

Valuación de empresas familiares en crisis

Carlos A. Molina Sandoval

SUMARIO: I. Introducción.- II. Causas de la crisis.- III. Métodos de valuación.- IV. Factibilidad de reestructuración y plan de crisis.- V. Métodos de valuación.- VI. Utilización de los criterios de valuación de empresas en crisis en el régimen concursal.

➔ La valuación de empresas se ocupa de determinar ese valor en función de los distintos interesados en la empresa y suele fundarse no sólo en estrictas pautas económicas o financieras, sino también en apreciaciones razonables tomadas sobre las llamadas prácticas comerciales y la organización interna familiar.

I. Introducción

La teoría económica en general suele definir a la empresa como una unidad productiva de bienes y servicios que procura la obtención de beneficios económicos por las actividades desarrolladas (1), la que será "familiar", según el rol que la familia o grupo familiar tenga en la empresa, pero fundamentalmente con la intención de mantener su participación familiar en la empresa. (2) La empresa familiar, como tal (y más allá del cúmulo de bienes que integran esta unidad productiva), tiene un valor intrínseco que se relaciona con el valor de sus activos y con las futuras ganancias que éstos pueden generar. Igualmente, este valor también depende de otros factores, tales como la estructura patrimonial, el planteo del mercado, el nivel de facturación, la rotación, el esquema de financiamiento, los recursos humanos, etc., y otros aspectos intangibles (los valores de la empresa familiar, la trayectoria de la familia empresaria, el sentido de pertenencia a la empresa, etc.).

La valuación de empresas se ocupa de determinar ese valor en función de los distintos interesados en la empresa (accionistas, directores, familiares, proveedores, clientes, empleados, fisco, etc.) (3) y suele fundarse no sólo en estrictas pautas económicas o financieras, sino también en apre-

ciaciones razonables tomadas sobre las llamadas prácticas comerciales y la organización interna familiar. La valuación no es un objetivo instantáneo, sino que requiere de un proceso de actos y valoraciones que puede llevar cierto tiempo.

Se cree, erróneamente, que la valuación de una empresa familiar sólo pueda realizarse a los efectos de su compra o venta (o del conjunto de los activos que determinan esta unidad productiva). Si bien éste es conceptualmente el caso más usual, la valuación de una empresa familiar debería realizarse también para determinar el esquema de financiamiento de la empresa (en orden a determinar si es más eficiente aumentar el capital social o endeudarse financieramente (4) o también en orden a la justa fijación de la prima de emisión (5)), en orden al traspaso generacional en las empresas familiares (6) (y en función de determinar los incrementos patrimoniales habidos en un determinado período o para determinar las legítimas o colaciones en caso de sucesiones), para fijar los alcances y proporcionales en una reorganización, fusión o escisión societaria (y que mediante la fusión no se produzcan desplazamientos de valor), para la captación de inversores o potenciales accionistas o -incluso- para la fijación de estrategias de mediano y largo plazo en orden a la creación de valor de la sociedad. (7)

Los entornos económicos o financieros de una empresa pueden determinar su crisis o cesación de pagos. Esta situación que usualmente puede poner en duda la continuidad o rentabilidad de la empresa suelen determinar la necesidad de valuación de la empresa familiar en orden a definir cuestiones elementales en orden al financiamiento futuro (y determinación de posibles tasas y demás condiciones crediticias) y a la definición de estrategias (y su concreción en planes) comerciales o de otra índole en el corto y mediano plazo, planificando también el rol de la familia en este proceso.

La presente contribución procura, sobre la base de los elementos generales de finanzas y de las empresas familiares, determinar los aspectos más relevantes que pueden influir en el proceso de valuación de una empresa familiar en dificultades. La dificultad financiera o económica determina riesgos sobre la continuidad de la empresa familiar (8) y este solo supuesto determina la fijación de variables y escenarios que es conveniente planificar (siempre sobre el razonable paradigma de que no es lo mismo una valoración de la empresa "viva" o en marcha que una que se sustente en la directa liquidación de los activos de la empresa), conociendo el complejo entramado de la familia empresaria.

II. Causas de la crisis

Las causas de las dificultades financieras o económicas no dependen sólo del contexto macroeconómico (o de factores exógenos), sino que están directamente relacionadas con el tipo de empresa y con muchos condicionamientos específicos de algún sector puntual del mercado y -obviamente- de cada empresa en particular.

Puede decirse que es causa común de ciertas crisis patrimoniales de las empresas, las especiales dificultades familiares de sus fundadores o de quienes son llamados a sucederlo. La falta de planificación del posible fallecimiento del fundador (9) o algún socio importante (y, porque no, un divorcio conflictivo) pueden llevar a la empresa familiar a una profunda crisis que deba ser superada a través de un proceso concursal o incluso su liquidación falimentaria. (10) La retroalimentación tiene una doble base: la crisis de la empresa muchas veces conlleva necesariamente la crisis de la familia; y también las crisis de la familia originan la crisis de la empresa. Luego de la presentación en concurso preventivo o quiebra de la empresa suele ser frecuente que se desencadene un conflicto familiar de separación o divorcio de los cónyuges (o problemas

con los sucesores o personal de los mandos medios); pero también es un lugar común que dicho proceso concursal sea derivado de la falta de acuerdo de los familiares (cónyuges, hermanos, primos, etc.) en el plan de negocios de la empresa o incluso en su administración.

El rol de los administradores cumple un papel relevante y debe gozar de la flexibilidad y capacidad de adaptación a los distintos escenarios que pueden acaecer por la crisis en cuestión. Pero no siempre es así y los directores suelen ser renuentes a reconocer las dificultades de la empresa familiar (o su gravedad) y suelen reaccionar lento; muchas veces en forma tardía, lo que -en algunos casos- lleva a la irreversibilidad de la crisis. El *management* de una empresa familiar en crisis (11) (como así también su valuación y otras cuestiones) no se rige por todas las reglas generales de las empresas, sino que requiere de ciertas pautas específicas; suele requerir de perfiles profesionales de rápida reacción, creatividad (12) en las formas de financiamiento y la gestión de una escasa tesorería (falta de liquidez) y con una gran capacidad en la mediación de conflictos familiares.

Las dificultades suelen provenir de problemas financieros, operativos, comerciales y aun vinculados con los recursos humanos. (13) En este sentido, se suelen clasificar las distintas causas de dificultades en las siguientes, que desarrollamos a continuación.

II.1. Financieras

En muchos casos, la inadecuada fijación de los precios de venta de productos y servicios (sin tener en cuenta los costos directos o indirectos generales) o la pérdida de posicionamiento en el mercado pueden generar lo que se conoce "márgenes insuficientes"

➔ CONTINÚA EN LA PÁGINA 2

DOCTRINA. Valuación de empresas familiares en crisis

Carlos A. Molina Sandoval..... 1

BIBLIOGRAFIA. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Procesal Penal

Director: Miguel Angel Almeyra. Comentario: Jorge Marcelo Ilharrescondo 6

NOTA A FALLO. Un supuesto de ausencia de responsabilidad solidaria del Estado ante el trabajador

Jorge Rodríguez Mancini..... 7

JURISPRUDENCIA

CONTRATO DE TRABAJO. Responsabilidad solidaria. Inexistencia. Contrato de concepción, elaboración y distribución de alimentos en hospitales públicos. Inaplicabilidad de la Ley de Contrato de Trabajo. Disidencia. (CS)..... 7

SUCESION. Acuerdo particionario. Homologación. Deber de los herederos de informar cómo se conformaron las hijuelas. Disparidad entre los porcentajes. Posible cesión de derechos hereditarios encubierta. (CNCiv.) 8

Valuación de empresas familiares en crisis

VIENE DE TAPA

que incide en el corto o mediano plazo en dificultades financieras. La empresa reduce la utilidad esperable por sus actividades, lo que incide directamente en el activo corriente de la compañía y -en general- en los activos más líquidos.

También pueden acaecer “problemas de liquidez” derivados de la imposibilidad de percibir ingresos por las “cuentas por cobrar” (que contablemente se trasladan a la parte no corriente del activo o directamente se suprimen en los casos de incobrabilidad), de la caída de un cliente significativo (en algunos casos en los que existe cierta concentración en la cartera de clientes y que genera un flujo de fondos sostenido y significativo para la estructura de costos) o del cambio de cierta política de pago del sector (v.gr., cambiando una política de contado a noventa o ciento veinte días y en el que existe una rotación de productos que se realiza en menores términos). La empresa debe procurar preservar ciertos índices razonables de liquidez fijados no sólo en función de la empresa específica, sino también tomando otras empresas del sector.

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Las discusiones jurídicas sobre la noción de “empresa” fueron determinantes para establecer los alcances de la problemática mercantil, más allá de un cierto consenso sobre alguno de sus alcances. Como dice Broseta Pont: es “en definitiva, una organización, una técnica y un derecho racionalizados que permitieran obtener, a través de la actividad económica, una ganancia ilimitada” (BROSETA PONT, M., “La empresa, la Unificación del Derecho de las Obligaciones y el Derecho Mercantil”, Tecnos, Madrid, 1965, p. 44). Con mayor simplicidad, Halperín la definía como “la organización de bienes y de servicios para la producción de bienes o de servicios con un fin económico” (HALPERÍN, I., “Curso de Derecho Comercial”, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 76).

(2) MOLINA SANDOVAL, C., “Protocolo de empresas familiares”, publicado en La Ley, ejemplar del 25 de febrero de 2013, p. 1. También de gran importancia conceptual: SOSA de IRIGOYEN, M. S., “El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción”, en: “La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación” (Favier Dubois, dir.), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 242; ECHAIZ MORENO, D., “El protocolo familiar”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XLIII, Núm. 127, Enero-Abril 2010, p. 122; REYES LÓPEZ, M. J. (coord.), “La empresa familiar. Encrucijada de intereses personales y empresariales”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 15; FAVIER DUBOIS (H.), E.M., “El protocolo de la sociedad de familia y sus desafíos”, en: “X Congreso Argentino de Derecho Societario”, Fespresa, Córdoba, 2007, t. I, p. 517; ARAYA, T. M., “Convenios de accionistas y protocolo familiar: cumplimiento y oponibilidad”, en: “La empresa familiar”, cit. (Favier Dubois, dir.), p. 332.

(3) Para una explicación detallada ver: COPELAND, T. - KOLLER, T - MURRIN, J., Valuation, “Measuring and Managing the Value of Companies”, McKinsey & Company Inc. 1995, cap. 6; BENNETT STEWART, G., “The Quest for Value”, Stern, Stewart & Co. 1991, capítulos 2 y 3. También RAPPAPORT, A., “Creating shareholder value”, Free Press, 1998, p. 15 y cap. 2.

(4) Pero la elección del fondeo (elección de la fuente para financiar el capital de trabajo) no es el único tema en la política de financiamiento. Se exige también la planificación del “enfoque de cobertura”, que guarda una relación directa con el grado de permanencia temporal de los activos en un caso o con los vencimientos de las obligaciones. En este punto, respecto de la temporabilidad de la inversión, se dice que el enfoque de cobertura temporal de la inversión se basa en vincular los activos y

En general, los indicadores financieros de corto y mediano plazo suelen ser útiles para formar un adecuado diagnóstico de la empresa familiar en crisis. Una alternativa es la que se conoce como la “prueba del ácido” (*acid test*) que toma en cuenta el “activo corriente menos bienes de cambio” sobre el “pasivo corriente” y que supone que cuanto más alto es el número más solvente es la compañía (en general, es aconsejable que el numerador sea igual o mayor que uno, aunque no necesariamente un índice menor implica dificultades financieras). Obviamente que este indicador debe complementarse con el cálculo de la razón de liquidez corriente (que determina la diferencia entre el activo y pasivo corriente). (14)

Igualmente para la evaluación financieras de empresas algunos analistas consideran útil el empleo del puntaje Z (Z score) de Altman (15), lo que no ha sido uniforme en la doctrina financiera.

Paralelamente, y en miras de evaluar la proyección financiera de las empresas, se pueden mencionar como otras causales de las crisis financieras las relacionadas por la caída de los beneficios o por una falta de adecuada inversión o inversión inadecuada (en este último caso ocasionando pérdida de rentabilidad o de inserción en el mercado).

También se menciona el alto apalancamiento (16) en la estructura de capital (y la adecuada relación entre los costos del financiamiento y del capital) y cómo favorece (o perjudica) la financiación de terceros en la estructura de capital. Más allá de las parti-

cularidades de cada situación concreta (no sólo de la empresa, sino también de la competencia y el eventual mercado financiero), el apalancamiento se considera positivo cuando es superior a la unidad.

(5) FIORITO, T. M., “Prima de emisión y métodos de valuación de empresas”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, 2012, p. 213. Sobre la base de una copiosa doctrina y jurisprudencial (DIGHEIRO, J. M., “Emisión con prima, su obligatoriedad en ciertos supuestos de aumento de capital cuando hubieren diferencias notables entre el valor nominal y real de las acciones”, RDCO, vol. 30, n° 175-180; DULOUP (h.), A. C., “Prima de emisión y derecho de suscripción preferente”, ED 128-819; GARCIA CUERVA, H. M., “Prima de emisión ¿derecho u obligación?”, LA LEY, 1985-E, 8 y ss. y en: “Derecho de las minorías. Determinación de la prima de emisión. Con especial referencia al anteproyecto de reforma de la ley de sociedades comerciales”, El Derecho, diario del 6-5-2004, pp. 1/4; SAENZ VALIENTE, L., “La prima de emisión de acciones de sociedades que no hacen oferta pública ¿es facultativa?”, LA LEY, 1996-E, 828 y ss.; RODRIGUEZ, L.G., “Derechos de suscripción preferente y de recesso vs. emisión de acciones con prima”, ED 192-692; también del mismo autor, La prima de emisión de acciones. Consecuencias prácticas, Cuadernos de la Universidad Austral, Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 270 y ss.; SANCHEZ ANDRES, A., “El derecho de suscripción preferente del accionista”, Civitas, Rev. de Occidente, Madrid, 1973, p. 87; MANÓVIL, R. M., “El derecho a la integridad de la participación del socio”, ponencia al II° Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979, Ed. de la Cámara Argentina de Sociedades Anónimas; del mismo autor, “El derecho de suscripción preferente del accionista: revalorización de sus fundamentos”, ED, t. 164, pp. 987/988; y ASCARELLI, T., “Problemas das sociedades anónimas”, 2ª ed., GRAZIANI, “Diritto di opzioni e azioni con sopraprezzo”, en Rev. “Banca, borsa e titoli di credito”, año 1961, y VISENTINI, “Compatibilità del sopraprezzo con il diritto d’opzione”, id. loc., los tres citados por Anaya en su voto en la causa “Augur S.A. s. quiebra c. Sumampa S.A.”, CNCom., sala C, 28-12-84, LA LEY, 1983-E, 12 y ss.) la Resolución General 9/2006 de Inspección General de Justicia estableció algunas pautas sobre la obligatoriedad de la prima de emisión.

