

## **LAS CRISIS EMPRESARIAS Y LOS PUESTOS DE TRABAJO**

**(POCAS APOSTILLAS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL, PERO MUCHAS COSAS MÁS)**

Efraín Hugo RICHARD<sup>1</sup>

**En libro colectivo "Los derechos de los trabajadores en las sociedades y los concursos". del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ed. Legis, Buenos Aires 2012 (enviado el 30 de noviembre de 2011).**

**INDICE: I – IDEALES. II – EL SISTEMA JURÍDICO DE LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. III – LO PROBLEMÁTICO. IV - LA UTOPÍA: LA ORGANIZACIÓN SOCIO-JURÍDICA. 1.Las relaciones de organización empresaria. 2.El sistema jurídico. 3. ¿Qué orden social pretendemos? 4.La energía y la violencia. 5. Orden social y medios de comunicación (o propaganda). V – LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL Y LA EMPRESA. 1.En torno a la empresa. 2.El centro de la cuestión: los puestos de trabajo. VI – LA REFORMA A LA LEY CONCURSAL POR LEY 26.684. 1. El capital social. 2.La solución. 3.El efecto disuasivo de la reforma. VII - LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA. 1.¿Qué es empresa? Las relaciones de organización. 2.Factibilidad de la empresa: el plan de negocios. 3.Planificación y derecho concursal argentino. 4.Antecedente superador. VIII – EL PRONTO PAGO Y LA PLANIFICACIÓN. UNA VISIÓN POSITIVA. 1.Previsión. 2.¿Piso del 3%? IX - LA TEMPESTIVIDAD EN LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO Y LA LEY 26684. X - LA ORGANIZACIÓN COOPERATIVA. 1.Otros problemas. 2. Algunas aportaciones a la problemática de la financiación. XI - LOS BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES: COMO TALES O COMO ACREEDORES. 1.Algunos aspectos del art. 48 bis LCQ. 2.Socio único. 3.Otro sujeto de derecho. 4. Aspecto a despejar: la confiscatoriedad de ese derecho de los trabajadores. XII – FINALIZANDO Y MEDITANDO.**

-----

### I – IDEALES.

1.Iniciamos estas reflexiones con palabras del Prospecto de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino —donde profesamos—, en el capítulo “Misión: el diálogo, base de la integración del saber”, intentando intervenir en el mismo a partir que “sigue presente la limitación de la realidad y de la inteligencia que las conoce (que) se hace necesario un diálogo sin descalificar los presupuestos epistemológicos de la ciencia que nos transmite esa experiencia. ¿Se puede exigir a los diversos actores sociales espacios de inclusión cuando a niveles teóricos y científicos no somos capaces de dialogar? ... ¿Cómo nuestro pueblo puede crecer y desarrollarse si le presentamos un modelo de hombre y de sociedad fracturado y antagónico? A los desafíos presentados no puede hacer oídos sordos la comunidad universitaria, es más, si no los asume corre el riesgo de perder el sentido o de ayudar en el proceso de deshumanización de nuestra cultura. Su respuesta debería ser un fecundo diálogo”.

Tales expresiones imponen recordar las palabras del patrono Santo Tomás de Aquino “Los hombres —*Suma Teológica*, 2-2, 109— no podrían vivir juntos si no tuvieran confianza recíproca, es decir, si no manifestasen la verdad. La virtud de la veracidad da justamente al prójimo lo que es debido; observar un justo medio entre lo que debe ser expresado y el secreto que debe ser guardado, implica la honradez y la discreción. En justicia un hombre debe honestamente a otro la manifestación de la verdad”.

2.Se nos escapa muchas veces la verdad en los procesos judiciales por la maraña de normas y de formas, que deben cumplir los que se aferran al sistema jurídico y que suelen facilitar la conducta

---

<sup>1</sup> Agradeceremos observaciones a [ehrichard@arnet.com.ar](mailto:ehrichard@arnet.com.ar)

de los que marginan ese sistema, que es la base del derecho, particularmente de los comerciantes y de la empresa, nacido en épocas medioevales: la aceptación de las costumbres de los comerciantes como la buena fe de los negocios y la justicia inmediata para evitar los costes y el despilfarro.

Señalaba Carnelutti que “las leyes no son más que instrumentos, pobres e inadecuados casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos tratan de despedazarse como lobos”. No podemos aceptar que ello siga ocurriendo.

Como ideal frente a esa realidad, necesitamos juristas y jueces que sepan y se animen a sortear las tretas formales tendidas para ocultar la verdad real, de modo de poder hacer justicia allá cuando las apariencias del proceso parecen no permitirlo. Al decir de Colmo, “Cubrir con el manto de las leyes y de la jurisprudencia actos de prístina mala fe, simplemente porque las apariencias legales están en favor de lo primero, es subvertir y trastocar todo: las mismas leyes están subordinadas a la moral, desde que no son otra cosa que la sanción de lo honesto”.

3. La presión de la globalización, que evapora soberanía y sistemas jurídicos, impone un mayor protagonismo de tribunales como último recurso de una democracia desencantada. Desencanto de las expectativas sociales, guardianes de las promesas democráticas, que impone aquella intervención para mantener algún atisbo de seguridad jurídica: certeza, con fundamentación de valores, y equilibrio de la justicia distributiva, atendiendo a la polarización económica.

Aquí, entre realidad e ideal advertimos una primera crisis que debemos afrontar, pues no quisiéramos que la profundización en el siglo XXI nos encontrará repitiendo la incisiva expresión de Montaigne, “Mientras más se cambia, más en la misma cosa”, si no se disuade de los desvíos e incumplimientos a través de un sistema jurídico eficiente por su rapidez y simplicidad.

No habrá soluciones milagrosas, sólo el esfuerzo solidario, no la caridad, sólo el respeto y ayuda para que todos los hombres y los niños alcancen sus derechos mínimos y todos nos integremos en paz, una palabra que trasunta una situación cada vez más alejada en la diaria violencia.

## II – EL SISTEMA JURÍDICO DE LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN.

La construcción de un sistema coherente de sociedades, con personificación indubitable, eliminando riesgos en la concepción de contratos de colaboración o cooperación, permitiendo financiamientos, y rescatando que la única actividad que genera utilidades es la productiva, participando lícitamente la financiera cuando la apoya, aspecto vinculado también a los medios de abordar las crisis minimizando daños<sup>2</sup>.

Punto ligado a facilitar la estructuración jurídica de microempresas, dándoles seguridad jurídica frente a la posibilidad de incumplimientos de terceros, que las destruyen por su fragilidad.

Los ideales no suelen ser eficaces sino en la medida en que tengamos claro, junto con su idea misma, todo lo que debemos hacer, el rol del derecho, de la competencia leal, de la responsabilidad social empresaria, para que obren efectivamente como ideales en la conciencia de los juristas de la Argentina y del mundo. De lo contrario, los esfuerzos de los abogados sólo servirán como pretexto para trazar otro círculo en el cielo, que referencia Ihering para apuntar donde tan a gusto se siente buena parte de la dogmática jurídica.

Parece que existe un cada vez más profundizado criterio que no le será fácil al perjudicado obtener el cumplimiento o un resarcimiento frente al incumplimiento voluntario de una obligación. Además, se alienta aceptar acuerdos irrazonables, propuestos por el incumplidor, ante los costos del acceso a la justicia, derivados de los pagos a realizar, los tiempos de la sentencia y de su ejecución, y de la sombra de la insolvencia que suele aparecer en el momento del remate de los bienes, con la presentación en concurso de la sociedad demandada.

