

# CRISIS DE EMPRESAS Y DESOCUPACIÓN\*

## CRISES IN ENTERPRISES AND UNEMPLOYMENT

*Efraín Hugo Richard\*\**

**Resumen:** La crisis de empresas genera desocupación. La forma de evitarla es una adecuada planificación, que permitirá determinar la dotación patrimonial, sea de socios o de terceros. En relación a las cooperativas de trabajo se aportan ideas sobre formas de financiación no tradicionales.

**Palabras-clave:** Crisis de empresas - Planificación - Financiamiento - Cooperativas de trabajo.

**Abstract:** Crises in enterprises generate unemployment. The way to avoid it is to do proper planning, which will determine the allocation of assets, in relation to partners or third parties. Regarding labor cooperatives this article offers ideas on non-traditional forms of financing.

**Key words:** Crises in enterprises - Planning - Financing - Cooperative companies of work.

**Sumario:** I. Introducción. — II. Sistema de las relaciones de organización. — III. El problema. — IV. Organización socio-jurídica. — V. Reforma de la ley concursal y la empresa. — VI. Reforma a la ley concursal por ley 26.684. 1. El capital social. 2. El efecto disuasivo de la reforma. — VII. La conservación de la empresa. — VIII. Pronto pago y planificación. Una visión positiva. — IX. La organización cooperativa. — X. Aportaciones a la problemática de la financiación. — XI. Meditando.

---

\* Trabajo recibido para su publicación el 16 de abril de 2012 y aprobado el 4 de junio.

\*\* Profesor Emérito y Director del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Profesor *Honoris Causa* por las Universidades Nacional de Tucumán, Católica de Salta y del Norte Santo Tomás de Aquino de Tucumán; Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa. Categ. CONEAU 1. Puede contactársele en ehRichard@arnet.com.ar

## I. Introducción

1.- En el anterior número de la Revista nos dedicamos a un tema digno de la investigación interdisciplinaria “crisis societarias: visiones encontradas: la societaria y la concursal” (1), donde referimos que las crisis económico-patrimoniales de las sociedades tienen dos soluciones; a) la externa de alto costo de mediación de carácter concursal si existe cesación de pagos, y b) la interna o soluciones societarias de bajo coste de transacción a los que cede la primera si se ha constatado la pérdida del capital social.

Ahora miremos otra faceta de esas crisis cual es la situación de los trabajadores ante la insolvencia de la sociedad empleadora, sin perder de vista el anterior ensayo.

El tema tiene importancia social decisiva ante la crisis mundial, la recesión de los mercados y la desocupación o subocupación que se genera.

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 de los que marginan ese sistema, que es la base del derecho, particularmente de los comerciantes y de la empresa, nacido en épocas medievales: 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”,

---

(1) Publicado en *Revista de la Facultad*, Nueva Serie II de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Vol. II, n° 2, pág. 1, Córdoba, diciembre 2011.

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. Sistema 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 (2).

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.

## III. El problema

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) 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)

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 (3).

#### IV. Organización socio-jurídica

Se habla de un cambio de paradigma como expresión de realizaciones científicas universalmente reconocidas que durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (Kuhn, 1971, pág. 13), sustituyendo el de conservación de la empresa, a la conservación de los puestos de trabajo a toda costa (4). 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.-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 expresábamos 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 (5), no es por medio de la reforma de la Sociedad Anónima que se plasmará la revolución social en la comunidad de trabajo dominada por una idea, que es la empresa, sino por una transformación de las estructuras sociales que permitan el reconocimiento del derecho de las grandes masas, que participan en esa comunidad humana. Sólo resta depositar nuestra confianza en la lucidez de nuestros políticos y nuestros juristas, para que sus

---

(3) 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.

(4) 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.

(5) “La pretendida reforma en la Empresa a través de la Sociedad Anónima”, conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba de 14 de noviembre de 1969.

estructuraciones logren el cambio esperado, sin violencias y en el encuentro libre de las voluntades participantes” (6).

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 (7), sino solidaria (8). 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 (9). 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 (10). 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 quienes 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 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.

---

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

(7) Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable.

(8) 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*, Ed. Zavalía, Buenos Aires 1987, cap.3 “La empresa”, págs. 29 y ss.

(9) 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.

(10) Nto. “El bien jurídico tutelado por el derecho concursal”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1979-1980, p.261.

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. 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 simplificador y al mismo tiempo ejemplificador que asegure el orden social comprometido.

2. 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? (11).

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

---

(11) 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 KLIKSBURG, Bernardo, *¿Cómo transformar el Estado más allá de mitos y dogmas?*, FCE, México, 1989, reimpr. 1993.

consumidor interno que haga crecer la actividad productiva nacional, y paradójicamente el empleo.

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 (12).

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.

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

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 (13).