(6) Este traspaso generacional (léase, la “calidad de la sucesión en la empresa familiar”) se ve altamente afectado por las influencias “individuales” y “relacionales”

de cada situación concreta (no sólo de la empresa, sino también de la competencia y el eventual mercado financiero), el apalancamiento se considera positivo cuando es superior a la unidad.

En este punto se ha mencionado que puesto que los intereses que paga una empresa al tomar un préstamo financiero se pueden deducir de las utilidades como un costo a los efectos del impuesto a las ganancias (circunstancia ésta que se da en la mayoría de las legislaciones del mundo), se produce un notable incentivo para que las empresas elijan financiar sus inversiones mediante la toma de deuda, haciendo crecer así su facturación y tornando más eficientes sus operaciones. De este modo se incrementa el valor de la empresa al poder utilizar recursos de terceros para financiar su expansión comercial. (17)

Como contrapartida -aclarar- la financiación con deuda generalmente genera un mayor retorno sobre el capital propio, incrementa paralelamente el riesgo del capital invertido (18); el aumento del nivel de deuda conlleva a un incremento del riesgo de insolvencia; y la bancarrota -o los esfuerzos por evitarla- trae aparejada la existencia de ciertos costos de naturaleza administrativa y legal (y hasta pérdidas por liquidaciones de bienes a precios inferiores a su valor de mercado). De lo expuesto, se desprende que una empresa aumentará su nivel de deuda (y por consiguiente su valor total) hasta el punto en el cual el riesgo de quiebra sea ostensible. La relación entre deuda y capital propio que maximiza el valor de la empresa se conoce como estructura óptima de capital. (19)

(HANDLER, Wendy C., “The succession in Family Business: A review of the research”, Family Business Review, vol. 7, N° 2, p. 283). Cfr. MOLINA SANDOVAL, C., “Protocolo de empresas familiares”, La Ley, 2013-2.

(7) Muchas veces se puede observar empresas que por mostrar mayores ganancias “hoy” dejan de invertir en cosas que crean valor “hoy”. Cfr. CACHANOSKY, J. C., “Value based management”, Revista Libertas 30 (Mayo 1999), Instituto Universitario ESEADE, p. 34.

(8) MOLINA SANDOVAL, C., “La Empresa familiar y el concurso”, LA LEY, ejemplar del 10 de Mayo de 2013-C, 845.

(9) En este punto es muy aconsejable la lectura no sólo por sus conceptos interesantes, sino por su lenguaje sencillo y llano el libro: GLIKIN, L. J., “Pensar la herencia”, CAPS (Consejo Argentino de Planificación Sucesoria) Ediciones, Buenos Aires, 2ª ed., 2000).

(10) MOLINA SANDOVAL, C., “Aspectos concursales de la empresa familiar. Del ‘protocolo de crisis’ al ‘salvataje de la empresa’”, La Ley, ejemplar de Abril de 2013, p. 1.

(11) PLA BARBER, J. - PUIG BLANCO, F. - LINARES NAVARRO, E., “Crisis, actitudes directivas y estrategia en los sectores manufactureros tradicionales: el sector textil español”, Universia Business Review, Segundo Trimestre 2007, p. 34.

(12) CAMPBELL, T., “Innovation and Risk-taking: Urban Governance in Latin America”, en Scott A.J. (ed.) Global City-Regions. Trends, Theory, Policy, Oxford University Press, 2001, p. 234.

(13) TAPIA, G., “Valuación de empresas. Un enfoque práctico y dinámico”, Comicon Editorial, Buenos Aires, 2012, p. 117.

(14) Igualmente, en este último caso se ha señalado que suele requerir adecuaciones extracontables cuando, por así requerirlo o admitirlo las propias normas contables del caso: (i) los estados contables no están ajustados por la inflación; (ii) los activos y pasivos han sido clasificados en corrientes y no corriente aplicando criterios distintos al basado en el plazo de doce meses; (iii) el activo corriente incluye bienes de fácil comercialización cuya medición contable se efectúa a su costo y no a su valor neto de realización; (iv) las mediciones contables de los créditos y las deudas corrientes incluyen componentes financieros implícitos, no se basan en las tasas de interés vigentes a la fecha de los estados contables o han sido reducidas con motivo de la transferencia a terceros de cuentas por cobrar, pero existen evidencias de que los deudores originales no las pagarán y de que el ente emisor deberá hacerlo; (v) el activo corriente incluye saldo contra accionistas por

Si los factores antes analizados son graves más aún lo será cuando el circuito de información financiera no es adecuado. Una inadecuada información financiera sobre la empresa puede llevar a tomar decisiones también inadecuadas (o aun desastrosas) desde el punto de vista financiero, con un efecto directo sobre la subsistencia de la empresa. Decisiones teóricamente correctas, pero que implementadas sobre la empresa muchas veces no son las necesarias por el solo hecho de estar fundadas en información contable o financiera imprecisa.

II.2. Operativos

Pero las causas no sólo son financieras, sino que también están relacionadas con la operatividad y producción de la empresa.

Se suelen indicar como un problema con directa relación con la crisis empresaria los llamados “problemas de aprovisionamiento” de mercadería y bienes de cambio. La política de aprovisionamiento de la empresa puede tener una incidencia directa en los costos de la empresa (y naturalmente en el costo financiero y rentabilidad de la empresa). Mantener un stock implica costos (de almacenamiento y posesión) que, en cierto modo, es un costo de oportunidad y debe ser gestionado adecuadamente. En este punto se tienen en cuenta los costos financieros de la inmovilización del *stock* (20) (integrados por los intereses que podrían obtenerse del activo inmovilizado), el costo del depósito (alquiler del lugar, seguros, etc.), costos impositivos y una amplia variedad de costos (transporte, rotura, obsolescencia, etc.).

aportes no integrados de capital (cuya percepción dentro de los doce meses siguientes parece improbable) o existen sumas entregadas a accionistas que no serán recuperadas, sino compensadas con futuras distribuciones de ganancias; (vi) el pasivo corriente no incluye provisiones para honorarios de directores y síndicos o remuneraciones (y cargas sociales sobre ellas) por ausencias pagas, como las correspondientes a las vacaciones anuales. Cfr. FOWLER NEWTON, Enrique, “Análisis de Estados Contables”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002-118.

(15) ALTMAN, Edward, “Corporate Financial Distress. A Complete Guide to Predicting Avoiding and Dealing with Bankruptcy”, John Wiley & Son, 2ª ed., 1993. En este punto, Fowler Newton señala que este puntaje se determina mediante el cálculo de cinco índices (capital corriente sobre activo, ganancias no distribuidas sobre activo, ganancias antes de intereses e impuestos sobre activo, valor de mercado de las acciones sobre pasivo y ventas sobre activo), que se multiplican por ciertos coeficientes según la empresa sea pública industrial, privada industrial y una privada no industrial y se suman. Cfr. FOWLER NEWTON, “Análisis de Estados Contables”, cit., p. 125.

(16) “El *leverage* o efecto palanca o apalancamiento, puede ser definido como el resultado neto de emplear un activo o suma de dinero, por cuyo uso una firma paga un costo fijo. El costo fijo puede ser asimilado al punto de apoyo de una palanca. Cuando el producido (es decir, los ingresos por ventas) menos los gastos variables, o sea la contribución marginal, exceden el costo fijo, se produce un efecto palanca positivo o favorable. Existen dos efectos del *leverage*: operativo y financiero. (...) Se produce *leverage operativo* cada vez que una empresa tiene ciertos gastos fijos que deben ser cubiertos, independientemente del volumen de ventas. Se lo denomina *operativo*, porque mide como las variaciones en el volumen de ventas afectan el resultado operativo (EBIT). Este efecto puede ser estudiado por medio del análisis del punto de equilibrio o análisis de costo-utilidad-volumen” (ALBORNOZ, “Principios de administración financiera de las empresas”, cit., p. 17).

(17) LÓPEZ TILLI, Alejandro, “Financiamiento de la empresa”, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 315.

(18) El riesgo se define como la “posibilidad de enfrentar una pérdida financiera” (GITMAN, Lawrence J., “Principios de administración financiera”, Addison Wesley, México, 2.000, p. 200).

(19) LÓPEZ TILLI, “Financiamiento de la empresa”, cit., p. 316, con cita de VAN HORNE, James C., “Administración financiera”, Pearson Educación, México, 1997, p. 262.

(20) VISCONTI, R. A., “Una propuesta de costos para la gestión”, en: “XXIII Congreso Nacional de Profesores

Por ello, se ha dicho que si bien el precio sigue siendo importante, la reducción se busca a través de la mejor de procesos, la reducción a su mínima expresión de los *stocks* (inmovilización de capitales) y el ahorro que implica la reducción de costos, haciendo más efectivas las funciones de compras, inspección y almacenamiento. (21)

Las funciones de previsión y planificación son imprescindibles para ser competitivos y permanecer en el mercado y se apunta a lograr lo que se conoce como “lote óptimo” de aprovisionamiento (22) y a fomentar, con las particularidades de cada caso, la producción “just in time”. (23)

Íntimamente relacionado con esta cuestión se encuentra una deficiente gestión de inventarios también relacionada con un adecuado análisis de los índices de rotación (número de veces que el inventario gira por período) y la comprobación de los llamados “inventarios dormidos o muertos” (llamados así por estar fuera del mercado), la fijación de un *stock* mínimo de seguridad (para evitar inconvenientes futuros) o incluso los procesos de codificación y rotulación de los bienes integrantes de los bienes de cambio.

Otros problemas desencadenantes de la crisis de una empresa se relacionan con sistemas de producción saturados (que impiden atender las demandas de los clientes y pierden competitividad a la hora de posicionarse en el mercado) y -naturalmente- la obsolescencia tecnológica (que incrementa los costos directos, hace perder eficiencia en los ciclos productivos y -en muchos casos- deja a la empresa al margen de toda posibilidad de comercializar los bienes y servicios).

II.3. Comerciales

Uno de los factores relacionados con la gerencia comercial que exteriorizan la crisis se relaciona con la disminución del volumen de ventas. La disminución de los “montos facturados” se debe a una reducción de las ventas de los bienes y servicios (y es la consecuencia de alguno de los otros factores: saturamiento del sistema de producción, obsolescencia tecnológica, etc.); pero muchas veces también obedece a la disminución de los precios de los productos en el mercado (o incluso aquellos productos alcanzados con lo que se conoce como elasticidad cruzada y que pueden lograr consecuencias similares).

La pérdida de calidad del producto o servicio también tiene consecuencias simila-

res que, en algún punto, confluyen en la baja competitividad de la empresa para poder subsistir en el mercado.

Obviamente que la calidad del producto no estará determinada aisladamente (de manera intrínseca), sino que se fijará en función de los productos que los competidores ofrezcan en un mercado similar (más allá que las herramientas de control de calidad suelen ser útiles referentes para -en función de la ecuación precio/calidad- poder mantenerse o ampliarse en un cierto mercado).

El incremento de la incobrabilidad también suele ser uno de los factores desencadenantes de ciertas dificultades financieras de la compañía. La estructura de incobrabilidad puede diferir entre una empresa y otra; pero fundamentalmente en función de los deudores. Es común que la insolvencia de una gran empresa genere un efecto cascada de dificultades a otras empresas más pequeñas que le proveen gran parte de sus servicios. La dependencia de esta pequeña empresa (que coloca casi el total de su producción) es absoluta y las consecuencias suelen ser graves. La incobrabilidad de dichas cuentas no sólo le incide significativamente en una visión financiera de corto plazo (generando problemas de tesorería para continuar con sus actividades), sino por su dependencia “comercial” importante a la empresa pierde el principal cliente en el que coloca su producción.

En una escala diferenciada también se relaciona con las dificultades no ya de una determinada empresa, sino con el estancamiento (o dificultades económicas) de un determinado sector productivo (v.gr., construcción, industrial metal-mecánico, agonegocios, etc.) del cual también dependen ciertas empresas y que desencadena en índices de incobrabilidad (con efectos conexos en pérdida de volumen de ventas).

Pero no siempre la incobrabilidad depende de factores externos a la empresa (contexto macroeconómico), sino que muchas veces obedece a cuestiones endógenas que no son advertidas a tiempo por la gerencia financiera. La incobrabilidad tiene un efecto directo en una adecuada proyección del flujo de fondos; los fondos que no ingresen (por incobrabilidad) deberán descontarse del flujo de fondos real y una mala planificación financiera (sin la implementación de adecuada previsión contable) puede originar un “cuello de botella” en el normal desenvolvimiento de la empresa.

Se requiere un manejo adecuado del riesgo crediticio (en función de ciertos pa-

rámetros básicos que se exigen en función del perfil del deudor, ya que no pueden desarrollarse principios similar en *retail* que en otros de mayor envergadura (24) y deberán valorarse los antecedentes del deudor en cuanto al cumplimiento de sus compromisos, garantías recibidas y factibilidad de ejecución, adecuación de documentación respaldatoria de la deuda, posibilidad de transferir el crédito a terceros (fideicomisos financieros (25), *factoring* (26), etc.) y las pautas de incobrabilidad histórica y los hechos que podrían alterarla.

La adecuada registración contable de estas cuestiones (que en algunos casos requiere de dictamen profesional) es fundamental para poder conocer los reales alcances de la disminución de ingresos por incobrabilidad. La utilización de parámetros inadecuados afecta una razonable proyección de los flujos de fondos y, por ello, podría comprometer la solidez financiera de la empresa.

En esta planificación financiera también se requiere evaluar la situación fiscal de los créditos incobrables y su posibilidad de deducir (límites, métodos, etc.) en el impuesto a las ganancias. (27)

Aunque no con una incidencia tan directa en las finanzas de la empresa, el desarrollo de *marketing* inadecuado o el deterioro de la imagen corporativa suelen terminar desencadenando una crisis empresarial si no se toman medidas oportunas y razonables.

El inadecuado desarrollo de la estrategia de *marketing* no sólo no incrementa (o mantiene) los niveles de ventas deseados sino que muchas veces puede generar el efecto inverso. Paralelamente, la incidencia financiera de los costos de *marketing* suele ser directa y el éxito de una campaña es de limitada medición en lo inmediato (excepción hecha de los estudios de mercado y otras herramientas adecuadas para ello. (28) Las estrategias de *marketing* sobre la base de flujo de fondos hipotéticos no tienen en cuenta sus fracasos; sostener una campaña de *marketing* que no sólo no atrae más clientes, sino que los reduce, puede transformarse en un efecto en espiral no deseado para la salud económica de una empresa.

La imagen corporativa (29) también es relevante y existen factores que inciden negativamente (y que naturalmente tienden a reducir las ventas). En una experiencia concreta que lamentablemente terminó en quiebra, la empresa era franquiciante de servicios de fotodepilación definitiva de una red de más de cuarenta franquicias en todo

el país. Ocurrido un inconveniente de salud con un cliente de uno de los franquiciados, la noticia -pese a la falta de gravedad del hecho en cuestión- fue tomada por medios locales y nacionales y produjo un fuerte debate sobre la seguridad del sistema. La consecuencia fue directa: no sólo el franquiciante no pudo seguir colocando nuevas franquicias, sino que las que tenía fueron perdiendo competitividad, afectando claramente la situación financiera de la franquiciante, instalándose directamente una dificultad irreversible (y su posterior falencia).

