”? ¿Cómo sabe el juez que están reunidos los 2/3 en los caso de quiebras sin libros de comercio o sin registraciones laborales, o con registraciones incompletas o poco confiables? ¿Cómo determina si está ante auténticos trabajadores o ante simuladores? ¿Alcanzará con que,

<sup>16</sup> CASADIO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo (“Informes del síndico concursal”, Ed. Astrea, Bs.As. 2011, pág. 162.

preliminarmente, se admita la demostración sumaria de esa condición presentando el telegrama de despido indirecto o directo o la declaración testimonial de los supuestos compañeros? ¿Qué hacer si después de admitir a la cooperativa de trabajo como continuadora del fallido se descubren anomalías? ¿Cómo obrar para deshacer lo hecho?

Respecto a los llamados trabajadores en situación irregular, debe distinguirse a los que se les paga como contratados, ejerciendo una actividad independiente –lo que puede repetirse en la cooperativa- y los pagos en negro. Estos últimos implican en una sociedad administración fraudulenta, además de la defraudación fiscal.

## XII - EN CONCLUSIÓN.

En una apreciación preconcursal, con un buen plan sobre viabilidad de empresa, en el encuentro entre empresarios y trabajadores, las soluciones están en la ley societaria<sup>17</sup>: por ejemplo art. 197.2 con categoría de acciones, con director de clase.

### 1. Sobre una tesis compartida.

Cerramos estas postulaciones con un recuerdo. Comenzamos a trabajar en estos aspectos hace treinta años, pero en una visión como la que hoy volvemos lo hicimos con dos distinguidos maestros cordobeses. Antes de mencionarlos, reiteramos algunas transcripciones:

*“La cuestión se centra sobre el buen hombre de negocios...No existe duda de que para la continuidad de la empresa el síndico “debe informar... sobre la posibilidad ....de continuar con la explotación de la empresa...” Y esta obligación natural de los administradores societarios aparece impuesto por el art. 181 al juez de la quiebra.... Si esa conducta se pretende de los funcionarios judiciales, es exigible una similar para el administrador natural de la empresa En su presentación la concursada deberá presentar su plan de dirección o de empresa, que en lo interno debe haber presentado a sus socios para superar la cesación de pagos. De una lectura integral del sistema normativo concursal resulta una respuesta afirmativa a esa necesidad de planificación del saneamiento empresario. Si bien el art. 11 no lo dice expresamente, ello resulta de entender funcionalmente el inc. 2: “Explicitar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera materializado”, que sin duda deberán estar acotados por las expresiones del administrador de lo que ha hecho para superarlos y de lo que hará al presentarse al concurso, pues no se asumirá responsabilidad en los términos del art. 59, Ley de Sociedades Comerciales, y 173, ley concursal 22.452. Esa lectura debe integrarse con el art. 16.2 LC, respecto a créditos de pronto pago “que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación”, y que es ello sino el análisis económico periódico (no anual) que permitirá afrontar esos pagos con disponibilidades. Si hubiere alguna duda, imbricando las normas concursales con las societarias, y se advirtiera un administrador abúlico y que no planifica, a los fines del art. 16 LC, el juez deberá perderles informaciones de cómo está manejando la sociedad, y en el caso que “omita las informaciones que el juez o el síndico le requiera, incurra en falsedad en las que produzca... el juez puede separarlo de la administración...” (art. 17 2º párrafo, LC). ... No hay duda que el Síndico deberá referirse a esa planificación en su informe general, vinculando los incs. 1 y 5 del art. 39. A estos fines tiene expresas facultades, conforme al art. 275, inc. 3: “Requerir al concursado... las explicaciones que estime pertinentes. En caso de negativa o resistencia, puede solicitar al juez la aplicación dl art. 17...” En idéntica línea se ubican los incs. 4 y 6. Esta razonable interpretación se confirma mediante el texto del at. 45, cuarto párrafo: “El deudor deberá acompañar, asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración...”. Las interpretaciones de esa referencia deberán formalizarse en forma*

<sup>17</sup> Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?, conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág. 527.