<sup>2</sup> Sobre el punto puede verse nuestra presentación en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Brasil (21/23 de noviembre de 2011): *LA EFICIENCIA PARA AFRONTAR LA INSOLVENCIA SOCIETARIA*, cuyo texto puede consultarse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

### III – LO PROBLEMÁTICO.

Dos facetas motivan hoy la atención del jurista en torno a la empresa y las crisis:

1. Ante el desempleo la defensa de los puestos de trabajo, particularmente frente a los avatares de empresas en crisis a través de la reforma concursal por ley 26.684. Se trataría de mantener los puestos de trabajo, no el empleo que descarta la cooperativa de trabajo.
2. Ante la conducta de titulares del capital, las apreciaciones de la señora Presidente sobre un anarcocapitalismo, un capitalismo financiero también señalado como predatorio por no interesarse por otros intereses convergentes en el desarrollo económico, apuntándose a favorecer a un capitalismo productivo. Nos recuerda nuestras apreciaciones sobre los efectos devastadores de la globalización financiera – que no es económica-, la actuación de un mercado financiero ilícito, en múltiples ensayos que pueden verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar), y recientemente en relación directa a las sociedades en crisis a un “capitalismo donatario” que abandona las soluciones imperativas de la organización societaria, para recurrir al concurso<sup>3</sup>.

Esto último devuelve al aspecto referido en el punto I.1.

### IV - LA UTOPIA: LA ORGANIZACIÓN SOCIO-JURÍDICA.

Se habla de un cambio de paradigma como expresión de realizaciones científicas universalmente reconocidos que durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (Kunh, 1971, pág. 13), sustituyendo el de conservación de la empresa, a la conservación de los puestos de trabajo a toda costa<sup>4</sup>. No lo creemos. La cuestión sigue pasando por la conservación de la empresa viable, asegurando su funcionamiento normal, no importando quiénes sean los titulares de la compañía.

#### 1. Las relaciones de organización empresaria.

Centramos la atención en la empresa organizada como sociedad –atendiendo el expreso trámite previsto en la ley concursal en los arts. 48 y 48 bis para las deudoras así organizadas-, y la reforma concursal por ley 26.686 pone la atención en la cooperativa de trabajo. Ya en 1969 espresábamos que “puede ser menester replantearse la problemática económico-política de la conveniencia de este tipo social (la sociedad por acciones) en relación a determinadas sociedades, pero aceptada debe serlo conforme su estructura jurídica esencial, o ir en búsqueda de un nuevo tipo social o en la reubicación de otro tipo de los actuales: la cooperativa.... No creemos que el cambio, que el siglo aún espera, se pueda lograr por una reforma de la Sociedad Anónima, instrumento jurídico del que es dable esperar importantísimas pero si limitadas realizaciones, pues, como lo señalara el profesor Joaquín Garriguez<sup>5</sup>, 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

<sup>3</sup> Nto. “SOBRE EL PATRIMONIO SOCIAL: ¿CAPITALISMO DE REPOSICIÓN O DONATARIO?” en Revista del Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, año II n° 5 Octubre de 2011, pág. 151 y ss..

<sup>4</sup> BOQUIN, Gabriela F. “El nuevo principio de justificación del Derecho Concursal” en *Perspectiva del Derecho Mercantil*, Ed. Legis, Buenos Aires 2011, pág. 233, XVIII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, La Plata octubre 2011.

derecho de las grandes masas, que participan en esa comunidad humana. – Sólo resta depositar nuestra confianza en la lucidez de nuestros políticos y nuestros juristas, para que sus estructuraciones logren el cambio esperado, sin violencias y en el encuentro libre de las voluntades participantes”<sup>6</sup>.

Y ese reconocimiento impone ser lúcido del rol del empresario en su dirigir y llevar adelante una empresa que, por conceptualización no sólo debe ser una organización económica<sup>7</sup>, sino solidaria<sup>8</sup>. Por supuesto que esa dirección, ese encaminar, ese regir y dar reglas debe encuadrarse dentro de una escala de valores, una deontología, una ética para con la comunidad en la que se desenvuelve ese directivo, luego sus responsabilidades directas y eventualmente las responsabilidades que genera a la sociedad que dirige. Ello está recogido en el art. 59 de la ley de sociedades argentina (LSA) con similares formulaciones en el derecho comparado.

La íntima conexión de economía y derecho, si bien imbuida de economicismo y falta de solidaridad la primera y de formalismo el segundo, imponen la asunción de políticas legislativas claras<sup>9</sup>. Esa conexión debe reconocerse para adoptar políticas legislativas más eficientes, sin perjuicio de una mayor libertad pero con responsabilidad para con terceros, a la par de mayor seguridad jurídica. La alternativa en política legislativa es más normas o un derecho no formal sino vital. Un derecho que permita descubrir que los intereses y valores en juego, y que sólo a partir de ese punto puede reformularse la solución de la controversia<sup>10</sup>. Esa actitud legislativa sólo se alcanzará cuando medie una conciencia social sancionatoria moralmente de las actividades económicas desviadas, dejando de considerar como triunfador al que dispone de riqueza, cualquiera sea el medio empleado para obtenerla.

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

<sup>5</sup> *La pretendida reforma en la Empresa a través de la Sociedad Anónima*, conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba el 14 de noviembre de 1969.

<sup>6</sup> Nto “Derechos patrimoniales de los accionistas (la acción dentro de la teoría de los títulos valores)”, Ed. Lerner, Córdoba 1970 pág. 265/7).

<sup>7</sup> Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable.

<sup>8</sup> La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. "Sociedad y contratos asociativos" cap. "La empresa.

<sup>9</sup> Nto. *La economía del derecho* en La Ley Actualidad del 18.4.89, y "Economía y Derecho" en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año académico 1988 p. 525 y ss, y "La economía del derecho, la realidad y la empresa bancaria" en Serie II, Obras número 22 de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1990 p. 25 y ss..

<sup>10</sup> Nto. *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1979-1980 p.261.

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 concursal informe sobre ello, imponiendo la información sobre la viabilidad de la empresa desde antes de la presentación y en la misma presentación en concurso.

## 2.El sistema jurídico.

En orden a la interpretación del derecho, una primera cuestión a ponderar es la habitualmente predicada separación entre el terreno del derecho y el de la moral. Obvio que la moral, en tanto mandato heterónimo pero incorporado subjetivamente por las personas cuya conducta pretende regular, comporta un ámbito “normativo” diverso del jurídico *stricto sensu*, aunque el art. 14 de nuestro Código Civil condiciona la aplicación de leyes extranjeras a que no se opongan “a la moral y buenas costumbres”. Ese ámbito normativo, en general, está determinado por la ley y goza de la coacción estatal, a diferencia del primero. Pero sería un gran mentira en sociedades como las nuestras predicar una absoluta ajenidad (más propia de ciertos debates decimonónicos que encubrían, en verdad, el intento de alejar a los sectores religiosos (habituales, pero no exclusivos, sostenedores de ciertos valores éticos) más que sostener que un sistema jurídico laico puede ser formalmente neutro en lo atinente a los valores morales.

Llambías afirmaba “ni metafísica ni psicológicamente es posible separar al derecho de la moral, que tienen el mismo objeto material, la conducta humana; la misma finalidad, el bien o felicidad del hombre; el mismo sujeto, el ser humano; y el mismo origen, la libertad del hombre.

Agregaremos que Josserand no distingue las fronteras de uno y otro orden, que según él no han existido sino en la imaginación de los autores, pues el derecho no sería otra cosa que la moral social, la moral en acción, “la moral en la medida en que es susceptible de coerción”. Reglas que han de ser observadas, como dice Rodolfo Vigo en su *Interpretación jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)* “no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad”.

Las leyes positivas —incluso las constituciones— de nuestros países tienen expresas aperturas a ese derecho natural y a preceptos de moral.