Los problemas de posicionamiento en el mercado dependen de varios factores muchas veces entrelazados entre sí; si bien la disminución del volumen de ventas suele traer como consecuencia la reconfiguración de la posición de la empresa en el mercado, un buen administrador societario debe indagar sobre las reales causas de esta disminución de las ventas para -en términos finales- poder diagnosticar adecuadamente la situación, emplear las herramientas y la estrategia adecuada y fundamentalmente prevenir las futuras crisis empresarias.

II.4. Recursos humanos

Los factores vinculados con los recursos humanos también suelen realizar su aporte. Ciertos entornos laborales conflictivos entorpecen la productividad y afectan naturalmente la competitividad de la empresa (más allá de los costos indirectos que ello genera, tales como negociaciones, afectación de empleados, abogados y especialistas en recursos humanos, gastos judiciales, etc.).

Además, ciertas empresas suelen tener “estructuras organizativas rígidas y caducas” que impiden una rápida reacción y no permiten la adaptación de la empresa a nuevos escenarios económicos. La globalización está demostrando que el nuevo perfil de la empresa es más flexible y requiere de entornos geográficos, humanos, financieros, etc., adaptables a las necesidades del mercado.

Relacionado con ello, también suelen ser factores influyentes el “deterioro de la capacidad de liderazgo” de las líneas gerenciales y una “endeble cultura empresarial” (que no permita una clara identificación de los empleados y recursos humanos con los objetivos empresariales).

◀ CONTINÚA EN LA PÁGINA 4

{ NOTAS }

Universitarios de Costos”, Rosario, 20 al 23 de Septiembre de 2000, Facultad de Ciencias Económicas y Estadísticas de la U.N.R., 2000, p. 213.

(21) PERALTA, Jorge Alberto, “La gestión empresarial y los costos”, La Ley, Buenos Aires, 2006-140.

(22) Se ha dicho que se deben diferenciar los “costos de adquisición” (generados por los departamentos) que incluyen las compras, recepción, almacenaje, control de calidad o laboratorio, cuentas por pagar, etc. y los “costos de posesión” que incluyen seguros, mantenimiento, costos financieros, espacio físico, etc. Se dice que los *stocks* tienen que ser mínimos para evitar los costos de almacenaje y que -a la vez- hay que tener una cantidad determinada que evite posibles paros de producción con las serias consecuencias que puede deparar. Cfr. PERALTA, “La gestión empresarial y los costos”, cit., p. 142.

(23) Se ha dicho que los efectos producidos en las empresas por la aplicación de políticas “just in time” se pueden resumir en: (i) drástica reducción de los inventarios; (ii) modificaciones en la actividad de las compras; (iii) cambios en la relación con los proveedores (entregas frecuentes y en pequeños lotes); (iv) desaparición de los almacenes y aprovechamiento de su espacio físico para otras tareas; (v) liberación de recursos financieros tra-

bados; (vi) aumento de la capacidad productiva de la empresa; (vii) disminución de las tareas de manipulación, mantenimiento y control de los *stocks*; (viii) reducción de los ciclos de producción (puesta a punto de maquinarias, reducción de los tiempos de espera de los semielaborados, reducción de tiempos de traslado de semielaborados, etc.); (ix) eliminación de las actividades que no agregan valor al producto; (x) eliminación de los costos de no calidad. Cfr. CARRATALÁ, Juan Martín - ALBANO, Horacio Oscar, “Gerenciamiento estratégico de costos. Herramientas prácticas para los procesos de reducción de costos”, Comicon, Buenos Aires, 2012, p. 220.

(24) DOMINIONI, D. y VAZ, D., “Riesgo crediticio y concentración de cartera: un enfoque de optimización”, Sextas Jornadas Anuales de Economía, Montevideo, 4 al 6 de Noviembre de 1991, p. 23.

(25) MOLINA SANDOVAL, C., “El fideicomiso en la dinámica mercantil”, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2ª ed., 2009, p. 456.

(26) ALEGRIA, H. y MOLINA SANDOVAL, C., “Bases y directrices para la regulación del *factoring* en la República Argentina”, RDPyC 2005-3 (Contratos bancarios), Rubinzal-Culzoni, p. 335.

(27) El art. 87, inc. b), de la Ley de Impuesto a las Ganancias permite a los contribuyentes la deducción,

respecto de las ganancias de la tercera categoría, de “los castigos y provisiones contra los malos créditos en cantidades justificables, de acuerdo con los usos y costumbres del ramo”. La misma disposición delega, en la Dirección General Impositiva, la facultad de establecer normas reglamentarias respecto de la forma de efectuar dichos castigos. A su vez, el decreto 2353/86 -reglamentario de la ley, para su texto ordenado en 1986- disponía la procedencia de la deducción por castigos sobre créditos dudosos e incobrables que tuvieran su origen en operaciones comerciales; el contribuyente podía optar entre su afectación a la cuenta de ganancias o pérdidas, o a un fondo de previsión constituido para hacer frente a contingencias de esta naturaleza (art. 139, hoy art. 133); se estableció que, cualquiera fuera el método adoptado para el castigo de los malos créditos, estas deducciones se debían justificar y corresponder al ejercicio en el cual se produjeran; además, fueron indicados, como índices de ello, la cesación de pagos real o aparente, la homologación del acuerdo de la junta de acreedores, la declaración de quiebra, la desaparición del deudor, la prescripción, la iniciación del cobro compulsivo, la paralización de operaciones y otros índices de incobrabilidad (art. 142, hoy art. 136). La deducción de malos créditos responde a principios

básicos del impuesto, con vistas a evitar que los contribuyentes que obtienen ganancias de la tercera categoría, cuando siguen el criterio de lo devengado, tributen sobre beneficios que no sólo no han sido percibidos, sino que son de dudosa cobrabilidad. Tal como ha sido señalado, “... la admisión como quebranto de los créditos incobrables del ejercicio se justifica en cuanto con ello se procura realizar un ajuste de operaciones cuyos resultados han sido gravados con anterioridad y cuya utilidad ya no ha de percibirse” (DAMARCO, J. H., “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho tributario”, tomo I (Impuesto a las Ganancias), pp. 535/536; LORENZO, BECHARA, CALCAGNO, CAVALLI y EDELSTEIN, “Tratado del impuesto a las ganancias, segunda edición”, ampliada y actualizada, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2007, p. 330). Los últimos precedentes de la CSJN pueden consultarse en: RICCIARDI LIMA, S. J., “La deducción por malos créditos en el impuesto a las ganancias”, Periódico Económico Tributario, ejemplar del 23/12/2010, p. 3.

(28) FERNÁNDEZ NOGALES, A., “Investigación y técnicas de mercado”, ESEC, Madrid, 2ª ed., 2004.

(29) Aunque el valor de la imagen corporativa no figure en el balance de una empresa, ya nadie duda de su influencia en los procesos de generación de valor, espe-

VIENE DE LA PÁGINA 3

II.5. Familia

Las cuestiones familiares también tienen gran importancia en la salud financiera de la empresa familiar y condiciona la posibilidad de obtener niveles adecuados rentabilidad o financiamiento. Así como el factor *familia* puede brindar solidez a ciertas empresas, en algunos casos puede ser un coadyuvante de la crisis de la empresa familiar. Incluso pueden ser la causa directa de su presentación en concurso preventivo

Cuando la influencia de la familia (30) es importante en la dinámica diaria de la empresa, los problemas familiares pueden realizar una importante contribución en la crisis de la empresa. Un contexto familiar conflictivo (en el que no existen pautas de convivencia en el delicado ambiente de la empresa) y una falta de planificación legal o estatutaria (31) pueden perjudicar el funcionamiento normal de la empresa y distraer la atención en factores que no aportan elementos productivos a la empresa.

III. Métodos de valuación

En general, los métodos de valuación tradicionales (cómo por ejemplo, el método del flujo de fondos descontados y la valuación por múltiplos) no suelen tener en consideración las eventuales dificultades financieras de la compañía, ni su pertenencia familiar, y se desarrollan sobre la base de una empresa saludable (o no comprometida financieramente) y aséptica en términos familiares. Se determinan en función de una empresa que se presume sin dificultades. Pero la crisis de una empresa genera pérdida de confianza en sus accionistas y -paralelamente- un creciente endeudamiento, haciendo disminuir el valor de la empresa (debido a la pérdida de clientes, rotación de empleados, limitaciones de financiamiento, etc.).

Las dificultades económicas de la empresa requieren de un replanteo de sus métodos tradicionales de valuación que permitan representar adecuadamente los distintos escenarios a los cuales la empresa puede verse expuesta. En lo inmediato, la proyección en el tiempo de los flujos de fondo (horizonte de planeamiento) y la tasa de descuento que se tomará para descontar los flujos de fondos no son iguales a los de una empresa no comprometida financieramente.

El horizonte de planeamiento (32) para valorar una empresa en dificultades económicas deberá ser menor que otras empresas (aun cuando no existen pautas concretas para poder determinar -según el sector de la empresa- cuál debe ser esa disminución en la planificación futura de los flujos de fondos). Recuérdese en este punto que el horizonte de planeamiento no es igual en empresas tecno-

lógicas que en otras industrias más tradicionales (como tampoco es igual el impacto de la crisis) y que la existencia de un mercado estable garantiza un horizonte mayor. También deberán valorarse las dimensiones de la compañía (ya que a mayores dimensiones, mayor deberá ser el tiempo de planificación) y si ésta se encuentra en vías de crecimiento (en cuyo caso el horizonte de planeamiento deberá ser menor).

Respecto de la tasa de descuento, es una regla financiera básica que a mayor riesgo, mayor tasa de interés. El riesgo de insolvencia de una empresa está directamente relacionado con la tasa de interés; y por ello es razonable suponer que una empresa con riesgo de insolvencia se financie a tasas más onerosas que otras empresas, aun cuando pueda exhibir garantías patrimoniales o activos significativos.

No incorporar las variables económicas o financieras que se adapten a la situación de crisis de la empresa podría llevar a equivocar su correcta valuación, pero fundamentalmente a brindar un valor mayor que el que la empresa tiene (generando una posición de solidez que quizás la empresa no debería tener). Por ello, resulta aconsejable señalar que los distintos modelos que se utilicen tengan en cuenta dichas variables para ajustar razonablemente los métodos de cálculo y así permitir lograr una valuación más o menos aproximada a la realidad.

Obviamente, que esta incorporación de variables será más relativa, si no existe un pronóstico cierto (o evidencias concretas) de que la empresa terminará en quiebra (por su posición o estructura patrimonial -es clásica la mención a la "empresa inmortal" (33)- o porque tiene un fácil acceso al mercado de capitales (para tomar deuda o emitir acciones que podrían reacomodar el desequilibrio financiero).

Como se vislumbra, las variables a incorporar en la valuación por efecto de la crisis que está atravesando la empresa son de diversa índole y muchas veces no se conoce con exactitud la incidencia puntual y concreta que ejercerá sobre los ingresos futuros de la compañía. Por ello, si ya en un proceso de valuación existen algunos elementos que dependen, en algún punto, de la discrecionalidad del profesional financiero (vgr., horizonte de valuación, tasa de descuento, etc.); ello será más evidente en casos que tienen un componente más subjetivo (34) (como la probabilidad de una crisis económica o financiera) en el que resulta más difícil determinar las pautas concretas que inciden sobre la valuación final.

IV. Factibilidad de reestructuración y plan de crisis

Una de las variables determinantes para fijar el valor de la compañía en crisis se re-

laciona con la posibilidad concreta de una reestructuración adecuada para superar la crisis y del compromiso de la familia en dicha misión.

El derecho concursal argentino, pese a la gran experiencia adquirida luego de varias crisis económicas relevantes y las sucesivas reformas concursales (35), no incorpora como requisito para la presentación en concurso preventivo (o acuerdo preventivo extrajudicial) la preparación o desarrollo de un plan de negocios. Tampoco lo exige en la oportunidad de formular o exteriorizar la propuesta concordataria; ni aun en el salvataje empresario o *cramdown* (art. 48, LCQ) en el que la empresa se encuentra en una de las situaciones procesales y patrimoniales más críticas del escenario concursal.

Dicha exigencia ha sido motivo de un gran debate doctrinario (36), existiendo consenso en que un administrador societario que se presente a un proceso concursal sin un plan de negocios (o incluso algún desarrollo embrionario de la estrategia concursal a llevar a cabo) podría ser responsable por no cumplir con las pautas de un buen hombre de negocios (art. 59, LSC) (37), pero siempre recordando que no es un garante del éxito empresario. (38)

Cuando se alude a reestructuración no sólo se hace referencia a la presentación en un proceso concursal (concurso preventivo, acuerdo extrajudicial, etc.) o a la negociación con los deudores, sino que se procura la implementación de cambios sustanciales para mejorar la eficiencia y productividad de la empresa (superando los errores realizados) y adaptar la empresa a los nuevos contextos internos (entre ellos, el familiar) y externos. (39) Importan modificaciones en la organización de la empresa (incorporando, muchas veces, un protocolo de familia (40)), en la estructura de financiamiento (muchas veces impuestas por la imposibilidad de obtener financiamiento adecuado en el marco de la crisis), en la incorporación de nuevos socios (por venta de participaciones societarias familiares a terceros, aumento de capital social o por capitalizaciones de deuda), etc.

Si la empresa familiar, luego de implementadas las herramientas del plan de negocios y llevada a cabo la reestructuración, puede generar los flujos de fondos necesarios para mantener el giro comercial de la compañía (y para cumplir con los acreedores y el resto de la propuesta concordataria) y generar la creación de valor necesario para la empresa, con las clásicas herramientas (flujo de fondos descontados, valuación por múltiplo, etc.), son mecanismos que -adaptados- resultan idóneos para resolver una adecuada valuación de la compañía.

Si esta situación no es posible (o se evalúa razonablemente como poco probable), resul-

tará adecuado calcular directamente cuál es "valor de liquidación de la empresa" y no intentar adaptar los mecanismos de valuación antes mencionados.

