

Para Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires noviembre 2011.

El eje de la reciente reforma de la legislación concursal por ley 26.684, a nuestro entender, debe concebirse dentro de un ideario económico jurídico en torno a la conservación de la empresa organizada societariamente (arts. 48 y 48 bis de la ley 24.522 reformada). Conservación de la empresa que impone ciertas apreciaciones previas, para recalcar en el aspecto en la defensa de los puestos de trabajo y los derechos de los empleados.

## I – INTRODUCCIÓN EN TORNO A LA EMPRESA

1. Nos concentramos en la continuidad de la empresa viable, particularmente de la organizada societariamente, y ante la crisis mundial volvemos a recordar que existe demasiado dinero electrónico circulando por el mundo, que no se vincula a la actividad productiva sino a la especulación financiera, con la creencia que esta genera utilidades. Ya nos hemos ocupado de estos temas, y sigue asombrándonos que los gobiernos no actúen frente al “indirect doing business” que ilícitamente se practica en forma pública y notoria como la forma corriente del traslado de fondos al exterior que públicamente se computa.

Nuestra preocupación es rescatar la legítima participación de lo financiero en lo productivo, alentando la libertad responsable y desalentando las prácticas ilícitas. Mientras mundialmente no se enfrente la globalización financiera y se atienda a un capitalismo productivo las crisis se sucederán, por la sobreabundancia de capitales que prestan a gobiernos sin preocuparse del destino de los fondos, que los gobernantes los usan con la sola preocupación de no atenderlos en su período de mando.

Concebimos la posibilidad de integrar a empresarios, capitalistas y trabajadores en la empresa para el desarrollo social sustentable y bajar los índices de marginación. Claro que ni la inflación ni los conflictos laborales son funcionales a esa idea. No descartamos ni el accionariado obrero, practicado espúreamente en las privatizaciones en los 90, ni la participación en las ganancias prevista por la ley societaria argentina del año 1972. Los conflictos que impiden la continuidad productiva, asambleas, bloqueos, huelgas, deberían reconsiderarse en un nuevo pacto social, sin mengua de los derechos de los trabajadores, mejor informados en la marcha de la empresa en forma compatible a lo que pregona la doctrina de la “responsabilidad social empresaria”. Ello impondría nuevos instrumentos eficientes para superar los conflictos. La conciliación obligatoria responsable para empresarios y obreros, sin mengua de la intervención sindical, y ante el mantenimiento del conflicto la imposición de soluciones jurisdiccionales inmediatas, sea por la vía del arbitraje o judicial debería ser el nuevo camino. No es ajeno a esta ideología el Real Decreto 7/2011 del 10 de junio de Reforma de la Negociación Colectiva en España, publicado en Boletín Oficial del Estado el sábado 11 de junio de 2011.

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 en los 60 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.

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

2. 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. Los concursos de sociedades son una prueba de ello.

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 en las dos primeras etapas: básicamente de los administradores de la sociedad, secundariamente de los socios de la misma. Aunque la ley de concursos sólo se preocupa por la tercera etapa.

Por ello, parecería que, ante la letra de la reforma concursal por ley 26.684, se piense que la conservación o planeamiento de la empresa está a cargo del Síndico o de los empleados/obreros. 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.

Un análisis de la nueva ley no debería desprenderse de una visión integral sobre la funcionalidad del sistema concursal. La nueva ley está 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 nueva inserción legislativa.

## II – SOBRE LA REFORMA A LA LEY CONCURSAL

La nueva ley afronta la protección del trabajador y eventualmente del empleo o de una fuente de ingreso (cooperativa de producción o trabajo). Trataremos algunos de sus tópicos.

Sin duda debe inspirarse en la realidad de la organización empresarial y el rol del empresario, del capitalista y del empleado, en el caso ante una crisis concreta.

Pero ello supone reconocer que en la presentación en concurso –ante la vía usada para afrontar la crisis), las causas de ella deberán ser señaladas, identificándolas. Y al margen de la apertura del concurso al constatare el cumplimiento de esos requisitos, en el proceso quedará identificado si hay insolvencia, incluso con la pérdida del capital social, o meramente cesación de pagos pese a la solidez patrimonial (recordemos que aquella causal de disolución fue suspendida por varios años ante la crisis del año 2001), y a su vez se deberán exponer –antes también se exigía pero no en la forma destacada que ahora se impone- las deudas con los empleados para así determinar la tempestividad con que se asumió la solución de la crisis.

Es importante acordar que los empleados no son otorgantes de crédito, aunque puedan resultar acreedores.

---

<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.

Ante la crisis y la situación actual deben desenvolverse dos posturas: La relación empresa-obrero, con participación en las utilidades, conocimiento de balances, posibilidades de pago con acciones, solución de los conflictos para asegurar el normal desenvolvimiento de los procesos productivos que generan la riqueza de un país, a fin de defender a la empresa sin perjudicar a ninguno de los concurrentes, y ante el concurso, o antes, asumir que los trabajadores puedan devenir en dueños de la empresa.

Quizá la nueva ley, y la correcta interpretación de cómo deben abordarse las crisis societarias, actúe como disuasorio de ciertos acuerdos predatorios, y converjan en la protección de la empresa y la buena relación empresario-obrero.

Cual es el ideario de la reforma?<sup>3</sup> Se frustró? Hemos leído los importantes trabajos de Dasso, Gebhardt, Junyent, Rubin, Troppeano, Truffat, Vaiser, Vitolo –entre otros 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.

Revisemos el panorama constructivamente, tratando de no tener una posición 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; lo ha hecho al tratar 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.

### III - SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA<sup>4</sup>

1. Hay que preocuparse que una empresa se torne obsoleta y que mantenga su presencia en el mercado. En ese marco nos referimos a dos aspectos: a cargo de quién se encuentra la conservación de la empresa y si son adecuadas las normas para enfrentar esas crisis patrimoniales.