Pese a ello, por aspectos formales, interpretaciones deconstructivistas, positivistas relativas, muchas veces se descarta la funcionalidad ética de la norma, eludiendo afrontar el fondo de la cuestión.

Interpretación que debe centrarse desde un pluralismo metodológico, donde la relación literal de la norma no puede limitarse a los hechos y su contexto con la realidad, si no media una visión ética, jusnaturalista y en un constructivismo sistémico de la unidad del derecho.

Sustentamos la idea de una “economía del derecho” para rescatar la diferencia entre moral y derecho, ya no en su contenido si no en su coerción, o sea menos normas y más efectivas, basadas en los principios básicos de la convivencia y no arrasados por supuestos de realidad a través de los que quieren justificarse soluciones inadecuadas. La realidad debe ser observada para asegurar la convivencia, y en pleno conocimiento de ello decidir si es necesaria o no una norma para asegurarla. Pensamos que debe revertirse la cuestión con estudios de economía del derecho que atiendan a las conductas con sentido positivo, potenciando su creatividad, en cuanto solidarias con la República, y desalentándolas con dureza cuando intenten aquello que los principios generales rechazan: el abuso de derecho, el enriquecimiento sin causa, la lesión de los intereses ajenos —aun los difusos—, la afectación de la moral y las buenas costumbres. Resulta una obligación construir un derecho simplificante y al mismo tiempo ejemplificador que asegure el orden social comprometido.

Ni el sensacionalismo ni la indiferencia: la visión correcta, el diagnóstico preciso y la acción concreta, nunca suficiente pero sí en el camino de lo ideal.

El ideal no garantiza el éxito, pero es el único que lo posibilita. El bienestar no se declama ni es providencial, y la economía no satisface si no es solidaria. El funcionario público debe comprender desde su primer día en la oficina que cualquier amago de iniciativa será el fin de su carrera, porque no está allí para hacer mérito, sino para alcanzar dignamente su nivel de incompetencia. El propósito de mover papeles con sellos y timbres de un lado a otro no es resolver

problemas, sino atascar soluciones. Si los problemas se resolvieran, la burocracia perdería poder y mucha gente honesta se quedaría sin empleo; en cambio, si empeoran, el Estado aumenta el presupuesto, contrata más gente y así disminuye el índice de cesantía y todos quedamos contentos. El funcionario abusa de su pizca de poder, partiendo de la base de que el público es su enemigo, sentimiento que es plenamente correspondido<sup>11</sup>. En nuestro país el costo de instalación por cumplimiento de requisitos y el tiempo de lograrlo actúa como disuasivo de inversiones y se constituye en un complemento de la inseguridad jurídica. La corrupción, en cuanto medida, es parte del costo de instalación.

### 3. ¿Qué orden social pretendemos?

Primera cuestión es tener en claro qué orden social pretendemos para nuestro país.

De seguido ¿cómo lograr el orden social, ante la globalización, reformando el Estado para enfrentar los desafíos sociales del siglo XXI?<sup>12</sup>.

Los costos contingentes de población sumergidos en la pobreza, los amplios sectores de población que están siendo dejados fuera del mundo virtual configurando un nuevo grupo marginado, “los analfabetos cibernéticos”, las poblaciones vulneradas con toda facilidad por las crisis económicas y las naturales, los “groseros niveles de desigualdad” actuales, como los llama el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, reclaman respuestas inmediatas porque entrañan un sufrimiento social inmenso. Como lo señalara el Papa Juan Pablo II (1999) “el problema de la pobreza es algo urgente que no puede dejarse para mañana”.

Los planes sociales constituyen políticas coyunturales hasta que se resuelva estructuralmente el desempleo, subempleo y subsalario para restablecer un mercado consumidor interno que haga crecer la actividad productiva nacional, y paradójicamente el empleo.

Dos elementos para ese desarrollo lo constituyen la pertenencia —como insistimos— y la persistencia.

La pertenencia de un individuo a una comunidad, se vincula a través de las reglas de convivencia, incluso de las normas de derecho que se han entendido necesarias para asegurar esa convivencia. De ello es aspecto fundamental la solidaridad, como la adhesión entre los miembros de una determinada comunidad o grupo, manifestada como vinculación y responsabilidad recíprocas entre los individuos y los grupos<sup>13</sup>.

Es claro que la moral, la solidaridad y el derecho operan en conjunto sobre una comunidad, solidaridad que no puede quedar al empeño y quehacer del Estado, sino requerirse a todos los miembros de esa comunidad, evitando la exclusión y la marginación. Todo aquello que, en ese sentido, no se quiera hacer por solidaridad, debe hacerse por seguridad, pues los hombres marginados económicamente, se marginan jurídicamente —pierden el sentido de pertenencia—, desconociendo las reglas —jurídicas y morales— que se le intenten imponer para mantener un vasallaje o una sumisión por quienes los excluyen.

Esto implica un reto a los profesionales de derecho, para que no se enfrasquen en meras disquisiciones dogmáticas y conceptualistas para justificar una realidad inaceptable, que torna a las relaciones humanas carentes de sentido y ajenas a la promoción del bienestar general.

11 ALLENDE, Isabel, *Mi país inventado*, Sudamericana, Buenos Aires, 2003, p. 115.

12 FAYT, Carlos S., *Teoría de la política en el siglo XXI. La política, el poder y el Estado. La democratización de la democracia*, La Ley, Buenos Aires 2002, p. 345, siguiendo a KLIKSBERG, Bernardo, *¿Cómo transformar el Estado más allá de mitos y dogmas?*, FCE, México, 1989, reimpr. 1993, bajo cuya óptica van los párrafos siguientes.

13 VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1978.

Un aspecto crucial es recuperar la discusión ética sobre la función pública, de que se sientan las potencialidades de servicio a la comunidad que tiene su tarea y esté orgulloso de ella.

No podemos ni debemos ser indiferentes ante la corrupción. Deben actuar como fiscales frente a los poderes estatales.

La política como forma suprema de la acción social humana, con su contenido ético en la democracia de masas permite sostener que <sup>14</sup>: “La cuestión no se resuelve con el predominio de la moral sobre la política, su independencia o subordinación, sino reconociendo que la política como acción humana, debe tener un contenido ético (...). Ese contenido ético de la acción política no está dictado por ninguna relación, ni por las reglas variables de los tipos de moral imperantes en un momento histórico determinado (...). El bien, la justicia, la rectitud, la equidad, el respeto por el prójimo, son fundamentos del orden moral. Su transgresión, siempre producirá injuria a la especie humana (...). Un nuevo dominio se abre para la política y lo que antes fue razón de los príncipes es hoy razón de los pueblos. La presencia del pueblo en la escena política marca una nueva etapa en la civilización, cuyas realizaciones van siendo mensurables y que se orienta, en los niveles del poder, al gobierno del pueblo por sí mismo (...). La revolución de la información y las comunicaciones y la gravitación del poder mediático con su dominio sobre los sentimientos, individuales y colectivos, sumado a la globalización de la economía y la universalidad de los derechos humanos confluyen a materializar a ese nuevo dominio o predominio de la razón de los pueblos”. Se perfila así el principio mediático que guía algunas conductas, y al que hemos referido.

Es tiempo de volver al viejo corazón del derecho comercial, a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica, que lo usaba como un criterio “adjetivo”, tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquéllas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado —la justicia, el valor, la amistad, etc.— y tienen su origen directo en las *costumbres* y en el hábito o tendencia<sup>15</sup>.

Sólo pueden acotar esa proyección una actitud sólida, ética y solidaria, de audacia de los seres humanos basados en los principios de igualdad de oportunidades, justicia y respeto al prójimo, que resuciten el rol del derecho ante el libertinaje económico y el utilitarismo egoísta.