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 (14) 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

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

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

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

en las decisiones políticas y económicas gubernamentales, que no pueden seguir las pymes que quedan sujetas a la decisión de los grandes grupos económicos (15).

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

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.

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.

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.

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.

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 (16).

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 con-

---

(15) Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

(16) RICHARD, Efraín H., "El 'buen hombre de negocios' y el 'plan de empresa'", *DSyC V-337*.

tribuir 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...”

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 larga 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.

## **V. 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.

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 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.

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.

Repensemos 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. El capitalismo donatario pone su atención en asumir la crisis con quitas y esperas logradas en sofisticados juicios concursales de los acreedores. El productivo o de reposición pone el acento en las obligaciones que impone la ley societaria a administradores y socios para evitar daños a terceros.

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 espuriamente en las privatizaciones en los 90, ni la participación en las ganancias prevista por la ley societaria argentina del año 1972 (17). 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.

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 or-

---

(17) RICHARD, Efraín Hugo - MUIÑO, Orlando. *Derecho Societario*, 2ª edición corregida y aumentada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2007, tomo II, pág. 551 y ss.

ganización 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 (18).

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 piensa 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 está 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.

---

(18) Nto. “Tutela estatal en las sociedades por acciones”, en Rev. *La Información*, tomo XXXII, p. 943 y ss. apartado 2.

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 (19).

## **VI. 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 empresarial y el rol del empresario, del capitalista y del empleado, en el caso ante una crisis concreta.

Pero ello supone reconocer que en la presentación en concurso (ante la vía usada para afrontar la crisis), las causas de ella deberán ser señaladas, identificándolas. Y al margen de la apertura del concurso al 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***

El capital social o patrimonio de la sociedad es decisivo. 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.

---

(19) 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, en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) LA EFICIENCIA PARA AFRONTAR LA INSOLVENCIA SOCIETARIA.

## 2.- El efecto disuasivo de la reforma

La reforma puede tener un efecto disuasivo de algunas conductas desviadas. 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.

¿Cuál es el ideario de la reforma? (20); Se frustró? Hemos leído importantes trabajos de los incansables comentaristas de la legislación concursal 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, apuntan 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 (21).

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 (22)

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

---

(20) “Ideario del sistema concursal en la reforma por ley 26.684” en *Jurisprudencia Argentina*, fascículo 12 21.9.2011, 2011-III-3.

(21) Nto. “En torno a la adhesión a propuestas concursales”, en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Ed. La Ley, Año II, nº 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. Concursabilidad 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.

(22) 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.

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 (23). 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 (24).

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” (25).

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

1.-La viabilidad de la empresa está fundada en la planificación. Es fundamental para la estructuración de la “empresa” como aspecto “económico”, el de su factibilidad. ¿Es obligación de administradores societarios formular un plan de negocios?

El llamado “plan de empresa”, motivó las preocupaciones de la doctrina concursalista en cuanto a la presentación de un “plan de saneamiento” (de reestructuración o

---

(23) “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.acadec.org.ar](http://www.acadec.org.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.

(24) 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%.

(25) 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.

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 (26), 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 (27). Quién no formaliza autoprogramación, autoorganización, impone el autoritarismo generando la heteroprogramación (28).

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 (29), 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 (30) 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 (31).

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,

(26) Cfr. GALGANO, Francesco *Historia del Derecho Mercantil* citado, págs. 165 y ss.

(27) FRÍAS, Pedro J., *Sobre poder y sociedad*, Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba, 1983 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.

(28) Nto. “Tutela estatal en las sociedades por acciones” Rev. *La Información* tomo XXXII p. 943 y ss.

(29) 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.

(30) 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.

(31) Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

la insolvencia la asuman acreedores, transformando la crisis en un gran negocio para los socios o accionistas (32).

Tampoco es posible obtener crédito si no se presenta un plan de inversiones y viabilidad del negocio. Lo explicita con claridad Bernardo Carlino (33), 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 (34), no caben dudas que la ley de sociedades provee y prevé mecanismos suficientes para conjurarla exitosamente”.

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 (35).

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.

Es mayúscula la perplejidad 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)* (36): “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*

---

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

(33) “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)”, en AbeledoPerrot, *Newsletter* 20 de marzo de 2009, sección Doctrina, repetido el 23 de marzo.

(34) Uno de los cuales se puede encontrar en “Notas en torno a la conservación de la empresa: ¿Principio concursal o del derecho societario?”, en *Ensayos de Derecho Empresario* N° 4, Director: E. H. Richard, págs. 56 y ss., FESPRESA, Córdoba, 2008.

(35) 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).

(36) LA LEY 1996-A, 978.