Ante la convergencia en el interés de “conservar la empresa”, esa “conservación” implica una acción que debe estar a cargo de alguien. Ese alguien no puede ser ni los acreedores ni el juez o funcionario concursal, ni el Estado –aunque muchas veces se intenta que lo haga-, sino los administradores y socios de la sociedad en crisis, partiendo de la autonomía de la voluntad total de los mismos para crearla, dotarla patrimonialmente y administrarla. Con esta visión, el salvataje concursal de empresas desarrolladas por sociedades puede avanzar sobre la propiedad de los socios que se desentendieron de las soluciones societarias, intentando un negocio, y de los administradores que no encontraron los caminos previstos en el sistema de organización de su dirigida. al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, cual son los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc..

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios<sup>5</sup>. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida

<sup>3</sup> *Ideario del sistema concursal en la reforma por ley 26.684* en Jurisprudencia Argentina, fascículo 12 21.9.2011, 2011-III-3

<sup>4</sup> Nos hemos preocupado desde hace tiempo y últimamente en artículo del mismo nombre publicado en “Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1397.

directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial<sup>6</sup>.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa. El derecho societario brinda adecuadas tutelas para que la sociedad pueda cumplir su objeto, elemento contractual en cuya efectivización convergen y se subsumen los intereses individuales de los socios y que sirve para objetivar el mal llamado interés de la sociedad<sup>7</sup> como forma de materializar la "idea de empresa".

Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutoria de una sociedad, debe evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser “salvado”.

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. El análisis no debería centrarse en el concurso, sino en la etapa preconcursal de la funcionalidad societaria, sugiero por el *obiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Comercial del Plata”<sup>8</sup>.

Esta visión implica claramente poner acciones y deberes en cabeza de los administradores de la sociedad o ente, que actuando como “buenos hombres de negocios” deben adoptar las acciones para mantener viable a la empresa –para que sea tal-, alejándose de actitudes omisivas frente a la crisis.

El interés a tutelar está vinculado a una axiología de la empresa y del sistema jurídico societario y particularmente el concursal como solución residual, sobre lo que nos hemos expedido<sup>9</sup>. El valor es restituir a la empresa –o la sociedad- su viabilidad funcional.

2. ¿Qué es empresa? Conforme el Diccionario de la Real Academia, “empresa” es definida como “Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo. Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos. Lugar en que se realizan esas actividades. Intento o diseño de hacer algo”.

---

5 *La conservación de la Empresa* 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; *Los administradores societarios y la insolvencia* RDCO n° 203 pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar). MICELLI, María I. *Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito* en Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano, cit., t. II pág. 631 y ss..

6 Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la Ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la Asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

7 ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

8 Nto. ¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE) en libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Buenos Aires 2010, págs. 3 a 78.

9 Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, particularmente el capítulo “ AXIOLOGIA DEL DERECHO CONCURSAL”, donde se reproduce la Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008), y RDCO Ensayo sobre la axiología del derecho concursal en RDCO pág. 313 a 380 n° 235, Marzo/abril 2009.

Al hablar de “empresa” idealizamos su potencialidad para generar riqueza, bienes, empleo, utilidad. Empresa es para nosotros “actividad enderezada en organizar”, y en caso de elegir la estructura societaria esa actividad queda vinculada al cumplimiento del objeto social como forma darse la idea de empresa. Así se debe hablar de planificación en la organización, capitalización para la actividad –y que no devenga en ilícita por afectar a terceros-, y en la conservación de la empresa, pues el negocio causal vinculado al cumplimiento del objeto (su organización en la actividad) impone esa planificación y dotación patrimonial suficiente. Para nosotros la empresa no viable no es empresa<sup>10</sup>.

Para abordar esas cuestiones debe primar una nueva concepción metodológica: ante el método de cambio, debe usarse el método de empresa. Para la actualización interpretativa o normativa de un sistema estructurado para las relaciones de cambio, el método de empresa. En el primero juega la relación contractual, a veces desfigurada por la posición dominante; en el segundo campean las multirelaciones, intereses convergentes, el derecho a la libre competencia y concurrencia en igualdad.

Hemos vinculado a la empresa con “organización”. De allí la necesidad de construir un sistema de las “relaciones de organización”, en integración y por contraposición a como se construyó el sistema de relaciones de cambio; y la necesidad referida a un “método de empresa”, a diferencia de un “método” tradicional. Ese método de empresa, de relaciones de organización, se vincula al interés jurídico en atender a la noción de empresa, que aparece en orden a la “conservación de la empresa”, particularmente ante la crisis o en el derecho concursal (banco de pruebas de las relaciones patrimoniales convergentes sobre un patrimonio).

El método de empresa implica vincular la multilateralidad de la relaciones<sup>11</sup>, su proyección integral, con visión economicista pero al mismo tiempo solidaria. El Estado al abandonar la actividad de mercado, dejándola al sector privado, tiene la función esencial de asegurar la solidaridad en el mismo, que no debe ser sólo de vigilancia, sino específicamente normativa. Ejemplo de ello se advierte en las leyes de concursos y en la ley general de cheques argentina<sup>12</sup>. El "análisis económico del derecho" es un método de análisis que se enrola en el método normativo de las relaciones de organización.

La evolución y construcción fragmentaria del derecho de los contratos de colaboración y sociedades<sup>13</sup> marca justo el nudo de la inflexión doctrinaria: 1. abarcar todo el esquema con un concepto amplio de sociedad, que comprenda inclusive a los contratos de colaboración empresaria, dentro de los que se reconocerían ciertos tipos subjetivizados de sociedad -como el original sistema alemán y suizo-, o 2. ajustar el concepto de sociedad en forma estricta a las formas subjetivizadas, sin perjuicio de reconocer que el contrato constitutivo de esas personas, cuando fuera tal, estaría dentro de los contratos asociativos -como el sistema español, francés o italiano-.

---

<sup>10</sup> *EMPRESA Y ECONOMÍA (LA UNIDAD DE NEGOCIO, LA EMPRESA, LA PLANIFICACIÓN, LA ACTIVIDAD, LA ORGANIZACIÓN Y SU PERSISTENCIA)* en “Tratado de la empresa”, tomo II Capítulo XXIII pág. 824 a 925, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 2010, AAVV bajo la coordinación de Ana Isabel Piaggi.