*congruente con los deberes de un administrador, y por tanto en el sentido de cómo desarrollar su administración, cómo dirigir el decurso de las actividades de la empresa. No cabe pensar en que se ha hecho referencia a la firma de negocios, pues deberá referirse a régimen de representación o de imputación o de legitimación. Régimen implica el modo de gobernarse o regirse en una cosa; regir es dirigir, gobernar o mandar, guardar, llevar o conducir una cosa. Administrar gobernar, dirigir o aplicar, reiterando la concepción de “régimen” como planificación de la dirección o gobierno de la empresa, o sea asegurar el cumplimiento del objeto social en caso de tratarse de una sociedad.... La falta de ese plan de administración o régimen de administración anexo a la propuesta de acuerdo o propuesta de solucionar el estado de cesación de pagos, conforma e la planificación futura de la empresa, impide su homologación, pues se tendrá la propuesta por no presentada... Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores o financistas un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. No corresponderá sino extirpar lo más rápido posible de la comunidad a quien con su actuación genera incumplimientos que, como un tumor canceroso, tiende a afectar la totalidad del cuerpo social. El juez concursal tiene esos medios a su alcance, sólo si cierra los ojos a la realidad y a una interpretación funcional de la letra de la ley, las cosas seguirán como hasta ahora. El síndico tiene la obligación de ayudarlo en esa tarea. Los problemas concursales –o de crisis de empresa- no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integra el análisis con las normas de organización de la empresa a través de la sociedad, contenidas en la ley 19550“.*

Esas expresiones corresponden al trabajo *Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?*, que a poco de la vigencia de la actual ley concibiéramos en común y mandáramos a publicar en la Revista verde. Se trataba del grupo de trabajo que integrábamos con los Dres. Francisco Junyent Bas y Orlando Muño<sup>18</sup>. Vale el recuerdo? Con nuestras personales perspectivas mantenemos aquellas afirmaciones, que hemos tratado de consolidar en la visión de la reforma y de las realidades posteriores.

## 2. La transferencia de la empresa en crisis.

Avizoramos frente a los problemas de la crisis de las sociedades, pero más aún en la conflictividad social, hacen falta nuevas actitudes en defensa de los puestos de trabajo y de la productividad. Ello impone una nueva actitud de trabajadores y empresarios en como afrontar las disidencias, sin conflicto laboral pero con rápidas respuestas.

**Los trabajadores no han querido ser acreedores, no han otorgado crédito.**

**Cuando el valor patrimonial de la sociedad no permite satisfacer su pasivo, los accionistas perderían interés en la gestión, y los acreedores en cambio pasan a tener interés fundamental en la prosecución exitosa de la actividad. Y los trabajadores más, no sólo por su crédito sino para mantener sus puestos de trabajo.**

**Se plantea así, como un objetivo de una reforma de la legislación concursal, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo<sup>19</sup>. En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad, con particular intervención de los trabajadores involucrados.**

<sup>18</sup> En Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires 1997, tomo 30 pág. 525.

<sup>19</sup> Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial STANGHELLINI, Lorenzo *Proprietà e controllo del'impresa in crisis* Rivista delle Societa anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente.

Los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho<sup>20</sup>, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación.

La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuvimos en el año 1981 en torno a la “Conservación de la Empresa”, recordando a Abadesa “la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”<sup>21</sup>. La posición doctrinaria es antigua y se corresponde a un sistema integral del derecho de las sociedades personas jurídicas.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no podemos aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el “esfuerzo compartido” en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Y los trabajadores podrían compartir la titularidad de un porcentaje de acciones a través de una compensación entre sus créditos y la capitalización de los mismos, como hemos señalado.

Quizá sea necesaria una gran crisis social para que comprendamos que los problemas de la comunidad los debemos afrontar entre todos, unidos y no en la discordia y el conflicto, aportando más económica o intelectualmente los que puedan hacerlo.

### 3. Pensamientos abiertos.

Por eso creemos que la reforma actuará disuasivamente sobre ciertas conductas de administradores y socios, devolviendo el equilibrio y la razonabilidad, ayudando a que los administradores –a veces acuciados por los socios o terceros- eludan sus deberes de diligencia y lealtad para con la sociedad, e indirectamente con acreedores y socios.

En cuanto a la pregunta que nos hicimos inicialmente sobre el requerimiento mayoritario en torno a reforma integral de la ley de concursos sobre si es esa la solución. Entendemos que no, hasta que no comprendamos y apliquemos que las soluciones de las crisis de sociedades se encuentran en la ley societaria, cuya aplicación preventiva habría solucionado la mayoría de los más intrincados juicios concursales, como en la práctica ocurre diaria y silenciosamente por la acción de administradores y asesores calificados.

---

<sup>20</sup> STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

<sup>21</sup> En Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba tomo XXV pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comunicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981.