Se ha dicho que reestructurar implica reorganizar la dirección de la empresa con el ánimo de recuperarla y que, muchas veces, es conveniente incorporar un proceso de reconversión del negocio (cambiar la forma de gestionar la empresa), que requiere adoptar un conjunto de medidas relevantes como (41):

(i) *reorganización gerencial* (en la mayoría de los casos implica contar con una gerencia profesional para la toma de decisiones);

(ii) *reingeniería de costos* (identificando las oportunidades de ahorros de costos y mejor de procesos);

(iii) *reestructuración financiera* (que incluye no sólo las deudas, sino la reprogramación de obligaciones, la utilización de nuevos instrumentos financieros más directos, para bajar el costo financiero y facilitando la reconversión de activos);

(iv) *generación de nuevas opciones de financiamiento* (con otras condiciones de creatividad y de riesgo como ser posibilidades de capitalización de deuda, pagos en función del nivel de crecimiento operativo, mayor libertad de acción para la elección de proyectos de inversión con involucramiento de los financiadores (42));

(v) *iniciación de un proceso de apertura de capital* (recapitalización mediante la emisión de nuevo capital, venta de activos o acciones, búsqueda de socio estratégico ajeno a la familia, etc.);

(vi) *formular un plan estratégico* (determinar estrategias de cambio para la consolidación de la empresa a mediano y largo plazo y no sólo en el corto plazo y que determinen el rol de la familia en este nuevo escenario).

En el diseño del plan de crisis deben tenerse en cuenta ciertas particularidades que se derivan de la particular estructura de la empresa familiar y que sólo analizadas prudentemente pueden llevar a una valuación correcta. Quizás uno de los problemas más significativos en este diseño (y en la previsión del flujo de fondos esperados) se relacione con el "volumen de venta esperado", más cuando existe un plan con ciertos proyectos (alguno de inversión) que tienden a revertir el posible valor negativo del flujo y procurar -al menos- un aumento cuantitativo de aquél.

Por ello, la previsión de un aumento en las ventas debe ser razonable con el historial de la empresa (analizando los niveles de venta usuales y la proyección en función de los cambios) y el mercado en el que se insertan (ya que no necesariamente mayor producción

{ NOTAS }

cialmente en aquellas sociedades que cotizan en los mercados financieros. Cfr. VILLAFANE GALLEGO, J. J., "La gestión profesional de la imagen corporativa", Ediciones Pirámide, España, 1999, p. 35.

(30) CALCATERRA, G. y KRASNOW, A., "Empresas de familia", La Ley, 2010-15.

(31) FAVIER DUBOIS (p.), E.M. y FAVIER DUBOIS (h.), E.M., "Tipos sociales y cláusulas contractuales para la estructuración societaria de la empresa familiar", Errepar, DSCE, t. XXIII, julio 2011. y FAVIER DUBOIS (h.), E.M., "Validación de la cláusula estatutaria de expulsión del accionista perturbador. Un fallo esclarecedor en el camino de las buenas prácticas hacia la solución de los conflictos societarios", Microjuris, MJ-DOC-5284.

(32) PEROSSA, M. L., "Introducción a las finanzas corporativas", 1° ed., Buenos Aires Aplicación Tributaria, 2010, p. 265.

(33) ANAYA, J. L., "El mito de la empresa inmortal", ED, 127-424.

(34) La valoración de una empresa es un ejercicio de sentido común que requiere unos pocos conocimientos técnicos y mejora con la experiencia (FERNANDEZ, P., "Valoración de empresas", Ed. Deusto, Barcelona, 3ª ed., cap. 1, p. 23).

(35) JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., "Reformas concursales. Leyes 25.561, 25.563 y 25.589", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002. Un análisis actualizado del régimen concursal lo hicimos en: JUNYENT BAS, F. y MOLINA SANDOVAL, C., "Ley de concursos y quiebras comentada", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3ª ed., 2011, t. 2, p. 687.

(36) GRANADOS, E. - RICHARD, E. H., "Deberes de administradores societarios y la asunción de la crisis: el plan de empresa", en: "Congreso Iberoamericano de Insolvencia", Rosario octubre 2006, t. II, p. 339; MUIÑO, O. M. - RICHARD, E. H., "La preinsolvencia, la cesación de pagos, la Resolución 6/2006 de IGJN y la asunción de la crisis", en el mismo libro, t. II p. 349.

(37) Se trata de buscar pautas objetivas de razonabilidad que permitan construir un criterio válido para cada estructura societaria y por ello se llega un "standard general objetivo" de diligencia o prudencia, derivando así en una hipotética conducta que podríamos denominar la conducta de un "hombre prudente" en el derecho angloamericano (PROSSER, William L., "Law of Torts", 4th Edition, Handbook Series, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, Marzo 1978, p. 150) o de un "buen padre de familia", como lo definen el ordenamiento francés (art. 1137, Code Civ.) o el español (art. 1104, Código Civil).

(38) DEIRDRE, Ahern, "Legislating for directors' duty to exercise care, skill and diligence in Ireland: a comparative perspective", International Company and Commercial Law Review, 2010, p. 1165.

(39) Siempre recordando las seis reglas de Jack Welch vinculadas al *management* societario: (i) controla el destino de tu empresa, si no, alguien lo hará por ti; (ii)

muestra la realidad de tu empresa tal cual es, no como fue o cómo quisieras que sea; (iii) no manejes la empresa, sino lidérala; (iv) cambia antes de darte cuenta que no tienes otra alternativa que hacerlo (el buen *management* debe saber anticiparse a los problemas y las buenas empresas viven permanentemente en estado de cambios y transformaciones); (v) sé franco y abierto con cada uno de tus subordinados; (vi) si no tienes una ventaja competitiva, no compitas. Cfr. OLIVIERI, C.A., "Cuánto vale una empresa", La Ley, Buenos Aires, 2005-110.

(40) MOLINA SANDOVAL, C., "Protocolo de empresas familiares", cit., p. 1.

(41) TAPIA, G., "Valuación de empresas. Un enfoque práctico y dinámico", Comicon Editorial, Buenos Aires, 2012, p. 133.

(42) Recordemos que una de las desventajas que se imputan a las empresas familiares es su actitud poco afecta al financiamiento de proyectos con personas ajenas a la familia.

OPINIÓN

José M. Pérez Corti

La voluntad popular y el derecho electoral

Introducción

Cuando afrontamos el desafío de lograr una noción de derecho electoral que nos permita abarcar en un solo concepto los diversos y múltiples enfoques existentes sobre esta rama del Derecho constitucional, lo definimos como el conjunto sistematizado de principios científicos, jurídicos y normativos destinados al estudio y a la regulación de los procedimientos democráticos de conformación del poder político del Estado, y de la participación y legitimación de la ciudadanía en el ejercicio de los derechos y facultades que el sistema democrático de designación y renovación de autoridades y de toma de decisiones políticas por naturaleza le reconoce y asigna como titular natural de la voluntad popular (1).

Tal definición se sustenta, en definitiva, en la noción de voluntad popular, por cuanto todo lo que esta rama del Derecho comprende o abarca en mayor o menor medida se relaciona con dicha noción. Y es que para poder hablar de Derecho electoral, necesariamente hemos de partir de presupuestos mínimos tales como la democracia y la república, los cuales —indefectiblemente— se nutren de un elemento legitimante primario y esencial: la *voluntad popular*.

Advirtiendo que todos los caminos de la democracia y de la república conducen a la legitimación del poder concibiendo su origen en los hombres o ciudadanos que conforman el pueblo o la nación, el abordaje de la voluntad popular o de la soberanía popular deviene en uno de los puntos axiales del Derecho electoral.

I. La soberanía popular como poder constituyente

El gran teórico de la soberanía popular fue, sin lugar a dudas, el Abate Sieyès (2), quien, a través de su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, expone su pensamiento sobre la organización constitucional de la nación, señalando los tres estadios que recorre toda sociedad política en formación (3).

En este sentido, el derrotero a seguir se inicia cuando los individuos aislados quieren unirse y por ese simple hecho conforman una nación, produciéndose la asociación como consecuencia del juego de las voluntades individuales, lo que el autor identifica como el *estado de naturaleza*. En una segunda fase se registra la acción de la voluntad común, a través de la cual los asociados quieren dar consistencia a su unión para cumplir su fin, confiriendo y conviniendo entre ellos las necesidades públicas de proveerlas, pudiendo asimilarla a la *voluntad general*. Finalmente, el tercer estadio se da cuando comienza a actuar una voluntad común representativa, surgida de la necesidad de confiar el ejercicio de esta porción de voluntad —y por consiguiente de poder— a algunos de entre ellos, dando origen a un *gobierno ejercido por procuración* (4).

Vanossi afirma que estas tres etapas señaladas por Sieyès corresponden al principal verbo que conjuga la comunicada en cada momento: "... en la primera, *la nación es* (estado de naturaleza); en la segunda, *la nación hace* (voluntad general), y en la tercera, *la nación hace hacer al gobierno por ella creado* (representación política).", llegando así a la constitución fundada en el interés que tiene la nación "... en que el poder público delegado no pueda jamás llegar a ser nocivo a sus comitentes" (5).

Consecuentemente Sieyès sostuvo que la soberanía popular reside esencialmente en el poder constituyente del pueblo, el que puede delegar parte del ejercicio de dicha *potestas* en las autoridades constituidas, aunque siempre conserva para sí mismo el poder constituyente (6). A partir de esta premisa, es posible deducir dos principios (7) de suma trascendencia, a saber:

a) Si la soberanía, desde el punto de vista de su ejercicio, se divide y reparte separadamente entre las diversas autoridades constituidas, su unidad indivisible queda retenida en el pueblo.

b) El pueblo no queda eternamente obligado por la Constitución, puesto que es siempre dueño de cambiarla.

Maritain sostiene esta línea argumental, afirmando que la relación entre el pueblo y sus gobernantes importa asumir que cuando aquél inviste a ciertos hombres con la autoridad, necesariamente mantiene su derecho a gobernarse y su autoridad para regirse. De manera que posee esos derechos, no sólo inherentemente, sino que también permanentemente, con respecto a la manera por la cual los transfiere a sus gobernantes (8).

Esta arquitectura será determinante a la hora de la construcción de la teoría constitucional, permitiendo, a partir de la diferenciación entre poder constituyente y poderes constituidos, conformar el contenido de una constitución y los mecanismos de reforma de la misma, en algunos casos hasta el extremo de su total desaparición dando lugar a una nueva resultado del ejercicio de un poder constituyente con caracteres de originario.

Sin embargo, en palabras de Vanossi, la labor de Sieyès no hace más que

"... redondear y culminar una línea de pensamiento que venía desarrollándose en el *jusnaturalismo racionalista desde mucho tiempo antes, y que Prétot sitúa en los antecipos doctrinarios de Wolf y de Vattel; amén del conocimiento que Sieyès debe haber tenido del proceso constitucional norteamericano poco tiempo antes de la Revolución Francesa, donde ya apareció nitidamente —en la praxis— la distinción funcional entre el poder constituyente y los poderes constituidos, gracias a la obra de las convenciones estaduales primero (Virginia, 1776) y del Congreso de Filadelfia después (1787), en el orden nacional"* (9).

Sampay también identifica a Vattel como determinante a la hora de vislumbrar y diferenciar con claridad entre poder constituyente y poder constituido, cuando el mismo afirma que:

"Es la Constitución del Estado la que decide de la perfección de éste y de su aptitud para llenar los fines de la Sociedad; en consecuencia, el más grande interés de una Nación que forma una Sociedad Política, su primer y más importante deber respecto de sí misma, es elegir la mejor Constitución posible y la más conveniente a las circunstancias. (...) Por la misma razón, entonces, una Nación puede cambiar la Constitución del Estado por la pluralidad de sufragios..." (10).

Es por ello que no duda en sostener que Vattel con su tratado sobre el Derecho de Gentes aparecido en 1758, formula la idea revolucionaria de constitución, al afirmar que el derecho de darla y cambiarla pertenece a la nación, y distingue claramente el poder constituyente del poder legislativo constituido; conceptos que después, sostiene Sampay, serán desenvueltos los revolucionarios norteamericanos y franceses (11).

II. Soberanía popular

La expresión "soberanía popular" adquiere toda su dimensión en un sentido dialéctico a partir de su contraposición a la monarquía, pretendiendo expresar así sus claras diferencias con ella. De esta forma se ha continuado utilizando un término cuyo contenido cambió de significado adquiriendo un carácter opuesto y hasta contradictorio al de su uso originario, reforzando esta rectificación polémica —nos dice Sánchez Viamonte— cuando se lo califica de popular (12).

No obstante ello, el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (13) proclama la soberanía de la nación; en tanto que la Declaración de Derechos de Virginia (14) y la Constitución norteamericana (15) prescinden del término soberanía y se reducen a establecer que todo poder emana del pueblo.

Con solvencia y claridad, Sánchez Viamonte afirma que esta diferencia se explica porque

"... el pueblo de los Estados Unidos estaba ya entrenado en el 'self-governement', en el que se halla implícita la república democrática, que aflora con toda naturalidad al producirse la emancipación. No hubo, pues, necesidad dialéctica de emplear el término 'soberanía', como tampoco la de crear una doctrina del poder constituyente que, en forma empírica, ejercieron los Estados Unidos al emanciparse, como lo habían hecho ya en 1620 los Padres Peregrinos en el Pacto del May-Flower.

En la actitud francesa, el problema monárquico está presente, como un supuesto lógico inevitable, y eso le había ocurrido a Sieyès cuando escribió su libro *¿Qué es el tercer Estado?*" (16).

Este mismo autor sostiene que es Rousseau quien, a pesar de continuar utilizán-

dolo, resignifica el término *soberanía* orientándolo hacia una concepción popular y democrática, consistiendo en el poder que tiene el pueblo de darse sus propias leyes, de organizarse políticamente y de gobernarse por sí mismo. Pero para evitar que el verdadero titular del poder pueda ser confundido con los funcionarios encargados de ejercer el gobierno, establece dos principios esenciales, a saber: "1° El poder soberano pertenece, abstractamente, al ente colectivo sociedad, y concretamente, al pueblo, el cual lo ejerce directamente mediante el sufragio (17); 2° Las cualidades de este poder soberano pueden enunciarse así: es inalienable, indelegable, indivisible y supremo" (18).

Desde una perspectiva contemporánea y formulando un interesante análisis sobre el malestar de la democracia, Galli no duda en concluir que

"... la voluntad universal del pueblo es la ley del Estado; pero ésta representa en realidad de 'algunos en particular' (los legisladores), el poder soberano constituido en el que el pueblo delega la tarea de cumplir con la legalidad universal, es decir, esa igual ciudadanía que constituye el pueblo en condiciones de normalidad posrevolucionaria. Más que 'la soberanía le pertenece al pueblo' pareciera entonces apropiado decir que 'el pueblo pertenece a la soberanía'. De hecho, existe el pueblo sólo si existe la soberanía (como lo vio Hobbes antes que nadie). Fuera de la soberanía, de su discurso y de su lógica, el pueblo no existe: existen los individuos, grupos o intereses" (19).

Más allá de este análisis encaminado a explicitar la realidad actual de la democracia y de las lógicas de la modernidad, en definitiva la noción de voluntad popular es la que sigue alimentando al sistema democrático, resultando determinantes sus caracteres intrínsecos en relación a la categorización que corresponda hacer de la democracia, pero sin alterar por ello los instrumentos básicos de su organización y clasificación funcional a la hora de abordarlos desde el Derecho.