Alvin Toffler<sup>16</sup> señalaba que en este cambio la rivalidad no será entre capitalistas y marxistas, o ricos y pobres, sino entre “rápidos y lentos”, y en verdad la gran empresa cuenta con toda la información y asesoramiento, como en su capacidad de interferir en las decisiones políticas y económicas gubernamentales, que no pueden seguir las pymes que quedan sujetas a la decisión de los grandes grupos económicos<sup>17</sup>.

Lamentablemente existe violencia, el equilibrio no se ha logrado y la lucidez no siempre nos ha acompañado.

#### 4.La energía y la violencia.

---

14 FAYT, Carlos S., *Teoría...*, cit., p. 89.

15. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial 2ª ed. Madrid 1980. t. II, p. 1057.

16 Citado por MALATESTA, Norberto, “Armas para ganar en la globalización”, *La Nación* del 27/6/1999, secc. II, p. 11.

17 Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

La sinergia grupal, la dinámica grupal, que genera energía en la comunidad, particularmente, en las universidades, debe ser aprovechada.

Esa sinergia grupal debe alentarse con ideales, como prototipos, modelos o ejemplares de perfección. Y desde el derecho, en normas para asegurar la plena realización del hombre en sus raíces y sus principios, viviendo en comunidad.

Pero nuestra constatación de la realidad impone advertir hoy esa sinergia en la violencia por insatisfacción, por odio incubado en las ciudades que ahogan, y que extienden ese mal. Es triste advertir la búsqueda de sobresalir en la violencia después de una fiesta, un baile, del fútbol, del encuentro (o desencuentro) partidario, o en el mero desencuentro ideológico, en las terribles revelaciones en torno a las barras bravas del fútbol, en torno a requerimientos, amenazas y absoluta alteración de las relaciones jurídicas. Los atentados al mobiliario urbano, ómnibus del transporte público y edificios públicos y privados es una constante de las noches de juerga en la Ciudad de Córdoba o de huelgas salvajes. Las ocupaciones de espacios públicos, las usurpaciones por quienes peticionan por viviendas, incluso las ocupaciones de las destinadas a los sin viviendas. Los cortes de calles. Casi todas esas expresiones de acción directa están dirigidas a causar un daño intencional, organizado, daños a una familia, un servicio, a la comunidad o a otros más desamparados. La solidaridad no existe, la anomia de los poderes públicos es palpable, tanto para satisfacer los reclamos cuando son justos —aunque derivan en acciones ilícitas— o para hacer cesar las acciones ilícitas.

Esas acciones cuando son desarrolladas por trabajadores muchas veces corresponden a una cuestión ajena a sus derechos, respondiendo al prestigio de un sindicato, de un dirigente, pero siempre causan daño, incluso al aparato productivo que genera riqueza que, a la postre, administra el poder público.

Se agregan las agresiones o violencia burocrática estatal y judicial contra jubilados y pensionados, entendiendo que estas personas no pueden organizarse para protestar —y quizá mueran pronto—, pero sus necesidades existen y si hay crisis debería ser soportada tanto por los funcionarios y empleados en actividad como por los retirados.

La violencia conlleva a una concepción comunitaria reflejada en los espectáculos, en la TV, en las películas, que muestra a los niños y a los adolescentes visiones que llevan a interpretarla como parte sustancial del mundo social que les espera, y a la agresividad como una forma natural de relacionarse y destacarse, actuando en consecuencia. Véanse los acontecimientos diarios en las escuelas y colegios, fábricas, cortes de calles, autopistas y caminos rurales, en un ámbito impensado.

Vivimos una presión psicológica de amenaza y miedo ante la fuerza y una suerte de ley del hampa, además de la ley de los marginados. ¿Qué respuesta dar como hombres de derecho? El miedo si denuncias, pues luego serás presionado y el sistema judicial puede responder que no hay pruebas, los jueces enfrentando la montaña de papeles. Parece una situación insoluble, apuntalada por la precariedad donde nadie parece tener que perder. La inseguridad física: ¿la prevención? La planificación: asumir la existencia de un mercado ilícito, de bienes robados, reducidos, exportadores de cobre, contrabando de oro, blanqueo de dinero, droga, donde deberían dirigirse las investigaciones y la prevención.

La violencia parecería resultar así de la droga o de la adrenalina del que no sabe cómo expresarse, cómo ser reconocido, que no encuentra su identidad frente a los mensajes de la comunicación global despersonalizada, o de los que creen que esta es la única forma de lograr objetivos o generar liderazgos.

La realidad nos muestra una faceta más de la sociedad mundializada, con cada vez más profundas diferencias entre los incluidos y excluidos del modelo, pero ya no dividiendo el mundo en países centrales o periféricos —división que también se mantiene agravando la cuestión—, sino dentro de cada Estado, pues el asentamiento territorial ha dejado de ser una razón de soberanía y los organismos internacionales financieros imponen condicionamientos de ajuste económico que torna cada vez más débiles a las naciones, y entonces en su seno se produce el avatar más importante de este inicio de siglo y desafío para el derecho en el siglo XXI: los que acceden a la herramienta del



derecho para consolidar su poder, y los excluidos, dentro de los que se incluye a sectores enteros de la economía.

Es evidente que, al mismo tiempo que se requiere seguridad para las inversiones extranjeras, se autoriza y pretende un mayor intervencionismo sobre la economía interna, tendiendo a recaudar tributos desviándolos de los fines fundamentales del Estado: educación, salud y desarrollo<sup>18</sup>.

Se intenta influir a través del derecho en las conductas, pero ello hay que lograrlo desde la educación, la cultura social. Si una sanción no la considera correcta una sociedad, de nada sirve la sanción penal, pues no se induce a la conducta, sólo se sanciona tardía y costosamente.

¿Igualdad o libertad? Se pretende que no puede otorgarse igualdad sin alguna pérdida de libertad, priorizando así este concepto. Ponemos en duda estas afirmaciones...

Parecería que existe una política del más fuerte. El Estado administra la apocalipsis generada por los operadores financieros que quieren tener menos costo, pero sin tocar sus propios intereses. Esto se advierte particularmente en los concursos.

La agresión económica deberá ser considerada como una ruptura del pacto social, como una falta ética para recomponer un método de mercado por un método de empresa, donde todos los componentes son valorados y, en particular, el elemento personal, con el correlativo ético de actuar de buena fe en la administración de cada “empresa”, privada, pública, grupal, nación<sup>19</sup>.

Es el gobierno, como los otros poderes constitucionales, el que debe definir el “orden social” de nuestra comunidad o Nación, para que los juristas puedan contribuir para que el derecho actúe como “orden”, a través de las técnicas jurídicas correspondientes, de aquel orden social. Tenemos la responsabilidad que los derechos no sean simplemente fórmulas sino realidades para asegurar los ideales y valores básicos que iluminan desde el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional “afianzar la justicia, promover al bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad...”.

La condición mínima sería: la existencia de una idea común en los poderes constituidos de construir bases para que la sociedad civil actúe con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil *versus* Estado como lo plantea el neoliberalismo<sup>20</sup>.

Es un error, sostenido durante años, tomar como variante de ajuste el valor del trabajo como variable económica, sin pensar en los costos de los servicios y en la afectación que una pauperización del salario y la desocupación traerán sobre el mercado interno, a la postre sobre la producción y la devastación interna del país, aunque se produzca un alza en ciertos indicadores económicos, que a la postre generarán la inseguridad jurídica y física interna, la emigración de los capitales externos e internos a paraísos fiscales, como producto de la globalización financiera.