*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”.*

### **VIII. Pronto pago y planificación. Visión positiva.**

Conforme esos criterios formalizamos algunas apostillas sobre “El pronto pago y fondos afectables en la reforma de la ley concursal” (37), 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 sí para permanecer en el manejo de la sociedad (acreditando diligencia) y luego para integrar la propuesta u homologarla.

En el concurso no se abre juicio sobre ese plan, eventualmente al homologar un acuerdo debería hacerse alguna referencia concreta y no una mera invocación. Recordemos las previsiones de los arts. 125.1 y 125.2 incorporados en el año 1983 a la ley 19551 (38).

Ese plan es propio y esencial en una sociedad que lleve contabilidad, para tender aspectos contables y fiscales. Caso contrario no se acreditaría diligencia, y de generarse daño podrían haber acciones de responsabilidad contra los administradores (39).

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 (40).

(37) Publicado en *Perspectivas del Derecho Mercantil*, AAVV, Ed. Legis, La Plata 2011, pág. 409.

(38) Nto. “Sobre el capitalismo de reposición y el capitalismo donatario” en *El Mercantil de Micro-juris*, entrega n° 31 del 4 de agosto de 2011.

(39) *Perspectiva...* citado 1ª parte “La crisis de la organización societaria”, pág. 260 y ss.

(40) *Perspectiva...* citado 3ª parte “Facultades y deberes del síndico en los concursos de sociedades: el informe general” pág. 519 y ss.

La pregunta formal sería: ¿Quiénes 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. Advirtamos 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 construida 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.

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

*Artículo 16: (...) Pronto pago de créditos laborales. Dentro del plazo de diez (10) días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones 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.-Hemos sostenido con anterioridad (41) que el informe impuesto al Síndico por los incisos 11 y 12 del artículo 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 (42).

2.-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 está 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.

3.-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

(41) Nto. “En torno a los informes del síndico en el concurso de sociedades: el general”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, 242-657 doctrina, año 2010.

(42) CASADIO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo. *Informes del síndico concursal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pág. 30 y ss.

concurso, para solucionar el estado de cesación de pagos y conservar la empresa con sus puestos de trabajo. La falta de cumplimiento los requerimientos impondría la aplicación —atenuada o rigurosa según el caso— de las previsiones del art. 17 LC, y luego la eventual no homologación de un acuerdo por no asegurarse la continuidad de la explotación.

A la postre, la planificación empresarial no es sino una derivación de la llamada “responsabilidad social empresarial” o del “*corporate government*”, sobre las conductas de los administradores de las corporaciones. El punto está ligado a la concepción que se tenga sobre la empresa, su organización societaria, el rol de sus administradores naturales, y la actividad del síndico concursal.

Asegurar la planificación, publicitando un plan de negocios colaboraría en que los acreedores aceptaran la capitalización del pasivo en forma privada y extrajudicial conforme las previsiones de la legislación societaria, 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 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 (43), y la solución de la cooperativa es inviable en el caso que la concursada sea una sociedad que presta servicios tercerizados, proporcionando mano de obra para cumplir determinadas tareas tercerizables (art. 40 ley 15.877 y anteproyecto de reforma a la ley de cooperativas). 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 está 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

---

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

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” (44).

La conversión de trabajador asalariado a trabajador asociado debe ser adecuadamente asumida 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.

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. No incursionaremos en esas dificultades.

---

(44) 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, pp. 206/7.

## X. Aportaciones a la problemática de la financiación (45)

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.

Cabe preguntarse ¿la cooperativa puede asociarse con otras entidades o sociedades para asegurar la gestión empresarial, constituyendo negocios en participación (art. 361 LS, agrupamientos de colaboración (art. 367 LS) unión transitoria de empresas (art. 377 LS), consorcios de cooperación (ley 26.005, contratos de explotación tambera (ley 25.169), *joint ventures* con una sociedad comercial o con una persona física que no sea trabajador de la concursada (por ejemplo, profesionales)?

Esas contrataciones no aparecen prohibidas (46); 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.

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, resultaría conveniente 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 (47).

---

(45) 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 y negocios específicos”, también en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

(46) 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.

(47) Quizá bueno sería adherir a las recomendaciones de las Terceras Jornadas Nacionales Tributarias, Previsionales y Laborales de Rosario del año 2005 del Colegio de Graduados en Ciencias

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 perdidoso el negocio— la sociedad deberá recurrir a otros fondos sociales para restituir el capital prestado, lo que agrava la pérdida; en el negocio en participación, el aportante padece los quebrantos conjuntamente con la asociante.

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 gestores, 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.

---

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 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.

El Concurso preventivo no afectará a estos contratos, que recién quedarían resueltos con la declaración de quiebra. 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. 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. 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.

## **XI. Meditando**

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.

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

Quizá 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.

¿No es posible 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, de riesgo, comprometidos en hacer negocios lícitos en su beneficio y del país, como se requiere.