<sup>11</sup> P.ej. en cierto contrato de colaboración: Quién formaliza un franquicia tiende a tener más beneficios por su mayor penetración en el mercado a través del franquiciado. El franquiciante tiene una clara visión de la relación de empresa y de la relación de consumo que proyecta.

<sup>12</sup> Ley n° 24.452, anexo I, vigente desde el 2 de mayo de 1995, que incorporó un nuevo título valor: el cheque de pago diferido, en cuya gestión asumimos responsabilidad contratados por el Banco Central de la República Argentina, si bien concebimos el sistema en forma electrónica y altamente simplificada, en conexidad con la ley de factura de crédito que concebimos bajo políticas delineadas por el Banco Central y la Cámara de Diputados de la Nación.

<sup>13</sup> Nto. “Persona y empresa”, en libro colectivo *Derecho y Empresa* en homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, pág. 341 y ss., Buenos Aires.

La organización de la empresa se formaliza normalmente a través de la sociedad-sujeto de derecho como medio técnico de simplificación de las relaciones internas y externas. La sociedad-empresa, por otra parte se vale en la organización de la producción y comercialización de otras sociedades, ligadas por contratos de distintos tipos, entre los que se destacan los de colaboración o cooperación y los de cambio con cláusulas de resultado, contratos "con" participación o "de" participación<sup>14</sup>. En todos los proyectos y anteproyectos de reformas al Código Civil o Ley de Sociedades y Contratos de Colaboración<sup>15</sup>, se mantiene la misma zona gris y de riesgo para los negocios de organización, como lo son los joint ventures contractuales o asociativos. La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de organización<sup>16</sup>.

Se sostiene que la "empresa" no es nada en el aspecto jurídico, que no es sujeto, ni objeto de relaciones jurídicas y decir que es una actividad no tiene sentido jurídico. Sin embargo la actividad, como concatenación de actos tiene efectos jurídicos: arts. 19 y 20 LS<sup>17</sup>.

En resumen, la empresa es una unidad económica y social, a diferencia del establecimiento, que es más una unidad técnica<sup>18</sup> y material. Se registran tantas nociones como autores se han ocupado del tema<sup>19</sup>. Nos inclinamos por una noción funcional y organizativa: la actividad<sup>20</sup>, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su repetición, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada<sup>21</sup>.

La empresa que no es autosuficiente no es empresa. Hay que dotarla patrimonialmente para que la actividad sea lícita. No importa quiénes sean los dueños para el mundo jurídico sino que actúe lícitamente.

Hay una serie de apotegmas usados en el derecho concursal: la empresa es el centro del mundo económico. Ergo debe conservarse la empresa, que se vincula con otro apotegma: no se cobra en la liquidación, hay que homologar cualquier propuesta, no importa como se logre la mayoría de aceptaciones

<sup>14</sup> Nto. *Organización Asociativa* Ed. Zavallía, Buenos Aires 1994.

<sup>15</sup> Ntos. *Negocios de participación y sociedades. La sociedad anónima simplificada* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993, *Organización Asociativa* citado.

<sup>16</sup> Cfme. ponencia a las III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Buenos Aires, 30 de junio y 1º de julio de 1994, organizadas por la Universidad Notarial Argentina, en Comisión de Estudio N° 3: El Derecho del Consumidor, comunicación denominada "Las sociedades y la alteración en forma habitual de los derechos del consumidor".

<sup>17</sup> Nto. "Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros" en *Derecho y Empresa* Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, p g. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi.

<sup>18</sup> CALDANI, Ciuro "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", en *Derecho y Empresa* tomos 1/2 Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral, Rosario 1994.

<sup>19</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge *Contratos de colaboración empresaria* en Revista de Derecho Privado y Comunitario" n° 3 Contratos modernos, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 7 y ss.,

<sup>20</sup> Nto. *La conservación de la empresa* al recibir el Premio Academia, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. El reconocimiento de la noción "actividad" en el derecho positivo puede verse en el trabajo citado en nota siguiente y en trabajos anteriores allí citados.

<sup>21</sup> Nto. "Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario"", pág. 29 *Revista de las Sociedades y Concursos* n° 7 Noviembre Diciembre 2000, con referato, Buenos Aires febrero de 2001.

por parte de los acreedores. Son palabras usadas normalmente con sentido fútil<sup>22</sup>, unidas para la homologación de acuerdos absurdos a la manifestación de no advertirse fraude o abuso en lo acordado con la mayoría –aparente- de los acreedores. Existe una “manipulación de las palabras”. Así conservar la empresa figura en todas las resoluciones de homologación de acuerdos, sin que medie seguridad de esa conservación, por cuanto no se ha exigido ningún plan, ningún aval de los socios, con votantes de utilería. La ley nada exige, pero la jurisprudencia las usa como fachada.

No se fijan objetivos, ni se educa a los sectores –o actores- en pugna, equilibrando los repartos ante la conveniencia –o necesidad- de conservar la empresa. Un conflicto ontológico es el mantenimiento del empleo, que ahora se replantea.

#### IV - LA FACTIBILIDAD DE LA EMPRESA: EL PLAN DE NEGOCIOS..

Es fundamental para la estructuración de la “empresa” como aspecto “económico”, el de su factibilidad.

¿Es obligación de administradores societarios formular un plan de negocios?

El llamado “plan de empresa”, motivó las preocupaciones de la doctrina concursalista en cuanto a la presentación de un “plan de saneamiento” (de reestructuración o de salvataje) por el empresario individual o social –a este nos referiremos en este ensayo- ante la mera crisis, evitando que se instalara la insolvencia. “Plan” que se liga a la rapidez en afrontar la crisis, anticipándose a la cesación de pagos, en las soluciones perjudiciales o en la tempestividad en la apertura del concurso.