No sólo el salario no debe ser una variable de ajuste, sino que –de lograrse el orden social que pretendemos- podría volverse a hablar de participación de los trabajadores en las utilidades de las sociedades, conforme las posibilidades previstas en nuestra ley de sociedades del año 1972 y la 2ª Directiva de la Unión Europea del año 1977.

---

18 La Corte Internacional de la Haya, en el caso **SOCIEDAD COMERCIAL DE BELGICA (SCB)**, del Año judicial: 1939, Presentes: M. Guerrero, Presidente; Sir Cecil Hurst, Vice-presidente; Conde Rostworowski, M. M. Fromageot, Altamira, Anzilotti, Urrutia, Negulesco, Jhr. Van Eysinga, M. M. Nagaoka, Cheng, Hudson, De Vischer, Erich, Jueces; M. Tenekides, juez ad hoc; en el caso de la SCB, entre el Real Gobierno de Bélgica representado por M. F. Muuls como agente y el Real Gobierno de Grecia, representado por M. Ch. Diamantopoulos como agente, si bien impuso al Gobierno de Grecia cumplir fallos anteriores, señaló que no podrían afectarse recursos de ese Gobierno necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones mínimas en torno a salud, educación y seguridad.

19 RICHARD, Efraín H., “El ‘buen hombre de negocios’ y el ‘plan de empresa’”, DSyC V-337.

20 GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1990, ps. 50 y ss.

### 5. Orden social y medios de comunicación (o propaganda)

Advertimos un descreimiento de la sociedad en el sistema jurídico. Ante ello, la perplejidad de los viejos, de la que no pueden ser ajenos los jóvenes es el nuevo rol en lo jurídico que parecen tener los medios masivos, la prensa, la radio, la televisión. Allí se encuentran los formadores y deformadores de opinión social.

Se trata de la irrupción en la escena, con un protagonismo inédito, de los medios masivos de comunicación, que sorprenden haciendo públicas cuestiones, reprochándoseles que suplantando las instituciones judiciales, y no tenemos dudas de su rol en cuanto aseguren justamente el adecuado funcionamiento de esas instituciones, con la presencia y temporaneidad que la sociedad reclama, pero sin interferir la labor de los magistrados.

No hay fachadas, no hay zonas de marginación, que impidan ese acceso, eliminando toda posibilidad de la insoportable imposición de convivir con la mentira.

La realidad siempre aparece. No hay defectos ni temores que puedan ocultarse por mucho tiempo. Los medios masivos de difusión los revelan.

Debemos aprovechar esa actitud, no para entorpecer a la justicia sino para favorecerla. Los medios masivos no pueden sustituir a la justicia. Sería aceptar la imposibilidad del derecho y de sus instituciones de afrontar la solución de conflictos, la convivencia y el respeto del derecho, que se entregaría a los medios masivos.

Siempre hubo violencia, pero en un pueblo sin ética, que acepta la corrupción, que no actúa solidariamente, la cuestión se agrava. Sálvese cada uno, pongan rejas, vivan en barrios cerrados, contraten custodios... todo será insuficiente.

El manipuleo de la mente, el hurgamiento en profundidad de la conciencia para anular toda potencia crítica, no es otra cosa que una empresa de depredación humana al servicio de la desigualdad social y económica....

La recurrencia a la protesta social, siempre con un lado oscuro, aparece en nuestra sociedad como un medio idóneo para obtener respuestas de gobernantes insensibles, que abusan de la impunidad de la aparente falta de actuación o de la lenta actuación del sistema jurídico.

Se expresa<sup>21</sup> que para asegurar la moral social del sistema económico y político, debe proponerse la solidaridad sin alterar el mercado, pero condicionándolo, particularmente para asegurar la igualdad de oportunidades. Ése es un deber de nuestros gobernantes: asegurar la *real* igualdad.

## V – LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL Y LA EMPRESA.

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, más específicas de las generales con las que hemos iniciado este ensayo, para recalcar en el aspecto en la defensa de los puestos de trabajo y los derechos de los empleados.

### 1. En torno a la empresa.

Nos concentramos en la continuidad de la empresa viable, particularmente 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. Nos hemos ocupado de estos temas, y sigue asombrándonos que los gobiernos no actúen frente al “indirect doing business” que

---

21 FRÍAS, Pedro J., “El malestar del neoliberalismo”, *La Voz del Interior* del 29/1/1998, p. 11-A.

ilícitamente se practica en forma pública y notoria como la forma corriente del traslado de fondos al exterior que los medios de comunicación masivos computan.

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 constatación de no atenderlos en su período de mando.

En la crisis mundial debe centrarse la atención en la inversión productiva, pues el exceso de disponibilidad en moneda electrónica y la volatilidad del mercado no sujeto a controles, la actividad financiera ilícita que permite simular operaciones, lavar capitales y distraerlos de la actividad productiva, es, a nuestro entender, el origen de esa crisis y exceso de deuda.

Se trata de repensar la visión sobre la empresa, ni accionistas desinteresados, ni acreedores como accionistas sin derechos. Una axiología comprometida, un desafío para los empresarios o los que intentan asumir ese rol –los trabajadores en la cooperativa-, que les impone un plan de factibilidad, en el caso de los obreros, sometido a control del síndico y del juez.

La crisis general ha contagiado a la crisis de empresas generando un capitalismo donatario –típico del financiero- versus un capitalismo productivo. Elegimos este último, el único capaz de producir riqueza real.

## 2.El centro de la cuestión: los puestos de trabajo.

Conforme el contorno social anticipado, 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<sup>22</sup>. Los conflictos que impiden la continuidad productiva, asambleas, bloqueos, huelgas, deberían canalizarse 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 afectar la intervención sindical responsable, 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.

La violencia y el daño que generan las protestas de trabajadores –quizá fundada en legítimos reclamos- es inconcebible. La destrucción del mobiliario urbano de Córdoba frente a las manifestaciones de diversos gremios, el desprestigio internacional por las alteraciones –cuando no la eliminación- de vuelos nacionales e internacionales generados en nuestros aeropuertos, que también alcanzan a servicios llamados básicos, son incomprensibles en nuestros tiempos, y una manifestación de anomia del poder político, al no organizar abordar civilizadamente estos problemas. Una luz de esperanza aparece en el mensaje de la señora Presidente a empresarios y trabajadores para que mantengan en todo momento un diálogo, excluyendo toda acción directa que entorpezca el normal desenvolvimiento de la empresa en la concepción participativa del capitalismo productivo. Y también una anomia del sistema judicial por permitir manifestaciones delictuales.

<sup>22</sup> RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando *Derecho Societario*, 2ª edición corregida y aumentada, Ed.Astrea, Buenos Aires 2007, tomo II pág. 551 y ss..

El diálogo, el abordaje pacífico de los reclamos laborales no debe afectar la defensa de los derechos de los trabajadores.

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>23</sup>.

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” –organizada como sociedad- 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- 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.

En una apreciación preconcursal, con un buen plan sobre viabilidad de empresa, en el encuentro entre empresarios y trabajadores, las soluciones están en la ley societaria<sup>24</sup>: por ejemplo art. 197.2 con categoría de acciones, con director de clase.

---

<sup>23</sup> Nto. “Tutela estatal en las sociedades por acciones”, en Rev. La Informació, tomo XXXII, p. 943 y ss. apartado 2.

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

Esta visión despeja sobre el requerimiento mayoritario en torno a la reforma integral de la ley de concursos. Entendemos que no, hasta que no comprendamos y apliquemos que las soluciones de las crisis de sociedades se encuentran en la ley societaria, cuya aplicación preventiva habría solucionado la mayoría de los más intrincados juicios concursales, como en la práctica ocurre diaria y silenciosamente por la acción de administradores y asesores calificados<sup>25</sup>.