III. Voluntad popular: Funciones, roles y caracteres

Hasta aquí, la doctrina del poder constituyente en la que apoya sus raíces más profundas la teoría constitucional ha quedado explicitada. Sin embargo, esa doctrina centró su atención en la consecuencia o resultado del ejercicio de la soberanía popular, diferenciando entre poder constituyente y poderes constituidos, y configurando el andamiaje jurídico, político e institucional sobre el que se apoyan todo el derecho y la dogmática constitucionales. La pregunta que nunca nos hicimos es si la voluntad popular agota su función en esta dualidad arquitectónica, o si, por el contrario, ésta última sólo es consecuencia de aquélla, la que desarrolla su vital función democrática a lo largo de variadas y múltiples vías y procesos por los cuales insufla vida a la teoría constitucional.

VIENE DE TAPA

Particularmente entendemos que la voluntad popular es la heredera natural de la noción de soberanía popular, aunque ya desprendida de su carga dialéctica diferenciadora de la monarquía, y asumida en la actualidad como el *numen* (20) en el que necesariamente se sustentan la democracia y la república.

Es por ello que su abordaje importa asumirla como una noción esencial del Derecho electoral (21), que se caracteriza por su ejercicio dinámico y su constante movimiento a través de las vías y andamiajes que desde la teoría constitucional han sido delineados; pudiendo, en consecuencia, ensayar una clasificación de sus funciones y roles dentro de los múltiples institutos de la democracia.

Partiendo del razonamiento de Sieyès con respecto a la soberanía popular aplicada a las nociones de poder constituyente y poderes constituidos, podemos afirmar que la voluntad popular reviste en su ejercicio dos condiciones: *originaria* en unos casos y *derivada* en otros. Es *originaria* cuando como unidad indivisible queda retenida en potencia por el pueblo, el que ostenta la calidad de titular natural y único facultado para su ejercicio.

Es *derivada*, en cambio, en aquellos casos que el pueblo ha delegado parte

de su ejercicio en quienes revisten la condición de sus representantes, para que la practiquen dentro del régimen que les fijan la constitución y las leyes. En este marco, el pueblo se somete a los designios de sus mandatarios sin que eso signifique la renuncia a la titularidad y ejercicio de la *voluntad popular originaria*.

Consecuencia de lo expuesto es que, en el marco de un régimen representativo, el pueblo sólo delega el ejercicio de una parte de su soberanía popular. Con mayor precisión es aquella porción de soberanía que desde una perspectiva política hace viable el régimen democrático; la que desde el punto de vista jurídico es transmitida mediante un acto objetivo y complejo como lo es el proceso electoral (22); y finalmente aquella que desde un enfoque sociológico es delegada por la existencia de una adhesión social o sintonía común entre electores y elegidos.

El ejercicio de la voluntad popular originaria reconoce tres modalidades. En primer lugar, el *poder constituyente originario*, que por ser ejercido por primera vez antecede a la institucional, pudiendo en algunos casos encuadrar dentro de la *de facto*. En segundo lugar encontramos la que denominaremos *institucional*, y que se caracteriza por ser pacífica, a la vez que constructiva, y por encontrarse dentro del régimen democrático vigente

en un Estado. Finalmente llegamos a la tercera que identificaremos como *de facto*, naturalmente violenta e institucionalmente agresiva, y que en algunos casos —como ya lo expresáramos— puede derivar en poder constituyente originario.

A su vez, dentro de la *voluntad popular originaria* institucional es posible encontrar dos alternativas o metodologías de expresión. Una ordinaria que acontece con regularidad y que corresponde a aquellos procesos electorales para la renovación de mandatos de cargos de base electiva en el marco constitucional y legal vigente. Es la que podríamos definir como un auténtico acto de ejercicio de la voluntad popular originaria, destinado a renovar la delegación representativa del ejercicio de la voluntad popular derivada en aquellos funcionarios que han de ocupar los distintos órganos de gobierno. Es el poder electoral natural (23).

Sieyès lo identifica claramente con los representantes ordinarios del pueblo, quienes están encargados de ejercer, conforme la constitución, toda esa porción de voluntad común que es necesaria para el mantenimiento de una buena administración, estando sus poderes limitados a los asuntos del gobierno (24).

Otra *extraordinaria*, que corresponde al carácter potencial de la voluntad popular

originaria y se materializa como *poder constituyente derivado* (25) o como *poder electoral excepcional*. En el primer caso plasmándose en las sucesivas reformas de la norma constitucional que regula el cauce de acción de la voluntad popular originaria en cualquiera de sus formas. En el segundo a través de los institutos de democracia directa o semidirecta (26), mediante procedimientos que pueden o no ser comiciales (27), y que tienen por objeto canalizar adecuadamente la manifestación de aquella voluntad popular; pudiendo sostener que tienen un fin absolutamente decisional dentro de la órbita de actuación de los poderes del Estado. A ellos cabe agregar el denominado derecho a la insurrección y a la resistencia.

El sustento sociológico, político y jurídico que justifica la existencia de estos institutos en el marco de un régimen representativo radica esencialmente en la voluntad popular originaria, en tanto facultad o atribución indelegable susceptible de ponerse en movimiento cada vez que su titular así lo considere en el marco constitucional que él ha configurado oportunamente ejerciendo esa misma voluntad, pero con función constituyente. Esto es así dado el carácter soberano que la misma reviste, lo que en el ámbito de un sistema representativo ha de traducirse en la posibilidad concreta de actuación directa que tiene el pueblo sobre determinadas cuestiones que hacen a la vida del Estado en circunstancias específicas (28).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Cfr. PÉREZ CORTI, José M., “Derecho Electoral Argentino. Nociones”, 2° ed., Advocatus, Córdoba, 2012, p. 21.

(2) Emmanuel-Joseph Sieyès (Fréjus/Provenza 1748 - París 1836), Conde Sieyès. Eclesiástico, escritor, académico y político francés, y uno de los teóricos de las constituciones de la Revolución Francesa. Abrazó la carrera eclesiástica y realizó estudios en La Sorbona, lo que le permitió conocer el pensamiento de la mayoría de los ilustrados y, sobre todo a Locke, de quien tan deudor resultaría su pensamiento. Entre sus obras se encuentran *Ensayo sobre los privilegios* (1788) y *¿Qué es el Tercer Estado?* (1789). Es esta última la que le permitió ocupar un destacado lugar entre los teóricos constitucionales. En ella comenzaba con la respuesta a la pregunta del título sobre qué era el Tercer Estado, afirmando que lo era todo, para continuar diciendo: “¿Qué ha sido hasta ahora en el orden político? Nada. ¿Qué es lo que desea? Ser algo”. Concebido como un panfleto, tuvo mucho éxito, y su autor fue admitido en los clubes y las sociedades más selectas de París. A pesar de su poca habilidad como orador, su influencia era grande. Fue el impulsor de la constitución de la *Asamblea Nacional por el Tercer Estado*.

(3) Siguiendo a Vanossi diremos que si bien los capítulos quinto y sexto de dicha obra (titulados respectivamente “Lo que hubiera debido hacerse. Principios a este respecto” y “Lo que resta por hacer. Desarrollo de algunos principios”) contienen gran parte de la doctrina constitucional de este autor; también es conveniente acudir a su “Preliminar de la constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano” pronunciado ante el Comité de la Constitución de la Asamblea Nacional los días 20 y 21 de julio de 1789 (Cfr. VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Teoría Constitucional”, 2° ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, t. I, p. 16).

(4) AYALA, Francisco; “La teoría del poder constituyente”, La Ley 29-874; citado también en VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Teoría Constitucional”, op. cit., p. 15, nota 8.

(5) VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Teoría Constitucional”, op. cit., p. 15.

(6) Sagüés afirma que el “...poder constituyente de Sieyès es en verdad terrible: la nación, sostiene, ‘se forma sólo por el derecho natural’. Su voluntad no se encuentra sujeta a constitución alguna: ‘de cualquier manera que una nación quiera, basta que quiera; todas las formas son buenas, y su voluntad es siempre la ley suprema’. Por ende, ‘no debe ni puede restringirse a formas constitucionales’; ella ‘es el origen de toda

legalidad’...” (SAGÜÉS, Néstor P., “Teoría de la Constitución”, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 25).

(7) Ramella los denomina consecuencias (Cfr. RAMELLA, Pablo A., “Derecho Constitucional”, 2° ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 16).

(8) Cfr. MARITAIN, Jacques, “El hombre y el Estado”, 3° ed., Kraft, Buenos Aires, 1952, p. 150.

(9) VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Teoría Constitucional”, op. cit., p. 21/22.

(10) SAMPAY, Arturo E., “Constitución y pueblo”, Cuenca Ediciones, Buenos Aires, 1973, p. 12/13.

(11) SAMPAY, Arturo E., “Constitución y pueblo”, ob. cit., p. 12/14.

(12) SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, “El Poder Constituyente”, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 265.

(13) *Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26/08/1789, uno de los documentos fundamentales de la Revolución Francesa (1789/1799), que define los derechos personales y colectivos como universales.

(14) Fue adoptada el 12/06/1776 y es considerada la primera declaración de los derechos humanos moderna de la historia, habiéndole servido de importante antecedente la Carta de los Derechos Inglesa (*Bill of Rights*) de 1689.

(15) La Convención Constituyente de Filadelfia (Pensilvania) sancionó su texto original el 17/09/1787. Posteriormente debió ser ratificada por el pueblo de cada Estado a través de convenciones que lo hicieron en bajo la proclama de “Nosotros el Pueblo” (*We the People*).

(16) SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, “El Poder Constituyente”, ob. cit., p. 266.

(17) Mediante nota a pie de página, agrega Sánchez Viamonte: “Entendido el sufragio en términos generales, como expresión de voluntad y no solamente como emisión del voto” (SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, “El Poder Constituyente”, ob. cit., p. 313, nota 70).

(18) SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, “El Poder Constituyente”, ob. cit., p. 313.

(19) GALLI, Carlo, “El malestar de la democracia”, 1° ed. en español, Fondo de Cultura Económica, 2013, Buenos Aires, p. 29/30.

(20) Expresión latina (*numen* - inis n.) que significa *voluntad, mandato, providencia o inspiración divina*. Se trata de un término de origen latino relacionado generalmente a una deidad o divinidad, en el sentido de fuerza, poder y voluntad. También solía utilizarse para referenciar a la deidad que inspira al poeta sus composiciones, con significado similar al que se le otorga a las musas inspiradoras. En ocasiones el Emperador fue denominado *numen*, puesto que en él residía el sumo poder. En sociología se utiliza

para expresar la idea del poder mágico de un objeto, particularmente referido a ideas dentro de la tradición occidental. En cualquiera de dichas acepciones, o en todas ellas, es que lo relacionamos con la democracia y con la república.

(21) A tal punto es así, que en España, la Junta Electoral Central, en su *Acuerdo* de fecha 20/06/1986 ha sostenido que su competencia en relación con procesos electorales se limita sólo a aquellos en los que se encuentra en juego la manifestación o expresión del principio de soberanía popular (Cfr. ARNALDO ALCUBILLA, Enrique y DELGADO IRIBARREN, Manuel, “Código Electoral”, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1989, vol. I, p. 73/74).

(22) Definimos al proceso electoral como una serie continua y concatenada de actos complejos de efecto preclusivo, destinados a instrumentar y facilitar la realización de los comicios y a encauzar por las vías adecuadas la manifestación de la voluntad popular (Cfr. PÉREZ CORTI, José M., “Derecho Electoral Argentino. Nociones”, ob. cit., p. 195).

(23) No podemos dejar de recordar aquí a Orlandi, quien sostenía la existencia del poder electoral del pueblo, definiéndolo como “... la potencia y energía que le permite, democráticamente, formar su voluntad, en una sociedad o nación articulada como pueblo en unidad creadora de gobierno y representación, que, a través del órgano cuerpo electoral, determina la conquista y transmisión de poder a la Autoridad; energía y voluntad de elegir y consentir (legitimidad), decidiendo el proyecto de una política programática” (ORLANDI, Héctor Rodolfo, “Principios de Ciencia Política y Teoría del Estado”, 4° ed. corregida, ampliada y actualizada, Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, p. 185/186 y 513).

(24) SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, “¿Qué es el Tercer Estado?”, Americalee, Buenos Aires, 1943, p. 117.

(25) Sieyès se refiere a los representantes extraordinarios, los que tendrían un poder nuevo y conforme la nación hubiera de otorgárselo; integrando un cuerpo de representantes extraordinarios en reemplazo de la nación e independiente de toda clase de formas constitucionales. Se trataría de nuevos diputados con un solo asunto que tratar y por un tiempo determinado, gozando de independencia tanto en relación a la constitución como a la nación misma (SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, “¿Qué es el Tercer Estado?”, ob. cit., p. 117). Vanossi pone de relieve que en el Capítulo VI Sieyès insiste con esta idea afirmando “Aquí, necesitamos recordar todo lo dicho en el capítulo precedente, tanto sobre la necesidad de constituir el cuerpo de los representantes ordinarios, como sobre la de no confiar esta gran obra, sino a una diputación extraordinaria que

tenga un poder especial *ad hoc*”; concluyendo que en definitiva se está refiriendo al funcionamiento del poder constituyente (Cfr. VANOSI, Jorge Reinaldo A., “Teoría Constitucional”, op. cit., p. 19, nota 13). Finalmente, no podemos dejar de traer a colación las interesantes observaciones formuladas por Sampay, señalando a Vattel como el primer ensayista que hizo referencia explícita al poder constituyente derivado y a la necesidad de recurrir, para su ejercicio, a una asamblea o convención reformadora claramente diferenciada de la voluntad de los legisladores, quienes no podrían cambiar la constitución “... sin destruir el fundamento de su Autoridad (...) Nosotros hemos reconocido el Derecho de la Nación para cambiar la Constitución, pero elegir el expediente para hacerlo pertenece a la Política de la propia Nación” (SAMPAY, Arturo E., “Constitución y pueblo”, Cuenca Ediciones, Buenos Aires, 1973, p. 13/14; con cita de Vattel, “Les Droits des Gens”, liv. I, chap. III (Edic. A, Londres, 1758, Tome I, p. 3138).

(26) Por democracia directa o semidirecta entendemos aquella variante que permite la incorporación de institutos similares a los de las antiguas democracias directas en el marco de los sistemas de democracia indirecta o representativa. De esa forma lo que se persigue es el acceso del cuerpo electoral al ámbito decisional del poder político a cargo del manejo del Estado. (...) resulta pertinente traer a colación la distinción que efectúa Castiñeira de Dios [“Los alcances e influencias de la Democracia Semidirecta en la Constitución Federal Argentina - ¿Profundización y Legitimación de la democracia representativa?”, tesis doctoral inédita, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, p. 173/174] cuando con precisión señala que a pesar de que con relación a su naturaleza existe una comunión de idénticos principios, cabe diferenciar entre las formas que denomina de democracia semidirecta y aquellas de democracia directa. En las primeras, la participación de la ciudadanía se debe encauzar a través de los órganos del Estado, ya sea para su convocatoria, ratificación o decisión; en tanto que en las segundas el peso del protagonismo y de la decisión descansa en el cuerpo electoral, sin injerencia de los órganos constituidos (Cfr. PÉREZ CORTI, José M., “Derecho Electoral Argentino. Nociones”, ob. cit., p. 309/310).