Un plan de negocios –o plan de empresa- se formaliza para encarar cualquier emprendimiento. A veces en la mente del emprendedor y otras veces con sofisticados estudios para determinar la inversión y la prospectiva del resultado. Parece insoslayable en el caso de decidirse constituir una sociedad –como en la mayoría de los emprendimientos complejos-, para convocar a otros socios y/o inversores, determinando el patrimonio necesario para el éxito de la empresa.

Planificar es un compromiso con el futuro. Las comunidades que no son orgánicas están condenadas a ser estructuradas desde su exterior, se ha agotado el ciclo de lo público y sobreviene el de lo privado<sup>23</sup>, conforme a ello se pretende que lo privado ordene las energías y los intereses de la sociedad. El punto está vinculado a la autoprogramación para evitar la heteroprogramación a través del Estado. El jurista sabe que no hay alternativa entre planificación y libertad ni entre planificar o no planificar<sup>24</sup>. Quién no formaliza autoprogramación, autoorganización, impone el autoritarismo generando la heteroprogramación<sup>25</sup>.

En materia concursal, en la jurisprudencia y doctrina argentina, se suele aceptar que la deudora no tenga ni presente ningún plan para superar la crisis<sup>26</sup>, ni en la obligación de actuar tempestivamente al

<sup>22</sup> MAFFIA, Osvaldo J. “Los abogados tenemos una acusada tendencia a enfocar situaciones novedosas con el aparato conceptual y el vocabulario acostumbrado” en *Sobre el llamado APE*, Buenos Aires 2005, citado en RICHARD, Efraín Hugo “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.

<sup>23</sup> Cfr. GALGANO, Francesco *Historia del Derecho Mercantil* citado, págs. 165 y ss..

<sup>24</sup> FRÍAS, Pedro J. *Sobre poder y sociedad*, ed. 1983, Córdoba Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba p. 182.

<sup>25</sup> Nto. *Tutela estatal en las sociedades por acciones* Rev. La Información tomo XXXII p. 943 y ss..

<sup>26</sup> La posición de Lidia Vaiser que luego transcribiremos y Ntos. “Integración de propuesta de acuerdo (en concurso preventivo de sociedad)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Noviembre 2008, pág. 1081; “¿Abusos en el proceso concursal?” en *La Ley* 24 de diciembre de 2008; “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señorero)” en *Jurisprudencia anotada de RDCO* n° 234, Enero Febrero 2009, Ed. Abeledo Perrot, pag. 79.

aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente<sup>27</sup> ni intentado hacerlo cuando se publicitó inexorablemente su insuficiencia, ni haber hecho algún intento de los previstos en la ley de organización societaria para asumir concretamente la dificultad<sup>28</sup>.

Es como si se negara la realidad: todo emprendedor tiene un plan, y lo reprochable es que lo oculte, quizá para que no se adviertan actos reprochables para que la crisis, la insolvencia la asuman acreedores, transformando la crisis en un gran negocio para los socios o accionistas<sup>29</sup>.

1. Así lo explicita con claridad Bernardo Carlino<sup>30</sup>, alejándolo de la crisis: “Origen del plan de negocios: la etapa pre contractual. Adhiriendo al enfoque societarista de la prevención de la crisis económica de la empresa, que postula sin descanso hace más de una década Efraín H. Richard<sup>31</sup>, no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente. El Maestro no solo los enumera con acierto, sino que insiste en el “plan de negocios” como requisito necesario para que, dentro de los preceptos de la ley falencial, la propuesta del deudor sea considerada seria y sostenible. ... Por ello es que creo oportuno ir un poco más allá respecto de esta herramienta para indagar acerca de la génesis -y eventual extinción- del llamado plan de negocios, sobre el que también nos estamos acostumbrándonos a dar por sentado su contenido a sabiendas de ciertas borrosidades propias de una materia ajena a las preocupaciones de la doctrina jurídica. - Afortunadamente se cuenta con material abundante y convergente respecto de lo que debe contener un plan de negocios, ya que tanto las instituciones bancarias<sup>32</sup>... Las crisis disolutorias y de insolvencia se conjuran dentro del marco de las respectivas leyes. Una disciplina continuada por parte de los administradores en el ámbito de la LSC, acompañada de la exigencia de los socios de tratar en cada reunión ordinaria la marcha y ajuste del plan de negocios, tornaría automático y natural el ejercicio de su formulación original y re formulación periódica, de tal modo que la insuficiencia de capital y la necesidad de aumentarlo, su pérdida (art. 96) o la necesidad de reducirlo (art. 203), la conveniencia de reorganizar el patrimonio según las alternativas de la ley (arts. 82 y 88), y las demás vicisitudes propias de la vida de una empresa, surgirían con la temporalidad adecuada a los márgenes de previsión y decisión racionales, sin apresuramientos costosos para la sociedad y los terceros. - Si esta fuera la situación, la crisis disolutoria así como la de insolvencia, que tan prístinamente recopilara y planteara Araya<sup>33</sup> analizando los diferentes enfoques del derecho norteamericano y del europeo respecto de la legislación nativa, se pondrían

---

<sup>27</sup> Nto. “El capital social y la responsabilidad limitada” en *Estudios Jurídicos* publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, n° 3 – 2007-, República Oriental del Uruguay, págs. 163/202.

<sup>28</sup> Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

<sup>29</sup> Así puede verse el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de Multicanal S.A., donde inmediatamente de homologado el APE referido sólo a las obligaciones negociables, el balance de la sociedad dio un resultado positivo de más de Mil ochocientos millones de pesos (seiscientos millones de dólares) que se repartieron inmediatamente entre los socios, y que no provenía del resultado ordinario de la explotación ordinaria. Por otra parte toda quita o espera a los acreedores beneficia directamente a los socios. En similar sentido PALACIO LAJE, Carlos Carlos *Delitos de vaciamiento de empresa*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba 2002.