## VI – LA REFORMA A LA LEY CONCURSAL POR LEY 26.684.

La nueva ley de reformas 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 empresaria 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 constatarse 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.

### 1. El capital social.

La pérdida del capital social, como causal de disolución se produce cuando el pasivo alcanza el mismo monto del activo en un balance. La ley concursal de Perú postula que la solución debe ser temprana iluminado por una norma imperativa sobre la pérdida del capital social.

Las normas societarias previenen en ese aspecto de conservación de la empresa, pues ante la pérdida del capital social se impone la capitalización –por diversos medios: art. 96 LSA- o la liquidación. Piensen que, al producirse esa pérdida el patrimonio activo igual al pasivo, o sea que los acreedores sociales están resguardados. También protegida la empresa por la causal disolutoria de imposibilidad sobreviniente (por condición del patrimonio) de satisfacer el objeto social. Las miradas que centran la atención en el propio balance de la sociedad y la aplicación de las normas de reintegración de capital social, o su aumento, son ignoradas por importante doctrina concursalista, que basa el éxito de la presentación en concurso en lograr quitas y esperas desmesuradas.

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

---

<sup>24</sup> *Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?*, conjuntamente con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño, en RDCO año 30 1997 pág. 527.

<sup>25</sup> Nto. “Perspectiva del derecho de la insolvencia”, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2010; y la presentación en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal (Franca, Brasil 21/23 de noviembre de 2011, apenas del cual escribimos estas líneas, que puede verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) LA EFICIENCIA PARA AFRONTAR LA INSOLVENCIA SOCIETARIA.

## 2.La solución.

Ante la crisis y la situación actual deben desenvolverse nuevas ideas (aunque sin alterar los aspectos centrales sobre la empresa viable): 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.

## 3.El efecto disuasivo de la reforma.

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

Cual es el ideario de la reforma?<sup>26</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<sup>27</sup>.

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 en la quiebra –no lo hay en el concurso, ni en el art.48 bis que integra su regulación-. 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.

## VII - LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ideario del sistema concursal en la reforma por ley 26.684* en Jurisprudencia Argentina, fascículo 12 21.9.2011, 2011-III-3

<sup>27</sup> Nto. *EN TORNO A LA ADHESION A PROPUESTAS CONCURSALES*, en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Ed. La Ley, Año II, n° 3, Junio 2011, Buenos Aires, pág. 41 y ss., con el siguiente SUMARIO: 1. Generar la mayoría. 2. Con o sin colegio la cuestión no cambia. 3. Mayoría por los legitimados y nadie más. 3. El origen de la obligación cuyo titular se intenta excluir. 5. Sobre la propuesta de acuerdo. 6. Contrato y acuerdo. 7. El acuerdo como negocio colegial colectivo. 8. Concursalidad y legitimación. 9. ¿Contrato? La llamada asamblea unánime. 10. Mayoría de legitimados. 11. Sobre legitimación para expresar conformidad. 12. En torno a la cesión de créditos. 13. Exclusión de voto. 14. Sobre exclusión de créditos para el cómputo de mayorías. 15. Meditando.

Hay que preocuparse si una empresa se torna obsoleta y mantiene su presencia en el mercado. Genera efectos dañosos exponenciales en el mercado y sobre la libre competencia. 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.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios<sup>29</sup>. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente –con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial<sup>30</sup>.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo en su caso las causales 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>31</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”. Incluso la contaminación del mercado y la afectación de la competencia leal.

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, sugerido por el *obiter dictum* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Comercial del Plata”<sup>32</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

---

<sup>28</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.

<sup>29</sup> “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..

<sup>30</sup> 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%.

<sup>31</sup> ETCHEVERRY, Raúl Anibal *Empresa y objeto social*, en RDCO año 15 p. 781 y ss.; COLOMBRES, Gervasio *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 116.

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>33</sup>. El valor es restituir a la empresa –o la sociedad- su viabilidad funcional.

### 1. ¿Qué es empresa? Las relaciones de organización.

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 designio de hacer algo”.

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>34</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

---

<sup>32</sup> Nto. ¿REORGANIZACIÓN 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.

<sup>33</sup> *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.

<sup>34</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.



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>35</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>36</sup>. El "análisis económico del derecho" es un método de análisis que se enrola en el método normativo de las relaciones de organización<sup>37</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>38</sup>.

En resumen, la empresa es una unidad económica y social, a diferencia del establecimiento, que es más una unidad técnica<sup>39</sup> y material. Se registran tantas nociones como autores se han

---

<sup>35</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>36</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>37</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. Cfme. ponencia a las III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Buenos Aires, 30 de junio y 1° 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>38</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 n° 7 y 8, Rosario marzo de 1998, p g. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi.

<sup>39</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.

ocupado del tema<sup>40</sup>. Nos inclinamos por una noción funcional y organizativa: la actividad<sup>41</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>42</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 por parte de los acreedores. Son palabras usadas normalmente con sentido fútil<sup>43</sup>, unidas para la homologación de acuerdos absurdos con 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.

## 2. 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?

---

**40** 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.,

**41** 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.

**42** 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.

**43** 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.

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 –sólo a éste nos referimos 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 prejudiciales 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>44</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>45</sup>. Quién no formaliza autoprogramación, autoorganización, impone el autoritarismo generando la heteroprogramación<sup>46</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>47</sup>, ni en la obligación de actuar tempestivamente al aparecer una dificultad o crisis, ni que se haya dotado adecuadamente el patrimonio de la sociedad genéticamente<sup>48</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>49</sup>.

---

**44** Cfr. GALGANO, Francesco *Historia del Derecho Mercantil* citado, págs. 165 y ss..

**45** FRÍAS, Pedro J. *Sobre poder y sociedad*, ed. 1983, Córdoba Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba p. 182. Luego lo hicimos con Francisco Junyent Bas y Orlando Manuel Muiño en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires 1997, tomo 30 pág. 525.

**46** Nto. *Tutela estatal en las sociedades por acciones* Rev. La Información tomo XXXII p. 943 y ss..

**47** 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.

**48** 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.

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>50</sup>.

Lo explicita con claridad Bernardo Carlino<sup>51</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>52</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>53</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,

---

49 Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

50 Asi 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.

51 “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.

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

53 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)

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 disolutiva así como la de insolvencia, que tan prístinamente recopilara y planteara Araya<sup>54</sup> analizando los diferentes enfoques del derecho norteamericano y del europeo respecto de la legislación nativa, se pondrían 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>55</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

---

54 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.

55 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.

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>56</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.

### 3. Planificación y derecho concursal argentino.

La perplejidad es mayúscula cuando se revisa alguna doctrina y jurisprudencia: ¡los terceros sí deben o deberían planificar, los administradores de la concursada no! Parecería que desde la óptica de la mayoría de los intérpretes del derecho concursal argentino 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>57</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*".

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*

---

<sup>56</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).

<sup>57</sup> LA LEY 1996-A, 978.

*un sistema concursal más eficiente* Julio César Rivera<sup>58</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 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”.

#### 4. Antecedente superador.

Registramos algún antecedente del año 1982<sup>59</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

---

<sup>58</sup> Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Anales 2001, 284.

<sup>59</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..

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 empresarial 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.

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.

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

Conforme esos criterios formalizamos algunas apostillas sobre “EL PRONTO PAGO Y FONDOS AFECTABLES EN LA REFORMA DE LA LEY CONCURSAL”<sup>60</sup>, sobre las variables para afrontar los créditos sujetos a pronto pago: fondos líquidos disponibles o 3% de los ingresos brutos. Anticipamos 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, y ya nos expresamos a cargo de quién lo está.