(27) En efecto, no todos estos institutos importan o requieren la realización de comicios para poder cumplir su finalidad, bastando a tal efecto la presencia de algunos de los elementos del Derecho electoral. Tal el caso de la iniciativa popular.

(28) Tal es la posición receptada en las declaraciones de Derechos de Virginia y de

El sustento argumental de los institutos de democracia directa o semidirecta se encuentra tanto en Sieyès como en Rousseau, más allá de las diferencias conceptuales que separan sus posiciones. El primero de ellos sostiene que “... una nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija” (29). Por su parte, el segundo autor citado desconfía permanentemente del gobierno representativo, por lo que acude a la democracia directa para la sanción de las leyes, mecanismo del cual Sieyès reniega inclinándose más por aquél (30).

Con envidiable claridad Maritain nos confirma lo expresado afirmando que:

“... en un régimen democrático, la verdad fundamental —reconocida por la filosofía democrática que afirma que la autoridad de los gobernantes deriva del derecho del pueblo a regirse a sí mismo permanentemente— alcanza una expresión adecuada y particular en la ley típica que da estructura al cuerpo político. Entonces la autoridad derivada del pueblo asciende de la base a la cima del cuerpo político. El poder lo ejercen unos hombres determinados en los que reside periódicamente la autoridad, dentro de ciertos límites fijos, por designación popular, y cuyo desempeño público se halla bajo la fiscalización popular, y sólo esto constituye indicio suficiente para probar que el pueblo goza de una posesión permanente de ese derecho a gobernarse, cuyo ejercicio delega en los hombres en cuestión para que ejerzan el mando —mando político— sobre los demás, en virtud de la primera fuente de toda autoridad. O sea que la función gobernante de aquellos hombres, elegidos por el pueblo para detentarla con derecho y, con lo mismo, para hacerse obedecer dentro de los límites de sus poderes, cuanto éstos sean requeridos con justicia, dimana (...) de la ley justa necesaria para la propia existencia del bien común, la naturaleza y la sociedad” (31).

Este autor nos señala los dos puntos principales de la doctrina expuesta:

“... El primero, relativo al hecho de que al investir de autoridad a sus gobernantes el pueblo no pierde, en modo alguno, su derecho fundamental a gobernarse. El segundo, relativo a la cuestión de que los representantes del pueblo no son meros instrumentos, sino gobernantes investidos de verdadera autoridad, o derecho a mandar” (32).

Explicando el primero sostiene que el pueblo posee el derecho a gobernarse de una manera inherente y permanente. Y los gobernantes en tanto representantes del pueblo, están investidos *per participationem* —en la medida de sus poderes— del mismo

derecho y autoridad para gobernar que reside en el pueblo *per essentialiam*. Este último, al designar a aquéllos, no pierde ni renuncia a su autoridad para gobernarse ni a su derecho a la autonomía suprema.

Fundamenta el segundo punto afirmando que los representantes poseen autoridad por vicariato y con la calidad de imagen del pueblo. Pero son la imagen viviente y activa del pueblo, nos dice el filósofo, una imagen que es una persona humana, dotada de razón, voluntad libérrima y responsabilidad. Consecuentemente no pueden ejercer la autoridad vicarial de que disponen, sino como personas humanas y agentes libres, cuya conciencia personal se halla en juego para el desempeño de su misión. Es entonces la autoridad que ejercen la misma del pueblo, participada en una extensión dada y dentro de ciertos límites, es una autoridad delegada, aunque genuina. Tienen por lo tanto un derecho a mandar y a ser obedecidos, no revistiendo la calidad de meros instrumentos de una voluntad general quimérica, sino la de verdaderos gobernantes del pueblo. En consecuencia, tienen que adoptar sus decisiones conforme a los dictados de su conciencia, a las leyes de la ética política, de la prudencia política y a lo que estimen necesario para el bien común, incluso —nos dice Maritain— si al hacerlo incurrir en el desagrado popular (33).

Sólo resta hacer una observación con relación a la diferencia que existe entre el derecho a la insurrección y a la resistencia, y el derecho a la revolución; puesto que la misma es determinante al momento de encuadrar la naturaleza y contenido de la voluntad popular con la que cada uno de ellos se nutre a la hora de operar sus efectos.

Siguiendo a Ramella (34), hemos de recordar la clara distinción que establece Burdeau entre insurrección o resistencia a la opresión y el derecho a la revolución. La *insurrección* tiene por finalidad derrocar a las autoridades en funciones de gobierno para restablecer el orden jurídico constitucional, y en ese sentido cumple una función esencialmente conservadora. Los insurrectos reprochan al gobierno la inobservancia de la Constitución y de las normas vigentes, lanzándose a las armas para exigir su respeto y cumplimiento.

La *revolución*, en cambio, procura establecer un nuevo orden jurídico, en tanto el pueblo ve constreñidos sus legítimos derechos precisamente por el orden jurídico vigente. Consecuentemente, una revolución consiste en la sustitución de una idea de derecho por otra; y, así comprendida, no es un puro hecho, sino un fenómeno jurídico (35).

Es por tal diferencia que sólo el *derecho a la revolución* encuadraría dentro de la voluntad popular originaria de facto, en tanto su ejercicio necesariamente importa exceder el marco institucional establecido por la Constitución, pudiendo —incluso— dar lugar al ejercicio de poder constituyente originario. Por el contrario, en el caso del *derecho a la insurrección* y *a la resistencia*, la razón de su existencia radica justamente

en el ejercicio de la voluntad popular originaria con miras a exigir el respeto del andamiaje constitucional vigente, por lo cual encuadraría dentro de la institucional (36).

Para finalizar, hemos esquematizado las nociones y conceptos desarrollados hasta aquí, procurando facilitar su visualización y adecuada comprensión.

Voluntad Popular	Originaria	1. Poder Constituyente Originario		
		2. Institucional	Ordinaria	
			Extraordinaria	Poder Constituyente Derivado
	3. De facto	Poder Electoral Excepcional		Institutos de Democracia Directa y Semidirecta
		Derecho a la Insurrección y a la Resistencia		
Derivada	Sistema Representativo	Función Legislativa	Poder Legislativo	Derecho Parlamentario
		Función Administrativa	Poder Ejecutivo	Derecho Administrativo
		Función Juzgadora	Poder Judicial	Derecho Judicial

Como es posible observar, corresponde a la *voluntad popular derivada* toda la estructuración orgánica y funcional del sistema representativo, dispersando su presencia y efectos en las tres funciones del poder, en las instituciones constitucionalmente creadas para su ejercicio y, finalmente, caracterizando las respectivas ramas del Derecho que abordan el estudio en profundidad de cada una de ellas.

Epílogo

El presente ensayo avanza especulativamente sobre los contenidos materiales de los institutos de gobierno democrático y republicano previstos en la Constitución, procurando explicitar el alcance y la dinámica de la voluntad popular con relación a cada uno de aquéllos.

De esta forma, su análisis funcional y orgánico es abordado desde una lógica conceptual adecuada a la mecánica operativa mediante la cual la voluntad popular les da vida y efectiviza el ejercicio de sus competencias, facultades y atribuciones.

Esto nos permite contar con una escala jerárquica de prioridades, equivalencias y subordinaciones que hacen más viable y precisa la labor exegética de los operadores jurídicos del Derecho público y, muy especialmente, del electoral a la hora de enfocar adecuadamente las controversias que se plantean en el ejercicio del poder que la Constitución asigna a unos y a otros.

Sin embargo, somos plenamente conscientes de que se trata justamente de un ensayo y, por lo tanto, su valor especulativo debe consolidarse a partir del debate y del cuestionamiento de sus premisas, de la revisión crítica de sus categorías y de la verificación o no de las conclusiones a las que hemos arribado. ●

Cita on line: AR/DOC/4266/2013

{ NOTAS }

Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (1776), en donde se sostiene que el pueblo tiene el derecho de cambiar o abolir una forma de gobierno y establecer otra nueva, cuando llegue a ser destructora del fin para que fue instituida. De igual manera, cuando un gobierno resulte inadecuado o contrario a estos fines, la mayoría tenía el derecho indubitable, inalienable e indefectible de reformarlo, cambiarlo o abolirlo del modo que juzgue más adecuado para el bien público (Cfr. VANOSSI, Jorge Reinaldo A., “Teoría Constitucional”, op. cit., p. 18/19, nota 11). No es ésta la postura sostenida por las Cortes de Nueva York en 1853 y Iowa en 1855, puesto que si bien se aceptaba en el s. XIX que las constituciones fueran aprobadas por el pueblo, no se aceptaba que las legislaturas delegaran sus facultades en el pueblo; fundando dicha posición en el principio que sostenía que “... el pueblo se ata sus propias manos cuando adopta una constitución” (*Delegata potesta non potest delegari*)” (Cfr. Castiñeira de Dios, Gustavo, “Los alcances e influencias de la Democracia Semidirecta en la Constitución Federal Argentina - ¿Profundización y Legitimación de la democracia representativa?”, ob. cit., p. 33).

(29) SIEYÈS, Emmanuel Joseph, “¿Qué es el Tercer Estado?”, ob. cit., p. 113.
 (30) PANTOJA MORAN, David, “Estudio introductorio”, en Sieyès, Emmanuel Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1973; citado en Vanossi, Jorge Reinaldo A., “Teoría Constitucional”, op. cit., p. 21, nota 13 bis.
 (31) MARITAIN, Jacques, “El hombre y el Estado”, ob. cit., p. 154/155.
 (32) MARITAIN, Jacques, “El hombre y el Estado”, ob. cit., p. 155/156.
 (33) “Pero esto no es óbice para que sean responsables ante el pueblo y que su gestión gubernativa o legislativa quede bajo la supervisión y fiscalización del pueblo. (...) Se plantea aquí una difícil cuestión que quisiera esclarecer. Dije que los representantes del pueblo deben estar incluso dispuestos a incurrir en su desagrado, si su conciencia se lo exige. Y ahora digo que deben cumplir sus obligaciones en comunión con el pueblo. ¿Son contradictorias estas dos afirmaciones? No lo son, con tal que la expresión ‘en comunión con el pueblo’ se interprete correctamente. En lo que puede llamarse la

psiquis del pueblo hay una enorme variedad de grados y niveles. En el nivel más superficial hay momentáneas tendencias de opinión, tan pasajeras como las olas del mar, sujetas a todos los vendavales de la ansiedad, el temor, las pasiones y los intereses particulares. En lo más profundo se halla el deseo de vivir juntos, y la oscura conciencia de un destino y vocación comunes y, finalmente, la tendencia natural de la voluntad humana, esencialmente considerada, hacia el bien. Además (...) el pueblo se halla de ordinario distraído de sus aspiraciones e intereses más capitales, en tanto que pueblo, por los afanes y sufrimientos cotidianos de cada cual. Bajo tales circunstancias, gobernar en comunión con el pueblo significa, por una parte, educarlo y despertarlo en el proceso de gobernarse, así como de exigirle, en cada etapa progresiva, lo que el pueblo ha estado consciente y deseoso de hacer (...) Significa también, por otra parte, prestar atención a cuanto hay de más profundo y duradero, más realmente digno y meritorio del hombre, en las aspiraciones y el alma del pueblo. De ese modo, aun incurriendo en el desagrado del pueblo, se puede gobernar en común con él, en el verdadero sentido de la expresión” (Maritain, Jacques, “El hombre y el Estado”, ob. cit., p. 158/159).

(34) RAMELLA, Pablo A., “Derecho Constitucional”, ob. cit., p. 18.
 (35) Algunos autores entienden que la revolución es “... el modo más intenso (y más breve) a través del cual puede llegar a existir una democracia, hace surgir de inmediato instituciones que son necesariamente menos intensas y más neutrales pero que se fundamentan en aquella legitimación revolucionaria” (GALLI, Carlo, “El malestar de la democracia”, ob. cit., p. 28/29).
 (36) En el caso de Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorporó un artículo destinado a la defensa de la democracia y en él se reconoce el derecho a la insurrección y a la resistencia (C.N. art. 36: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. [...] Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este Artículo...”).

IV JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO DEL CONSUMO en homenaje a los Dres. Branko P. Cerowski y Aníbal N. Piaggio

Viernes 6 de diciembre de 2013 – 8:30 hrs. a 20:00 hrs.

Colegio de Abogados de San Isidro

Acassuso 442, 2º piso, San Isidro

Presidentes: Dres. Federico Alvarez Larrondo y Fulvio Santarelli

Coordinador Académico: Dr. Gonzalo Martín Rodríguez

Organizan: Colegio de Abogados de San Isidro y Colegio de Abogados de Mar del Plata.

Auspician: Instituto Argentino de Derecho del Consumidor (IADC) y Asociación Civil de Usuarios de Bancos Argentinos (ACUBA)

Programa:

08:30- Acreditaciones.

09:30- Apertura.

10:00- 1er panel: "Tendencias judiciales en el derecho del consumo".

Dres. Dante Rusconi - Rodrigo Bionda.

11:00- 2do panel: "Consumidor financiero. Usuario de servicios financieros".

Dres. Gonzalo Rodríguez - Alejandro Chamatropulos.

12:00- 3er panel: "Sobreendeudamiento de consumidores".

Dres. Federico M. Álvarez Larrondo - Carlos Ribera.

13:00- Almuerzo libre.

15:00- 4to panel: "Responsabilidad por daños al consumo".

Dra. Fabiana Compiani.

16:00- 5to panel: "El derecho de consumo y los seguros".

Dres. Waldo Sobrino - Pedro Jáuregui.

17:00- Coffee break.

17:30- Mesa redonda: "Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo.

Visión actual y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación".

Dres. Fulvio Santarelli - Diego Zentner.

19:00- Homenaje a los Dres. Branko Pedro Cerowski y Aníbal Norberto Piaggio, a cargo del Dr. Eduardo Zannoni.

Informes y preinscripción:

Sitio web: www.casi.com.ar/preinscripciones

E-mail: areaacademica@asi.com.ar

Teléfono: (011) 4743-5720/26

ESEADE – MAESTRIA DE DERECHO EMPRESARIO

La Maestría en Derecho Empresario de la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas (ESEADE), acreditada por CONEAU (Resolución Nº1031/11), brinda conocimientos interdisciplinarios, vinculando la práctica legal con herramientas y contenidos fundamentales de la gestión de negocios.

Presenta al derecho empresario desde las perspectivas más modernas, tales como el análisis económico del derecho. Prepara para el ejercicio profesional en departamentos legales de empresas, en la carrera judicial y en estudios jurídicos dedicados al asesoramiento empresario.