<sup>30</sup> “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E.H.Richard)” en Abeledo Perrot, Newsletter 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

<sup>31</sup> El más reciente de los cuales se puede encontrar en “*Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿principio concursal o del derecho societario?*”, en “Ensayos de Derecho Empresario” N° 4, Director: E.H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008

<sup>32</sup> Como por ejemplo, el Banco de la Nación Argentina, [www.bna.com.ar/pymes/py\\_instituto.asp](http://www.bna.com.ar/pymes/py_instituto.asp)

<sup>33</sup> ARAYA, M.: “La función preconcursal de la pérdida del capital social”, en Ensayos de Derecho Empresario N° 3, Director: E.H. Richard, p. 247 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2007.



oportunamente en evidencia en los contenidos del plan de negocios-memoria, con la anticipación suficiente como para que las responsabilidades de los administradores quedaran debidamente resguardadas (o por el contrario: debidamente condenadas por su deficiencia de formulación), y los socios tomaran las decisiones dentro de los parámetros legales vigentes, a cabalidad y sin pretextos ulteriores. También adquieren meridiana claridad y justificación los reiterados reclamos de Richard respecto de “...que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, ésta debe ser asumida por el derecho societario. Solo fracasadas las acciones previstas en el él, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas”<sup>34</sup>. Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc. De igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII-Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de “negocios”, lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera. ....En síntesis. La vasta contribución de Richard sobre el enfoque de la crisis de insolvencia y su conjura desde las herramientas del derecho societario y a partir de la propuesta que surja de un plan de negocios, encuentra su cabal inserción dentro de un enfoque vitalista del uso continuado de esta herramienta, como disciplina de los socios y de los administradores, en beneficio de ellos y de los terceros. El plan de negocios nace en la etapa pre contractual, como la base de racionalidad del emprendimiento empresario merced al cual los socios suscriben el contrato societario, se obligan a cierta cuantía de aportes presentes y futuros, y esperan determinada tasa de utilidades. Como tal, debiera formar parte del contrato y constituirse en el medio idóneo para diseñar periódicamente las estrategias que ejecutarán los administradores y merced al cual se juzgarán sus responsabilidades. - Del mismo modo habrá de procederse en la etapa concursal o en la liquidatoria”. Hasta aquí la lúcida y técnica contribución de Carlino, cuya lectura completa aconsejamos, que se vincula directamente al nacimiento y conservación de la empresa.

Hemos vinculado esta cuestión a un problema axiológico y de la teoría de los valores, como justificativo del derecho concursal: ante la crisis: eliminar el estado de cesación de pagos<sup>35</sup>.

Pero ha quedado en claro que la cuestión central de la empresa, de su factibilidad, es el plan de negocios con que se encara su desarrollo. Ese plan de negocios determina las necesidades patrimoniales para satisfacer la viabilidad de la empresa, la consecución del objeto en las técnicas de organización de la empresa. Por eso haremos ahora algunas referencias a aspectos patrimoniales.

2. Anticipatoriamente consideramos que “un plan de negocios” es connatural a la ideación de cualquier emprendimiento. Sin embargo la existencia de un plan, o la necesidad de un plan para enfrentar y solucionar la crisis en puesta en duda. “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

<sup>34</sup> Nto. “En torno a la conservación de la empresa”, en *Ensayos de Derecho Empresario* N° 3, Director: E.H. Richard, págs. 41, FESPRESA, Córdoba, 2007.

<sup>35</sup> Nto. “Axiología del derecho concursal (Comunicación al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal) organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, Agosto de 2008).

*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 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 Muiño<sup>36</sup>. Con nuestras personales perspectivas mantenemos aquellas afirmaciones, que hemos tratado de consolidar en la visión de la reforma y de las realidades posteriores. Si no hay integración de la propuesta no hay propuesta. Tanto para la propuesta de la concursada como de terceros. Vinculamos el tema 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. Comité ahora integrado por trabajadores.*

3.La cuestión tiene visión limitada en lo concursal sobre la necesidad de los administradores de la concursada de formular un plan de reestructuración o saneamiento. Por eso corresponde fustigar la apariencia normativa y la actitud profesional que excluye el plan de saneamiento de la práctica concursal.

<sup>36</sup> En Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires 1997, tomo 30 pág. 525.

Parecería que desde la óptica del derecho concursal nada habría que planificar y que podría libremente traspasarse –en las sociedades- el problema a los acreedores exigiéndoles un sacrificio de quitas y esperas para enriquecer a los socios que no supieron afrontar la crisis. Conforme a ello Osvaldo Maffia en su zaga *Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (IV)*<sup>37</sup> :”I. En los números anteriores (ts. 1995-D, 1062; 1257; 1995-E, 1107) señalamos algunos aspectos de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381) que reniegan de toda posible actualización del régimen concursal rutinario, por ejemplo, *la falta de un tratamiento preinsolvencia o al menos preconcurso...* y la *total prescindencia de un "plan de recuperación" que es nota definitoria de las modernas regulaciones*. ... vimos que mientras los regímenes de avanzada centran su atención en el estudio cuidadoso, técnico y detenido de la *posible resanabilidad de las empresas en crisis, del plan escrupuloso que orientará la salida*, de las perspectivas de reinserción de la empresa en el mercado, del costo del salvataje y de la disponibilidad de los medios, la ley 24.522 sólo requiere que los acreedores acepten la fórmula concordataria. *El concursado no tiene deber alguno de explicarse ante el magistrado: No necesita siquiera decir qué piensa hacer, incluido el dato mismo del posible saneamiento*”.

Remarcamos: desde la ley concursal argentina parecería que se entiende que el titular del patrimonio en crisis no tiene obligación alguna de planificar, ni antes ni después de la mentada dificultad.