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 si 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<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Publicado en *Perspectivas del Derecho Mercantil*, AAVV, Ed. Legis, La Plata 2011, pág.409.

<sup>61</sup> Nto. *Sobre el capitalismo de reposición y el capitalismo donatario* en *EMercantil de Microjuris*, entrega n° 31 del 4 de agosto de 2011



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 caber acciones de responsabilidad contra los administradores<sup>62</sup>.

La institución del 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>63</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).

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. Advertimos que en ese procedimiento 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-.

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”.

La reforma introduce un nuevo análisis. 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:*

<sup>62</sup> “Perspectiva...” citado 1ª parte *La crisis de la organización societaria* pág. 260 y ss..

<sup>63</sup> “Perspectiva...” citado 3ª parte *Facultades y deberes del síndico en los concursos de sociedades: el informe general* pág. 519 y ss..

*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 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....*

### 1. Previsión.

Hemos sostenido con anterioridad<sup>64</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.

Casadio Martínez descarta que fondos líquidos deban interpretarse como utilidades disponibles en el sentido de la ley societaria, pues en el caso importan un flujo mensual, analizando la cuestión para evitar confusión<sup>65</sup>.

### 2. ¿Piso del 3%?

---

<sup>64</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.

<sup>65</sup> CASADIO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires 2011, pág. 30 y ss..

Apuntemos que la reforma se refiere a la existencia de fondos disponibles, no a su monto; e impone el 3% ante la actitud negatoria de los empresarios o administradores de la concursada.

Si existiendo un estudio –serio y auditado- sobre la inexistencia de disponibilidades mensuales se impone igual el pago del 3% se esta comprometiendo la viabilidad de la empresa.

Y si del estudio resulta que no hay ningún fondo disponible, en la situación óptima de trabajo de la sociedad en concurso, esa empresa no es viable y se generan gastos y dispendios que ya pueden calificarse de infructuosos e inconducentes: la empresa no es viable.

En ciertos supuestos, hasta podría el Juez hacer efectiva las previsiones del art. 99 LS conforme el caso, particularmente ante la indicación del Síndico de existir balances donde se había constatado la pérdida del capital social y que la sociedad continuó su giro sin que administradores y socios adoptaran las previsiones del art. 96 LS.

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 goverment”, 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, evitando los costos y daños colectivizados en el concurso. 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.

## IX - LA TEMPESTIVIDAD EN LA PRESENTACIÓN EN CONCURSO Y LA 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 Nº 24.013 se estableció el procedimiento preventivo de crisis de empresas que fuera reglamentado a través del Decreto Nº 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.

## X - LA ORGANIZACIÓN COOPERATIVA.

La conservación de la empresa parece un postulado neto, pero no es tan claro en cuanto a si, atento a que los trabajadores no son tales en las cooperativas de trabajo<sup>66</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

---

**66** “Ghelco S.A.”- Juzg. Nac. Com. n° 4, 01/03/2005, “Ghelco S.A. s/Quiebra”, Lexis Nº 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”.

cooperativas). Recuérdese que la doctrina laboral cuestiona a las cooperativas de trabajo que actúan como prestadoras de trabajo para otras empresas, entendiendo que es una forma de violar la legislación laboral.

El requerimiento de planificación para adquisición o continuación por cooperativas de trabajo esta ligado a que la empresa sea tal, o sea viable, para no entretener y perjudicar más a los trabajadores.

Los empleados pasan a ser socios y trabajadores en la cooperativa. Se tutela el trabajo, la producción, no la relación de empleo o laboral.

En la cooperativa de trabajo laten corazones, vinculados por principios y valores de educación, información, capacitación y reconversión, con ideales de justicia distributiva, de integración con la comunidad en un espacio humano y empresarialmente económico de servicios donde cada socio tiene “un voto”, constituyendo una genuina economía solidaria civil, superando las ineficiencias y distorsiones en que han caído como consecuencia de un sistema concursal burocrático frente al abandono de socios y administradores societarios de sumir las obligaciones que les impone la ley específica de sociedades comerciales. El riesgo será ponerse a disposición del clientelismo político por subsidios ante la inexistencia de empresa viable, entregada a esos trabajadores solidarios para entretenerlos.

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

“En las cooperativas de trabajo, la calidad de socio resulta de su actividad laboral en la sociedad, conforme lo dispone la ley de cooperativas, y por ende no puede modificarse su situación laboral sin modificar su situación de socio... De ello también resulta que el socio de una cooperativa de trabajo tiene asegurado su derecho a trabajar mientras se mantenga su calidad asociativa... uno de los derechos más esenciales de esa personalidad es el derecho a trabajar que otorga la Constitución Nacional, y esa situación de la personalidad en el trabajo se halla tutelada en este caso por una relación asociativa particularísima: socio de una cooperativa de trabajo, relación generada voluntariamente por los interesados al cumplir las condiciones fijadas por la ley y por los estatutos en cuanto no modifique los derechos que aquélla confiere: libre acceso y adhesión voluntaria. Este especial derecho de la personalidad, tutelado por preceptos constitucionales, y que forma el nudo principal e inseparable de la relación asociativa en las cooperativas de trabajo, debe ser especialmente tutelado ante cualquier intento de violación”<sup>67</sup>.

---

67 Nto. “La tutela del derecho a la relación laboral de los socios de las cooperativas de trabajo” en RDCO año 4 abril 1971 n° 20 pág. 202 y ss., especialmente págs.. 206/7.

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.

#### 1. Otros problemas.

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. ¿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.

Rubin formuló un excelente catálogo y como expresa Cracogna<sup>68</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>69</sup>, sentenció que la relación existente entre el socio de una cooperativa de trabajo y la entidad a la que este pertenece en calidad de asociado es un vínculo excluido de la relación de dependencia. Es un problema lo previsto por el art. 17 Ley 20337 que establece el ingreso libre, conformando el principio de "puertas abiertas", salvo por restricciones estatutarias basadas en el objeto concreto (cooperativa de trabajo de conductores vinculando el acceso a la cantidad de vehículos). Cobra importancia en la cooperativa el reglamento interno que establezca los diversos roles y el modo de reparto de los excedentes

---

<sup>68</sup> Cracogna, Dante, "Cramdown y cooperativas", J.A. 2000-I-711.

<sup>69</sup> CSJN, 24/11/2009, "Lago Castro, Andrés M. c/Cooperativa de Trabajo Nueva Salvia Ltda. y otros", Lexis N° 70058153; con comentario de Perciavalle, Marcelo L., "Cooperativas de trabajo: eventual relación laboral y solidaridad del consejo de administración", MJD4931.

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.

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 lo 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 (art.48 bis LCQ ref.). 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?

Se generan interrogantes: “¿Qué trabajadores podrán formar parte de la cooperativa?, que según la normativa del organismo de aplicación cooperativo requiere de cómo mínimo de 10 trabajadores para la conformación de ese tipo de cooperativas. ¿Podrán conformarla ex trabajadores?, ¿Podrán conformarla trabajadores que no hayan renunciado?, ¿Podrán integrarla alguno y no todos los trabajadores?, ¿Podrán integrarla trabajadores que no se hayan a la fecha presentado a verificar?, ¿Podrán integrarla trabajadores que estén cobrado sus créditos or el proceso del pronto pago?, ¿Podrán integrarla los trabajadores que hayan optado por instar o continuar sus reclamos en el fuero laboral y a la fecha no posean sentencia firme y ejecutoriada?”<sup>70</sup>.

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.

## 2. Algunas aportaciones a la problemática de la financiación<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> DAVID, Marcelo Alejandro “Cooperativa de trabajo y salvataje concursal” en *Perspectiva del Derecho Mercantil*, Ed. Legis, Buenos Aires 2011, pág. 281, XVIII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, La Plata octubre 2011.