El plan de estudio está diseñado para abordar diferentes problemáticas que puede enfrentar la empresa en su actividad cotidiana. Se desarrolla a lo largo de dos años, en cuatro cuatrimestres, y comprende las siguientes veinte materias: Evaluación de las crisis empresarias; Teoría de la administración; Aspectos penales de la empresa; Régimen jurídico de los servicios públicos; Negociación contractual; Técnicas de la comunicación oral; Interpretación de estados contables; Análisis económico; Derecho tributario y aduanero; Conflictos societarios; Finanzas de la empresa; Mercado de capitales; Derecho y Economía; Política de negocios; Legislación bancaria; Legislación industrial; Relaciones laborales; Negocios internacionales; Conflictos de constitucionalidad y Estrategia empresarial.

A esto se le suman cinco semanas de especialización sobre tópicos avanzados en Derecho Empresarial:

1. Conflictos Ambientales
2. Derechos del Consumidor y Acciones de Clase
3. Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial
4. Arbitraje y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos

La Maestría es coordinada por un equipo de profesionales de excelencia, conducido por el Dr. Francisco J. Cárrega.

Se cursa los lunes, miércoles y jueves, entre las 19 hs. y las 21,30 hs., en Uriarte 2472, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Las inscripciones se realizarán hasta el 22 de marzo de 2013.

INFORMES

Teléfonos: 4773-5825/4777-4295

E-mail: info@eseade.edu.ar

significa mayores ventas). No debe existir un optimismo infundado, sino que debe justificarse en la realidad y en una visión responsable de la situación particular de la compañía. Pero también debe tener en cuenta el comportamiento de la competencia y distintos participantes del mercado; comportamiento que muchas veces -incluso- se ve influido por los proyectos en los que se inserta o por la misma crisis que atraviesa la empresa en cuestión.

Ello incluso se enfatiza si se tiene en cuenta que es muy difícil prever las reales necesidades financieras (para la inversión en activos productivos) para sostener y/o incrementar los niveles productivos de la empresa, pero siempre teniendo en cuenta que dicha previsión no podría ser inferior a los criterios de amortización contable de los activos productivos u otros bienes de uso.

V. Métodos de valuación

Las ciencias financieras nos enseñan que existen diversos mecanismos de valuación, fundados en el estado de situación patrimonial, otros en los resultados, en el flujo de fondos, en la creación de valor, etc.

En el grupo de los métodos fundados en el “estado de situación patrimonial” (también llamado contable), se encuentran la valuación contable (valor libro o *Book Value* y que toma en cuenta el patrimonio neto y las distintas cuentas que lo integran, tales como ajustes de capital, primas de emisión, aportes irrevocables, reservas legales, estatutarias o facultades, resultados no asignados, etc.), el valor libro ajustado (en el que sobre la base del valor contable se ajustan o rectifican algunas partidas contables, tales como bienes inmuebles, patentes, etc., que pudieran verse afectados por la inflación), el valor de liquidación (lo que en muchos casos importa una disminución del valor por el tipo de activos en cuestión) y la valuación “sustancial” (en la que se excluyen del valor en cuestión a los “activos no esenciales” para el desenvolvimiento de la actividad empresarial y sólo toma en cuenta los activos necesarios y en la cantidad suficiente para desarrollar la actividad).

Los métodos fundados en los “resultados” tienen en cuenta fundamentalmente ese estado (estado de resultados) y tienen un sentido más dinámico que el fundado en el método contable. En el caso de compañías cotizadas, se suele emplear un *ratio* PER (*Price Earning Ratio*) que tiene en cuenta el valor del mercado de la acción relacionado con el dividendo anual. Otro criterio es el PCFR (*Price Cash Flow Ratio*) que toma en cuenta el precio de cotización y el *cash flow* por acción. También se utiliza (por su practicidad) el que se funda en los “múltiplos de ventas” (que realiza una multiplicación de ventas anuales por un cierto número que se suele utilizar para industrias de cierto sector).

Con respecto a los “métodos combinados” (también llamados “goodwill”), se intenta desarrollar el concepto de valor llave o de los intangibles (43) (que muchas veces las normas contables limitan sus posibilidades de valoración contable -art. 62, LSC-) y procura una combinación de valores (activo de la empresa, estado de situación patrimonial, valor creado, etc.).

Los tres métodos más usuales son el “método clásico” (que consiste en sumar al valor del activo de la empresa un valor llave representado por un número propio de la industria

que se multiplica por el valor promedio de las ganancias), “método indirecto o alemán” (que no toma en cuenta el *goodwill* pasado y creado hasta la fecha de valuación, sino que fija un número valor en función de parámetros puntuales) y el “método directo o anglosajón” (que considera el valor de la empresa en función de los activos, más un valor actual de ciertas utilidades menos una tasa de ganancia de mercado -como la tasa de rendimiento libre de riesgo o promedio de rentabilidad de la actividad-).

Los métodos de “creación de valor” exigen de ciertas fórmulas (llamadas *value metrics*), cuyo objetivo es medir la creación o la destrucción de valor generado por la gestión societaria. Los más conocidos son EVA (*Economic Value Added* o Valor Económico Agregado), MVA (*Market Value Added* o Valor de Mercado Agregado), CVA (*Cash Value Added* o Valor de Caja Agregado), SVA (*Shareholder Value Added* o Valor adicional del Accionista), TSR (*Total Shareholder Return* o Rendimiento total del accionista), etc.

El método de flujo de fondos descontados (*Discounted Cash Flow*) es el que se ha generalizado como más adecuado; y que sobre la base de la construcción de un flujo de fondos estimado (de un proyecto puntual o de la empresa), y con una tasa de descuento razonable, se obtiene el valor actual de dicha decisión. Tiene en cuenta no ya el valor intrínseco de cada activo en particular, sino su capacidad en forma combinada para generar ingresos futuros.

Esta forma de valuación toma en cuenta el horizonte de planeamiento (período de tiempo en el cual se va a considerar el proyecto a los ingresos de la empresa) y debe profundizar en que existen proyectos que tienen tiempos perfectamente definidos y otros que no (en algunos casos se fijan períodos de entre tres y siete años o se toma como múltiplo de la amortización de ciertos bienes de uso -tres o cinco años-).

En la elaboración del flujo de fondos no sólo se requiere el análisis de los estados contables (en especial, el estado de resultados y el estado de origen y aplicación de fondos) sino también los llamados resultados operativos (o EBIT, *Earning Before Interest and Taxes*) que no debe confundirse con el Resultado Operativo del Estado de Resultados. El EBIT se fija trayendo sólo los costos variables y los costos fijos. En el EBITDA (*Earning Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) se detrae también la depreciación y la amortización.

El *Free Cash Flow* se fija sobre la base del EBIT, menos las depreciaciones y amortizaciones más el capital de trabajo menos el aumento de los activos fijo y en general se lo suele usar para proyectos de inversión y para cualquier planificación financiera. Si sobre el *Free Cash Flow* se toman en cuenta los dividendos, intereses y deudas, se obtiene el *Capital Cash Flow*. Finalmente, el *Equity Cash Flow* es el residual luego del pago de los intereses y del impuesto a las ganancias. Cada uno de estos flujos de fondos tiene su particular tasa de descuento. (44)

VI. Utilización de los criterios de valuación de empresas en crisis en el régimen concursal

La LCQ contiene algunas pautas para la valuación de la empresa en crisis, pero -a nuestro juicio- no tiene suficiente precisión en orden a las formas, mecanismos y métodos para hacerlo.

VI.1. Requisitos de la presentación concursal

La LCQ no exige que junto con la presentación en concurso preventivo (art. 11, LCQ) -y también en acuerdo preventivo extrajudicial -art. 72, LCQ-) se acompañe un informe o dictamen sobre el valor de la empresa. Sólo se exige el acompañamiento de los tres últimos balances (más alguna información vinculada con acreedores, deuda previsional y otros detalles) y en el art. 11, inc. 3, LCQ, exige acompañar un estado detallado y valorado del activo y pasivo actualizado a la fecha de presentación, con indicación precisa de su composición, las normas seguidas para su valuación, la ubicación, estado y gravámenes de los bienes y demás datos necesarios para conocer debidamente el patrimonio.

Si bien el estado detallado y preciso estado contable requiere ser valorado y actualizado a la fecha de presentación, con pautas seguidas para la “valuación” de los bienes no permite determinar el verdadero valor de la empresa en crisis. Puede servir como marco de referencia para poder fijar un valor adecuado de la empresa pero no brinda elementos *per se* para ello.

VI.2. Informe general

El art. 39, LCQ, al regular el informe general (que se presenta luego de que se han insinuado la mayoría de los acreedores y que se ha obtenido la sentencia verificatoria -art. 36, LCQ-), requiere de un informe que indique no sólo el análisis de las causas del desequilibrio económico del deudor (art. 39, inc. 1, LCQ), sino también la composición actualizada y detallada del activo, con la estimación de los valores probables de realización de cada rubro, incluyendo intangibles (art. 39, inc. 2, LCQ).

Como puede apreciarse, tampoco en esta instancia se requiere de la fijación de una pauta de valuación de la empresa más allá del análisis de las causas de desequilibrio económico del deudor (que será información muy relevante para estudiar las distintas variables económicas y financieras y adecuar un mejor plan de crisis) y también la fijación del valor de los distintos activos “con estimación de los valores probables de realización” (sic), en el que se incluyen también los intangibles (como una forma de reconocer ciertos valores que el estado contable del art. 11, inc. 3, LCQ, usualmente no contempla o no lo hace de una manera real).

VI.3. Cramdown

Quizás el precepto que más énfasis hace en los criterios de valuación es el art. 48, LCQ, que regula el salvataje de la empresa. El art. 48, inc. 3, LCQ, señala bajo el acápite “valuación de cuotas o sociales” que si hubiera inscriptos en el registro previsto en el primer inciso de este artículo, el juez designará el evaluador a que refiere el artículo 262, quien deberá aceptar el cargo ante el actuario. La valuación deberá presentarse en el expediente dentro de los treinta días siguientes. La valuación establecerá el real valor de mercado, a cuyo efecto, y sin perjuicio de otros elementos que se consideren apropiados, ponderará: (i) El informe del artículo 39, incisos 2 y 3, sin que esto resulte vinculante para el evaluador; (ii) Altas, bajas y modificaciones sustanciales de los activos; (iii) Incidencia de los pasivos postconcursales. La valuación puede ser observada en el plazo de cinco días, sin que ello dé lugar a sustanciación alguna. Teniendo en cuenta la valuación, sus eventuales observaciones, y un pasivo adicional estimado para gastos del concurso equivalente al cuatro por ciento del activo, el juez fijará el valor de las

cuotas o acciones representativas del capital social de la concursada. La resolución judicial es inapelable.

Además, y una vez obtenido el acuerdo por un tercero (lo que implica la transferencia de las participaciones societarias justamente al tercero), establece que si el primero en obtener y comunicar las conformidades de los acreedores fuera un tercero: (i) Cuando como resultado de la valuación el juez hubiera determinado la inexistencia de valor positivo de las cuotas o acciones representativas del capital social, el tercero adquiere el derecho a que se le transfiera la titularidad de ellas junto con la homologación del acuerdo y sin otro trámite, pago o exigencia adicionales. (ii) En caso de valuación positiva de las cuotas o acciones representativas del capital social, el importe judicialmente determinado se reducirá en la misma proporción en que el juez estime -previo dictamen del evaluador- que se reduce el pasivo quirografario a valor presente y como consecuencia del acuerdo alcanzado por el tercero. A fin de determinar el referido valor presente, se tomará en consideración la tasa de interés contractual de los créditos, la tasa de interés vigente en el mercado argentino y en el mercado internacional si correspondiera, y la posición relativa de riesgo de la empresa concursada teniendo en cuenta su situación específica. La estimación judicial resultante es irrecurrible.

En paralelo, el art. 262, LCQ, señala que la valuación de las acciones o cuotas representativas del capital en el caso del artículo 48 estará a cargo de bancos de inversión, entidades financieras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, o estudios de auditoría con más de diez años de antigüedad. Cada cuatro años la Cámara de Apelaciones formará una lista de evaluadores. De la mencionada lista, el comité de control propondrá una comisión de evaluadores, sobre la cual elegirá el juez. Si no existiese tal lista por falta de inscriptos, el comité de control sugerirá al juez, dos o más evaluadores, que reúnan similares requisitos a los establecidos en el párrafo primero de este artículo, correspondiendo al juez efectuar la designación sobre dicha propuesta. La remuneración del evaluador la fijará el juez en la misma oportunidad en que regule los honorarios de los demás funcionarios y abogados, y se hará sobre la base del trabajo efectivamente realizado, sin consideración del monto de la valuación.

VI.4. Continuación de la empresa

La continuación de la empresa está reglamentada en diversas normas, en lo puntual en los arts. 189 y ss., LCQ. Este último señala: “El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos, si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiende que el emprendimiento resulta económicamente viable. También la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento. El síndico debe

CONTINÚA EN LA PÁGINA 6

{ NOTAS }

(43) Los recursos intangibles pueden ser considerados activos en sentido amplio, al incluir derechos de propiedad intelectual, marcas, tecnologías de la infor-

mación como bases de datos, redes, etc. (HALL, R., “The strategic analysis of intangible resources”, *Strategic Management Journal*, 1992, N° 13, p. 139).

(44) Así se ha dicho que para el FCF, la tasa adecuada es el WACC; para el CCF, la tasa correcta es el WACC antes de impuesto y para el ECF, la tasa adecuada es

el *Ke*. TAPIA, G., “Valuación de empresas. Un enfoque práctico y dinámico”, Comicon Editorial, Buenos Aires, 2012, p. 83.

VIENE DE LA PÁGINA 5

ponerlo en conocimiento del juez dentro de las veinticuatro horas.

Por su parte, el art. 190, LCQ, señala que en toda quiebra, aun las comprendidas en el artículo precedente, el síndico debe informar al juez dentro de los veinte días corridos contados a partir de la aceptación del cargo, sobre la posibilidad de continuar con la explotación de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha. En la continuidad de la empresa se tomará en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que representen las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, quienes deberán actuar en el período de continuidad bajo la forma de una cooperativa de trabajo. A tales fines deberá presentar en el plazo de veinte días, a partir del pedido formal, un proyecto de explotación conteniendo las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará, del que se dará traslado al síndico para que en plazo de cinco días emita opinión al respecto. El término de la continuidad de la empresa, cualquiera sea su causa, no hace nacer el derecho a nuevas indemnizaciones laborales.

El informe del síndico debe expedirse concretamente sobre los algunos aspectos, tales como la posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos, la venta que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha y que pudiere resultar para terceros del mantenimiento de la actividad, el plan de explotación acompañado de un presupuesto de recursos, etc.

El art. 191, LCQ, señala que la autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización, se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, en aquellos casos que lo estime viable económicamente o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra.