Registramos algún antecedente del año 1982<sup>38</sup> “6. Esa insuficiencia advertida, como así también la necesidad de actuar prospectivamente y no sólo limitándose a remediar tardíamente los efectos de las crisis económicas, nos lleva a proponer el análisis de medios de potenciar las instituciones tradicionales dentro de los usos comerciales y judiciales de nuestro país, que analizáramos en círculos financieros hace algunos meses. – En primer lugar la apertura de los procesos concursales, imponiendo la concurrencia de todos quienes ejerciten derechos patrimoniales sobre un patrimonio, debería otorgarse a solicitud no sólo del propietario, sino también de los tecnócratas o directivos de la actividad empresaria. Así también la quiebra debería abrirse con continuación automática de la actividad empresaria cuando lo solicitare cualquier interesado fundadamente, invirtiéndose el trámite del juicio crítico del Síndico que se formalizaría para hacer cesar, modificar o continuar esa actividad dentro de un tiempo prudencial para expresarse con propiedad. La referencia a cualquier interesado se formaliza no sólo en orden a los acreedores sino a los trabajadores. Es obvio que un sistema semejante debería aplicarse solamente a actividades que hayan sido o sean fuente de trabajo de un número mínimo de operarios o trabajadores. En segundo lugar, y dentro de esa misma tesitura, entendemos que una propuesta de acuerdo, o de concertación de intereses, podrá ser formalizada no sólo por el propietario del patrimonio, sino también por otros interesados. Un acuerdo o una concertación suponen un plan de actividad y de ponderación de las posibilidades económicas de esa actividad que permita advertir la posibilidad de actuar liberándose del estado de cesación de pagos o sin caer en ese estado una vez concertada entre todos los interesados su eliminación. – Obviamente la falta de presentación de acuerdo por el propietario o el rechazo por sus acreedores, implica el desapoderamiento definitivo del patrimonio, sin perjuicio de su afectación a la continuidad de la actividad empresaria conforme el plan de concertación presentado por cualquier otro interesado”. Sin embargo la doctrina y la legislación exigen el plan cuando son terceros los que deben formalizar una apreciación sobre el futuro de la empresa.

5. Interesante es que uno de los autores del proyecto de legislación concursal se refiere a la conveniencia de un plan de negocios en ocasión de intervenir terceros, pero lo omite para la propia conducción de la empresa o sociedad en crisis. En *Propuestas para un sistema concursal más eficiente Julio César Rivera*<sup>39</sup> se refiere al plan de empresa, primero indicando el antecedente francés: “Así, en Francia ... debe plasmarse en un *plan* dispuesto por el tribunal, no sometido a la aprobación de los acreedores; significó

---

<sup>37</sup> LA LEY 1996-A, 978

<sup>38</sup> Nto. “Nuevas formas de soluciones concursales” en *Primer Congreso Nacional de Derecho Concursal* Presidencia Roque Saenz Peña 1982, Chaco, Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Ciencias Económicas, pág. 102 y ss..

<sup>39</sup> Academia.Nacional de Derecho de Buenos Aires, Anales 2001, 284.

un debilitamiento significativo de los derechos de los acreedores y un acrecentamiento de los poderes del juez”. Luego Rivera sugiere la incorporación de un plan en el caso de “El salvataje del artículo 48 LC El salvataje del art. 48, comúnmente conocido como *cramdown* ha sido la novedad más relevante de la ley 24.522, y más allá de algunas críticas iniciales lo cierto es que: (i) es coherente con las finalidades que hoy se reconocen a los procedimientos preventivos, entre las cuales se destaca la enajenación de la empresa a quien pueda hacerla viable... Pero a nuestro juicio lo que debería incorporarse a la ley es la exigencia de que los sujetos que se incorporen a la lista de interesados en adquirir las acciones y hacer una oferta de concurso preventivo, de algún modo demuestren su solvencia económica y moral, que acrediten su interés mediante el depósito de una suma de dinero, y que exterioricen aunque sea mínimamente algún plan de salvataje de la empresa. De otro modo resulta que la lista se forma con sociedades *off shore*, representadas por ignotos personajes, que aparecen ofreciendo adquirir empresas importantes sin arriesgar ni poner un solo centavo, con lo cual distorsionan la competencia entre los distintos sujetos que realmente tienen interés en la empresa concursada, cuando no simplemente dilatan innecesariamente el procedimiento”.

#### V – EL PRONTO PAGO Y LA PLANIFICACIÓN. UNA VISIÓN POSITIVA.

La perplejidad es mayúscula cuando se revisa alguna doctrina y jurisprudencia: ¡los terceros sí deben o deberían planificar, los administradores de la concursada no!

Por eso formalizamos algunas apostillas para las próximas Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, sobre EL PRONTO PAGO Y FONDOS AFECTABLES EN LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL, analizando la reforma concursal y las variables para afrontar los créditos sujetos a pronto pago: fondos líquidos disponibles o 3% de los ingresos brutos, apuntando que ello dependerá del plan sustentable que presenten la concursada y la apreciación del Síndico.

El tema central –y no sólo concursal- es la conservación de la empresa viable. Siendo una acción es indispensable determinar a cargo de quién lo está, y que no se convierta en 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.

1. Como consecuencia de la axiología del sistema concursal<sup>40</sup>, sostenemos 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<sup>41</sup>.

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

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.

2. 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<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Nto. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Ed. Advocatus – Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2010, 2ª parte *Axiología del Derecho Concursal*, pág. 419 y ss..

<sup>41</sup> “Perspectiva....” citado 1ª parte *La empresa, su crisis y su conservación (meditaciones desde una visión nacional)* pág. 147 y ss..

<sup>42</sup> “Perspectiva....” citado 1ª parte *La crisis de la organización societaria* pág. 260 y ss..

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<sup>43</sup>.

3.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<sup>44</sup>.

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.

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.

La reforma introduce un nuevo análisis<sup>45</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 —Modifícase 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: ... 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*

<sup>43</sup> Nto. *Sobre el capitalismo de reposición y el capitalismo donatario* en EMercantil de Microjuris, entrega nº 31 del 4 de agosto de 20112011

<sup>44</sup> “Perspectiva....” citado 3ª parte *Facultades y deberes del síndico en los concursos de sociedades: el informe general* pág. 519 y ss..

<sup>45</sup> Nto. *IDEARIO DEL SISTEMA CONCURSAL EN LA REFORMA POR LEY 26.684*, citado..