<sup>71</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*.

Cabe preguntarse ¿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>72</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.

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, y porque no las cooperativas, 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 “*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*”

---

<sup>72</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.



*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 –en el caso la cooperativa-, 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 perdido 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 riesgo –típica del capitalismo productivo-, 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 gestires, 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 afectará a estos contratos, que recién quedarían resueltos 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.

#### XI - LOS BENEFICIOS PARA LOS TRABAJADORES: COMO TALES O COMO ACREEDORES.

Siguiendo las nuevas tendencias –y las que proponemos- 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 ideario de la reforma es consolidar los derechos de los trabajadores (actuales y anteriores –acreedores- de la concursada:

Aseguramiento de la verificación.

Eliminando la modificación del convenio de trabajo.

Mantenimiento de los intereses moratorios tanto en concurso como en quiebra .

Transferencia de créditos anticipada en caso de propuesta heterónoma homologada (48 bis LCQ), generando un sistema especial para la capitalización de la cooperativa de trabajo.

Otorgando preferencia para la adquisición de la empresa por los trabajadores organizados.

Compensación de créditos laborales con precio de compra en la quiebra..

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),

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

d) También se permite el control e información de los trabajadores que no sean acreedores en el proceso de verificación de créditos –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 interpretativa 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 estas 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. En efecto, 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.

1. Algunos aspectos del art. 48 bis LCQ

Debe despejarse la naturaleza sobre el crédito eventual (por extinción de la relación laboral) para una propuesta heterónoma. Conforme la ley 26.684 los trabajadores "inscritos" en la "cooperativa de trabajo de la misma empresa" que —a su vez— se haya registrado para intervenir en el procedimiento de salvataje, escapando 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 cálculo practicado por la Sindicatura por orden judicial, determinando 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 la posibilidad de percibir sus créditos no en efectivo, sino capitalizando la sociedad cooperativa que han decidido organizar. 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 de ser exitosa —en beneficio de la comunidad y de ellos- generan la transferencia del crédito a la cooperativa atento su carácter de asociado a una cooperativa de trabajo para participar a través de ella en el procedimiento de salvataje.

## 2. Socio único.

En el procedimiento de salvataje los trabajadores organizados en cooperativa, ente que adquiere las cuotas sociales o las acciones de los socios de la concursada, que representan el capital social no alteran la personalidad de la sociedad concursada. Esto trae otro problema como el de generar un socio único: la cooperativa de trabajo es socia única de una sociedad comercial. En efecto, ante el acuerdo heterónomo 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. Para ese caso se genera una transferencia del crédito referido (antes ya ponderado cuantitativamente) a favor de los trabajadores para integrar el capital de la cooperativa, no para pagar esas participaciones.

La ley societaria argentina impone la disolución de la sociedad devenida de un solo socio (art. 94 inc. 8º) “siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de 3 meses”. La responsabilidad solidaria que dispone durante ese lapso carece de interés por la naturaleza del único socio: cooperativa.

¿Cuál es la solución? ¿Incorporar nuevos socios a la sociedad concursada? No parece congruente. Parece que debería facilitarse la transformación de la sociedad comercial en cooperativa para receptar el ideario de la reforma. No es ilícita la transformación de una sociedad comercial en cooperativa (la inversa no está autorizada).

Será quizá el mayor desafío que deberá afrontarse en la aplicación del art. 48 bis si es la cooperativa de trabajo la que logra la adhesión a su propuesta para requerir la homologación judicial.

A su vez trae meditaciones la reforma del artículo 196 LCA, 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? ¿O permitirá que una segunda cooperativa se asocie con la que formalizó la propuesta heterónoma para así salir de la causal de disolución por ser único socio?

Una situación interesante puede darse en el caso de un socio de la sociedad concursada, que a su vez fuere empleado de la misma, que podrá integrar la cooperativa. Pero ello no solucionaría la situación de socio único.

### 3. Otro sujeto de derecho.

Una última apostilla para el caso de quiebra y la continuidad del giro 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? En este caso los trabajadores que constituyan otro sujeto de derecho, incluso una sociedad anónima, podrían ser socios y empleados a la vez de la nueva sociedad. La imaginación puede correr si materializada la “cooperativa en formación” para beneficiarse de las previsiones de la reforma, al planificar la continuidad del negocio pudieran organizar otro “sujeto de derecho”.*

La posibilidad queda abierta para el caso concreto.

### 4. Aspecto a despejar: 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 interesante la integración que realiza este distinguido jurista con la Constitución Nacional, cuando sostiene que la ley concursal es autosuficiente y excluye la aplicación de otras normas, para tratar de evitar la aplicación de la ley de sociedades y del Código Civil, y también la Constitución Nacional en otros aspectos, pero también referido a la propiedad y la confiscatoriedad, como lo son las quitas confiscatorias a los

acreedores. Esa afectación al derecho de propiedad de los acreedores por quitas y esperas predatorias nos ha motivado en polémica con Truffat<sup>73</sup>-

Téngase en cuenta que de la competencia que resulta del proceso previsto en los arts. 48 y ss. LCQ a 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). Esto último 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 oficio de las leyes cuando media arbitrariedad en la determinación de la utilidad pública<sup>74</sup>. Y ello debe acaecer no sólo en el supuesto que señalan estos distinguidos juristas, sino cuando las quitas de los acuerdos son confiscatorias para los acreedores que no han prestado acuerdo y deberían sufrir ese perjuicio inconstitucional.

Sólo habrá que pagar algo en el supuesto del 48 bis LCQ, 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>75</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>76</sup>, y luego

<sup>73</sup> Nto. “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)”, donde el editorialista señala “*El maestro cordobés responde rápidamente la nota de E. Daniel Truffat (IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS), publicado en el número anterior, generando un respetuoso contrapunto que se agrega a las varias anteriores, excluyendo del efecto de la novación concursal las acciones de responsabilidad extraconcursoales*”. Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

<sup>74</sup> SCBA, 18/02/2009, “O'Connor, Alberto M. y otro. s/Inconstitucionalidad ley 11.959”, E.D. Digital (55064).

<sup>75</sup> En Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Bs.Aires n° 286 año xxv t.XXIII pág. 933 sept. 2011,

<sup>76</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.

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>77</sup>. Y al 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).

## XII – FINALIZANDO Y MEDITANDO.

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. La violencia y el daño que generan las protestas de trabajadores –quizá fundada en legítimos reclamos- es inconcebible. Un nuevo pacto social se impone, con nuevas reglas generadas por el Estado, y una actitud diferente de trabajadores y empresarios en la dinámica empresarial. Una nueva racionalidad se impone.

Las crisis societarias deben ser enfrentadas también desde un punto de vista racional. 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>78</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

---

<sup>77</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.

<sup>78</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.

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>79</sup>.

La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuvimos en el año 1981 en torno a la “Conservación de la Empresa”, recordando a Abadesa “la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”<sup>80</sup>. La posición doctrinaria es antigua y se corresponde a un sistema integral del derecho de las sociedades personas jurídicas.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. Y no podemos aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el “esfuerzo compartido” en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores. Y los trabajadores podrían compartir la titularidad de un porcentaje de acciones a través de una compensación entre sus créditos y la capitalización de los mismos, como hemos señalado.

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.

Quizá los actuales propietarios de una sociedad en crisis, ante los interrogantes que les genera la reforma para enfrentar un concurso preventivo, puedan integrar a los trabajadores –incluso a otros acreedores- como socios por capitalización de sus acreencias, superando así la crisis.

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.

---

<sup>79</sup> STANGUELLINI ob. cit. pág. 1079

<sup>80</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.



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. Capitales productivos como se requiere.

...

...