*debidas al trabajador... que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14.*

*...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. ...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....*

4. Hemos sostenido con anterioridad<sup>46</sup> 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. Hasta podría el Juez hacer efectiva las previsiones del art. 99 LS conforme el caso.

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 está 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 debería 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”. ¿Cabría 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.

5. 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 government”, sobre las conductas de los administradores de las corporaciones. El punto está ligado a la concepción que se tenga sobre la empresa, su organización societaria, el rol de sus administradores naturales, y la actividad del síndico concursal.

Asegurar la planificación, publicitando un plan de negocios colaboraría en que los acreedores aceptaran la capitalización del pasivo en forma privada y extrajudicial conforme las previsiones de la legislación societaria. Sería una forma de concientizarlos e interesarlos en la solución de la actividad empresarial, por sus relaciones con la sociedad deudora y con las posibilidades de utilidades y negocios futuros. Es una forma de educación que es lo que la doctrina extranjera solicita y sugiere como forma societaria de afrontar la crisis económica, financiera o patrimonial de la sociedad.

## VI – ALGUNAS APOSTILLAS SOBRE LA CONTINUACIÓN EN LA QUIEBRA.

<sup>46</sup> Nto. En torno a los informes del síndico en el concurso de sociedades: el general, Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, 242-657 doctrina, año 2010

1. En cuanto a 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.

2. Algunas pocas referencias sobre 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.”.*

**3.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.**

4.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 empresarial, 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”.*

.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..

5.La continuidad de la actividad en la quiebra a través de los trabajadores trae una sorpresa para ese caso, pues 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 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?

6. Con los obreros se marca más el requisito del régimen de administración y explotación, como hemos adelantado. 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; ...

## VII - 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.

## VIII - 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>47</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,

<sup>47</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”.

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 tampera (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>48</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.La organización cooperativa generará una serie de problemas para remontar la crisis. 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 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 formuló un excelente catálogo y como expresa Cracogna<sup>49</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>50</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

<sup>48</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.

<sup>49</sup> Cracogna, Dante, “Cramdown y cooperativas”, J.A. 2000-I-711.

<sup>50</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”, MJJD4931.

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. Formalizamos algunas aportaciones a la problemática de la financiación<sup>51</sup>.

Frente a expectativas generadas por la reforma italiana en torno al financiamiento de sociedades por acciones deseamos hacer un paralelo con similares posibilidades en el sistema asociativo nacional actual.

Las sociedades anónimas pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso.

Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor.

Ninguna de las leyes tributarias, ni sus decretos reglamentarios, contienen cuestiones vinculadas a los aspectos tributarios del negocio parciario. Si bien existen interpretaciones referentes a negocios participativos específicos que —por extensión— podrían aplicarse, resulta necesario que la legislación contemple de manera expresa regulaciones al respecto, o bien que la propia AFIP emita dictámenes de carácter vinculante para despejar todas las dudas que pudieran suscitarse y unificar criterios. Quizá bueno sería adherir a las recomendaciones del las Terceras Jornadas Nacionales Tributarias, Previsionales y Laborales de Rosario del año 2005 del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Rosario (*área Agropecuaria, Tema: Operaciones específicas de la actividad frente al cumplimiento de las normas tributarias y de respaldo documental*) quienes, si bien para un área específica de la economía, recomendaron

<sup>51</sup> Ver X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, ponencia que presentáramos con Jorge Fernando FUSHIMI sobre *NEGOCIOS EN PARTICIPACIÓN GESTADOS POR SOCIEDAD ANÓNIMA COMO FORMA DE FINANCIAMIENTO DE NEGOCIOS ESPECÍFICOS*.

*“Promover el dictado de una norma de carácter legal respecto de la actividad del Contratista rural en los casos que su operatoria encuadre dentro del negocio parciario...”*. Lo contrario sume en un estado de inseguridad jurídica a los operadores económicos que pueden ver afectada la evaluación del negocio por una interpretación diferente a la sostenida por nosotros en este trabajo.

Como forma de financiación para la sociedad gestora, el negocio ofrece evidentes ventajas, en relación por ejemplo, al préstamo participativo. En efecto, mientras en el préstamo parciario el deudor está obligado a restituir el capital, lo que necesariamente implica que –de resultar perdedor el negocio- la sociedad deberá recurrir a otros fondos sociales para restituir el capital prestado, lo que agrava la pérdida. Mientras, en el negocio en participación, el aportante padece los quebrantos conjuntamente con la asociante.

Resulta claro que al distribuir el riesgo, el costo financiero para la sociedad gestora tenderá a disminuir radicalmente.

Para el aportante, la inversión es de alto riesgo, toda vez que arriesga íntegramente el capital. Evidentemente, para éste, el análisis de rentabilidad del proyecto de inversión debe compensar con creces no sólo el costo de oportunidad de inversión, sino también cubrir la prima de riesgo al que se ve sometido. Aunque, justo es reconocer también, la rentabilidad que ofrezca el negocio es prácticamente pura, toda vez que su simpleza evita o disminuye notoriamente los costos ocultos del proyecto (entiéndase: gastos de administración, de envíos de resúmenes, etc.).

La alternativa puede llegar a ser una opción óptima para que pequeños inversores, de tendencia no excesivamente conservadora, puedan llegar a tener participación en negocios de alta rentabilidad y altos requerimientos de capital, a los que, de no existir este negocio, no tendrían ninguna posibilidad de acceso.

No podemos soslayar la comparación con el contrato de fideicomiso. Sin perder de vista los elementos comunes con este contrato (naturaleza fiduciaria del negocio, patrimonio de afectación con diferentes efectos), debemos tener presente que –a diferencia de lo que ocurre con la figura que nos ocupa- el fideicomiso tiene un importante tratamiento y desarrollo en la Ley de Procedimientos Tributarios (al convertirlos en responsables por deuda propia), en la Ley de Impuesto a las Ganancias y en la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, a la vez que tiene algunos costos más elevados. [En el caso concreto del Fideicomiso ante el Impuesto a las Ganancias, es oportuno destacar que tributan directamente el 35% de la ganancia neta, de modo similar a las sociedades anónimas \(excepto fideicomisos en los que el fiduciante tenga el carácter de beneficiario y no se trate de fideicomisos financieros ni el fiduciante sea residente en el exterior\), lo que eleva considerablemente el costo impositivo del proyecto, lo que no se daría en el negocio bajo análisis, en especial cuando el aportante sea un residente en el exterior.](#)

[Pero al mismo tiempo, aseveramos que una cooperativa de trabajo de construcción o similar podría asumir el carácter de fiduciario en un contrato de fideicomiso o ser contratada por el fiduciario para llevar adelante la obra.](#)

El negocio en participación no genera dificultades frente a la quiebra y el concurso preventivo de la sociedad gestora o sea de la cooperativa de trabajo en el caso. La quiebra de la sociedad gestora no afecta a los socios partícipes conforme resulta de la expresa previsión del art. 151 LCQ, aunque obviamente posterga los derechos de los partícipes que “no tienen derecho sobre los bienes sujetos a desapoderamiento, sino después que se haya pagado totalmente a los acreedores y los gastos del concurso”. Si el negocio hubiere concluido y se les hubiere liquidado su participación y utilidad conforme a rendición de cuentas en forma anterior a la quiebra no se verán afectados, pues el negocio habría concluido (disuelto), y la declaración de quiebra del socio gestor, si el negocio no estuviera concluido, “produce la disolución de la sociedad accidental o en participación” con los efectos indicados. Conforme a esa conclusión deberá formalizarse la rendición de cuentas y si resulta acreedor el partícipe tendrá derecho a verificar su crédito como quirografario. Si el partícipe hubiere entregado un bien de su propiedad para el cumplimiento del negocio en participación, y el mismo no fuere fungible –salvo que se tratara de un contrato conexo de maquila –art. 138 LCQ-, tendrá derecho a la restitución del mismo, como indirectamente resulta del texto de la norma.

El Concurso preventivo no afectaría a este contrato, que recién quedaría disuelto con la declaración de quiebra como hemos visto. O sea que se mantiene el negocio, la obligación de mantener la gestión por la concursada y de rendir cuentas, debiendo sin duda ser informado en la presentación.

## VI - 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.*

## IX - LOS BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES, como tales o como acreedores.

Siguiendo nuevas tendencias hay que educar a los acreedores para que colaboren en la conservación de la empresa, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos.

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 2º — Modifícase 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).

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.

1. Debe despejarse la naturaleza sobre el 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, 48 bis y siguientes,. 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.

2. Otro aspecto a despejar es sobre la confiscatoriedad de ese derecho de los trabajadores.

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 resultarían 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>52</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.

Sólo habrá que pagar algo en el caso del 48 bis si se adjudicara a una cooperativa, en el caso que la sociedad tuviera patrimonio positivo, o sea en caso de cesación de pagos y no de insolvencia o pérdida del capital social, otra interpretación implicaría un abuso de derecho. Es decir si administradores y socios de la concursada hubieran actuado rápidamente ante la crisis. Esta causal de disolución se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance.

En ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN vs. CAPITALISMO DONATARIO?<sup>53</sup> nos hemos referido a “EL CAPITALISMO DONATARIO” por la no adopción de las previsiones imperativas de la ley de sociedades, de diligencia e integración patrimonial, con la asunción de mayores obligaciones sin plan alguno aparente<sup>54</sup>, y luego presentándose tardíamente en concurso, previa desaparición “no imputable” de la documentación contable que para las sociedades es una obligación y no una carga, tratando de que se verificara la menor cantidad de créditos e “imponiendo” con la participación ilícita de terceros quitas y esperas ajenas a cualquier práctica de mercado, confiscatorias desde el punto de vista constitucional<sup>55</sup>. Y al

<sup>52</sup> SCBA, 18/02/2009, “O’Connor, Alberto M. y otro. s/Inconstitucionalidad ley 11.959”, E.D. Digital (55064).

<sup>53</sup> En Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Bs.Aires n° 286 año xxv t.XXIII pág. 933 sept. 2011,

<sup>54</sup> Un penalista considera que ello tipifica un “plan de insolvencia”, con conducta delictual. Se trata de Carlos Palacio Laje en “Vaciamiento de empresas”, que hemos citado reiteradamente.

<sup>55</sup> El constitucionalista Catedrático Dr. Antonio María Hernández remarcó en reunión de Academia (ver nota 14) que la Corte ha impuesto que ello sea declarado de oficio por los jueces.



mismo tiempo se quejan que la AFIP considere que esas quitas son ganancia y sujetas al impuesto correspondiente, aunque diferido.

Ello importa imponer una donación patrimonial de los acreedores a la sociedad –en beneficio de los socios-, a quienes “nunca” se les planteó por parte de los administradores la necesidad de capitalizar la sociedad por dos causales de disolución: la pérdida del capital social o la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (que bien une el amigo Rubin).

#### X - EN CONCLUSIÓN.

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, empresarios, sindicatos y corporaciones para 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>56</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. 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>57</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 expropietario –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>58</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 quienes sean los titulares del capital social. Y no podemos aceptar que se enriquezcan quienes 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.

---

<sup>56</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.

<sup>57</sup> STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

<sup>58</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.

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 al 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.

Las otras diferencias de apreciación en torno a aspectos menores seguirán siendo sopesados por la doctrina y la jurisprudencia –hoy con los ojos más abiertos en torno al “capitalismo donatario” como resulta particularmente del *obiter dictum* de la Corte en el caso Comercial del Plata, reconociendo al sistema societario como de preconcursalidad, y sobre lo que hemos abundado en los trabajos específicamente citados.

Se trata de devolver al Derecho Comercial su “viejo corazón”: la buena fe y la inmediatez en asumir y resolver los problemas, para asegurar la funcionalidad de los negocios y el cumplimiento de los contratos. Así se atraen capitales.