En su autorización el juez debe pronunciarse explícitamente sobre algunos aspectos, tales como el plan de la explotación, el plazo por el que continuará la explotación (a estos fines se tomará en cuenta el ciclo y el tiempo necesario para la enajenación de la empresa), la cantidad y calificación profesional del personal que continuará afectado a la explotación, los bienes que pueden emplearse, etc.

VI.5. Enajenación de la empresa en marcha

El art. 205, LCQ, establece la venta de la empresa o de uno o más establecimientos y tiene en consideración las siguientes pautas:

(i) El designado para la enajenación tasa aquello que se proyecta vender en función de su valor probable de realización en el mercado; de esa tasación se corre vista a la cooperativa de trabajadores en caso de que ésta se hubiera formado y al síndico, quien, además, informará del valor a que hace referencia el art. 206, LCQ;

(ii) En todos los casos comprendidos en el presente artículo la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación de acuerdo al inciso anterior;

(iii) La venta debe ser ordenada por el juez y puede ser efectuada en subasta pública. En ese caso deben cumplirse las formalidades del art. 206 y las establecidas en los incisos 4), 5) y 6) del art. 205, LCQ, en lo pertinente;

(iv) Si el juez ordena la venta, sin recurrir a subasta pública, corresponde al síndico, con asistencia de quien haya sido designado para la enajenación, proyectar un pliego de condiciones en el que debe expresar la base del precio, que será la de la tasación efectuada o la que surja del art. 206, la que sea mayor, descripción sucinta de los bienes, circunstancias referidas a la locación en el caso en que el fallido fuere locatario y las demás que considere de interés. La base propuesta no puede ser inferior a la tasación antes mencionada. Pueden incluirse los créditos pendientes de realización, vinculados con la empresa o establecimiento a venderse, en cuyo caso debe incrementarse prudencialmente la base. La condición de venta debe ser al contado, y el precio deberá ser íntegramente pagado con anterioridad a la toma de posesión, la que no podrá exceder de veinte días desde la notificación de la resolución que apruebe la adjudicación. El juez debe decidir el contenido definitivo del pliego, mediante resolución fundada. A tal efecto puede requerir el asesoramiento de especialistas, bancos de inversión, firmas consultoras, u otras entidades calificadas en aspectos técnicos, económicos, financieros y del mercado. Esta resolución debe ser dictada dentro de los veinte días posteriores a la presentación del proyecto del síndico;

(v) Una vez redactado el pliego, se deben publicar edictos por dos días, en el diario de publicaciones legales y en otro de gran circulación en jurisdicción del tribunal y, además, en su caso, en el que tenga iguales caracte-

rísticas en los lugares donde se encuentren ubicados los establecimientos.

(vi) Las ofertas deben presentarse en sobre cerrado y contener el nombre, domicilio real y especial constituido dentro de la jurisdicción del tribunal, profesión, edad y estado civil. Deben expresar el precio ofrecido. Tratándose de sociedades, debe acompañarse copia auténtica de su contrato social y de los documentos que acrediten la personería del firmante.

(vii) El oferente debe acompañar garantía de mantenimiento de oferta equivalente al diez por ciento del precio ofrecido, en efectivo, en títulos públicos, o fianza bancaria exigible a primera demanda;

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

Cita on line: AR/DOC/4022/2013

MAS INFORMACION

Molina Sandoval, Carlos A., "La empresa familiar y el concurso". LA LEY, 2013-C, 845- Enfoques, 2013 (junio), p. 93; "Protocolo de empresas familiares", LA LEY, 2013-B, 613 - Enfoques, 2013 (abril), p. 76.

Favier Dubois (p.), Eduardo M. - Favier Dubois (h.), Eduardo M. "El marco legal de la empresa familiar. Riesgos y soluciones con la normativa vigente". LA LEY 10/06/2013, 1, LA LEY 2013-C, 1131, AR/DOC/1803/2013.



BIBLIOGRAFIA



Título: Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Procesal Penal - Tomos I y II
Director: Miguel Ángel Almeyra
Coordinadores: Adrián R. Tellas y Julio C. Báez
Editorial: La Ley
Año: 2012

Ha llegado a mis manos un ejemplar de la obra mencionada y no puedo sino ponderar la utilidad que muestra, no sólo desde el punto de vista de la práctica forense, sino también desde la óptica académica; sobre todo para quienes venimos del Derecho de fondo.

El Profesor Almeyra ya nos tiene acostumbrados a abordar con enjundia las distintas problemáticas que se observan en el siempre complicado y a la vez extenso mundo del derecho procesal penal. Pero en este Tratado quiero decir que las expectativas, en lo que a mi persona respecta, se han visto superadas.

La obra ha contado también con la colaboración de los Dres. Julio C. Báez y Adrián Tellas, quienes en forma más que evidente han realizado un aporte crucial para su armado, volcando así su amplia experiencia en el derecho procesal penal. Tampoco puedo dejar de hacer una referencia al cuerpo de investigadores académicos que han prestado su concurso para el tratamiento de los distintos temas, mucho de los cuales son profesionales de reconocida trayectoria en el fuero capitalino, y a quienes tengo el gusto de conocer personalmente, sabiendo entonces de primera mano de la solvencia con que cuentan.

Yendo al libro en sí, destaco preliminarmente que desde el inicio mismo del Tomo I los autores se abocan a tratar en forma sis-

temática los institutos que mayor incidencia tienen en nuestro orden de rito. Asimismo, y para la realización de ese trabajo, se observa que aquéllos siguen mayormente el esquema de exposición que adopta el Código Procesal Penal de la Nación y que, a la vez, toman la mayor parte de los sistemas de forma provinciales, todo lo cual facilita el entendimiento y el manejo de la obra.

El Tomo I comienza con el tratamiento de los principios y garantías constitucionales que más incidencia tienen en el procedimiento penal (debido proceso, defensa en juicio, presunción de inocencia y duda, plazo razonable, doble juzgamiento, *reformatio in peius*), luego continúa con un examen de distintas cuestiones que hacen al funcionamiento y facultades de los diferentes sujetos procesales que intervienen en el proceso penal (el Ministerio Público Fiscal, el querrelante o particular damnificado, el imputado, el defensor del imputado y el actor civil, junto con el civilmente demandado). Con posterioridad, la obra ingresa en el estudio de las cuestiones de competencia, en donde se analizan las reglas y los supuestos de competencia federal. A continuación se tratan cuestiones vinculadas a la recusación e inhibición de los jueces y los fiscales, la etapa de la instrucción, con el abordaje concreto de las cuestiones vinculadas al inicio de este momento procesal, el instituto de la denuncia y las tareas de prevención.

No menos importante es el estudio que se hace respecto de la declaración del imputado o el tratamiento que se le dispensa al fenómeno de la prueba en el proceso penal, concentrándose el análisis en la prueba de inspección judicial, de reconstrucción de los hechos, en los reconocimientos, los allanamientos domiciliarios, las requisas, los secuestros, la intervención de comunicaciones, la declaración de los testigos, los careos, la actuación de los peritos, los intérpretes, la prueba de docu-

mentos, de filmaciones y otras formas de registros. Finalmente, la obra aborda también la cuestión de los indicios y su incidencia para la acreditación de los hechos juzgados.

El régimen de medidas cautelares, que es analizado a continuación de la prueba, también ocupa un lugar de privilegio en el Tratado. Asimismo, dentro del estudio de las medidas cautelares se le confiere un espacio particular (no podía ser de otra forma) a la problemática vinculada a la libertad del imputado, realizando a su respecto un estudio profundo y riguroso. Por otra parte, en el Tomo I también se trata el régimen de las excepciones que pueden articularse en el proceso, el sistema de las nulidades, con la importancia que ello tiene dentro de la estructura de un proceso de raigambre constitucional y la llamada etapa intermedia que, como sabemos, sobreviene a la conclusión de la instrucción.

La etapa del juicio o debate también tiene reservado un lugar en el Tomo I del Tratado. Con respecto a este momento del proceso, en el libro se estudian cuestiones vinculadas a los actos preliminares, al debate en sí, a la deliberación previa al dictado de la resolución y a la sentencia. A continuación de ello, se dedica un apartado especial al análisis de las distintas vías impugnativas, en donde se desandan con solvencia las cuestiones generales vinculadas a aquéllas y luego de ello se hace un estudio de los recursos de reposición, de apelación, de casación, de inconstitucionalidad, de revisión y extraordinario federal, con todas sus aristas. Por último, en la obra se destina un apartado especial para el juicio abreviado, el proceso destinado a los delitos de acción privada, la suspensión del juicio a prueba, la mediación penal y todo lo concerniente a la ejecución penal.

Es importante decir que cada uno de los aspectos reseñados en los párrafos prece-

dentos son tratados en forma independiente, aunque al principio de cada capítulo se hace una expresa referencia, con número de página incluido, hacia aquellas cuestiones también desandadas en la obra que se muestran relacionadas con aquello que se va a analizar en el capítulo que se inicia.

Es importante destacar que todas las cuestiones se exponen respondiendo a un esquema idéntico. De esta manera cada capítulo comienza con la Opinión del Director, que en esencia resume lo sustancial de la problemática que se tratará, para después continuar con una reseña de los principales fallos rectores vinculados al ámbito tratado.

Los fallos son en su mayoría aquellos que emitió la Corte en sus distintas conformaciones sobre la temática tratada, aunque también se reproducen pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, circunstancia que refleja el carácter amplio con que estudia cada tema.

Luego de la sección dedicada a los llamados fallos rectores, existen otras dos en donde se realiza un análisis jurisprudencial y doctrinario del instituto estudiado. En la primera de ellas, se continúa —ahora con más extensión— con la reproducción de los fallos más importantes dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque también se reproducen pronunciamientos de las distintas salas de la Cámara Nacional de Casación Penal, como igualmente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal y de otros tribunales nacionales. Dentro del análisis jurisprudencial existe también un apartado dedicado a la jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otro más, titulado Jurisprudencia Provincial, en donde se reproducen

fallos señeros de distintos altos tribunales de provincia. Por último y en lo referido a esta forma de exposición de los temas, destacamos que existe un acápite destinado a la jurisprudencia extranjera en donde, en lo esencial, se reproducen los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al adentrarnos en el estudio de lo que los autores llaman “Análisis Argumental” se observa que cada uno de los temas bajo desarrollo son desgranados a su vez en subtemas, con respecto a los cuales se vuelca la opinión de reconocidos autores, quienes han escrito en revistas especializadas y en obras de su pertenencia sobre la temática desandada.

Al final de cada capítulo siempre se hace una referencia al contexto normativo, detallado con respecto a cada código procesal penal provincial, cuáles son los artículos que tienen vinculación con el instituto bajo estudio. Asimismo, y en un apartado llamado Bi-

blioteca, se enumeran los distintos artículos de doctrina que fueron referenciados en las páginas precedentes, como igualmente las obras citadas, con detalle del nombre, autor, editorial y fecha de edición para que el lector pueda eventualmente tener acceso y profundizar el estudio, que ya de por sí se observa como completo.

El criterio adoptado por la obra no sólo resulta novedoso, sino esencial útil para el abogado u operador del sistema que día a día se topa con cuestiones como las tratadas en la obra.

Quien acceda a las páginas de este Tratado encontrará entonces un análisis completo de las distintas aristas del tema contenido en sus páginas que quiera estudiar. Y ese análisis integral se realiza, no sólo desde el punto de vista jurisprudencial, sino también doctrinario.

En el tomo II, titulada “Textos Completos”, la integridad y solvencia de la obra se consoli-

da. Sin embargo, el modelo de armado de esta segunda parte resulta ser diferente con respecto al adoptado al estructurarse el Tomo I.

Gran parte del Tomo II está dedicado a reproducir, en forma textual, los fallos más emblemáticos de nuestra Corte Suprema de Justicia sobre los temas más sensibles de nuestro Derecho Procesal Penal. Conforme con ello, en el libro se encuentran fallos emitidos por nuestro Tribunal cívico desde los primeros tiempos de su conformación hasta el año 2010; y esta circunstancia resulta ser también invaluable desde el punto de vista práctico, dado que quien estudia un tema no se vea obligado a ir a otras fuentes para terminar de analizarlo.

Existe también una segunda sección del Tomo II que está destinada a la Doctrina, en donde también se reproducen en extenso muchos de los artículos que fueron mencionados al realizar el análisis argumental de cada tema en el Tomo I. Dichos artículos de doctrina fueron publicados en su mayoría

en La Ley, en La Ley Online o en el Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal; y para su selección se ha seguido un criterio, que lejos de ser arbitrario, refleja la intención de exponer, en la medida de lo posible, la opinión de la mejor y más actual doctrina sobre los distintos temas tratados. Precisamente muchos de estos artículos fueron escritos por el Director y otros tantos por los coordinadores.

Celebramos entonces la aparición de esta obra y mucho más si tenemos en cuenta que es el resultado de la pasión que el Director, los coordinadores y los integrantes del cuerpo de investigadores tienen por la docencia y por la difusión del saber. Felicitamos también a la Editorial, al Director de esta obra y a los Coordinadores por su publicación y hacemos votos por su difusión adecuada en el medio académico, tribunalicio y profesional, en general, por su indudable incidencia en cada uno de estos ámbitos.

Jorge Marcelo Ilharrescondo



JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo

Responsabilidad solidaria. Inexistencia. Contrato de concesión, elaboración y distribución de alimentos en hospitales públicos. Inaplicabilidad de la Ley de Contrato de Trabajo. Disidencia.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: La Cámara, al revocar la sentencia de primera instancia, responsabilizó en los términos del art. 30 de la LCT al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por créditos indemnizatorios reclamados por una trabajadora contra su empleadora, la cual explotaba, mediante un contrato de concesión, el servicio de elaboración

y distribución de comidas en los hospitales dependientes de aquél, entre ellos uno en el que prestó servicios, por ser ésta una actividad normal de los nosocomios. Interpuesto recurso extraordinario, y la correspondiente queja, ante su denegación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia recurrida.

1.- El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es empleador según el Régimen de Contrato de Trabajo—salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito—, por lo cual no puede ser alcanzado por una responsabilidad solidaria que sólo es inherente a los sujetos del contrato de trabajo, pues ello es incompatible con el régimen de derecho público.

2.- La sentencia que condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en los términos del art. 30 de la LCT, por créditos indemnizatorios reclamados por una trabajadora contra su empleadora, la cual explotaba, mediante un contrato de concesión, el servicio de elaboración y distribución de comidas en los hospitales públicos, es arbitraria, pues el *a quo* no valoró la gravitación del carácter administrativo del contrato entre las demandadas, para establecer si esa norma permitía vincular de manera solidaria a una persona de derecho público no sometida expresamente a la regulación laboral común, máxime cuando ese régimen legal está condicionado en su aplicación a que resulte compatible con la naturaleza y modali-

dades de la actividad de que se trate y con el específico régimen a que se halla sometido.

117.448 — CS, 2013/09/17. - Gómez, Susana Gladys c. Golden Chez S.A. y otros s/ despido.

Cita on line: AR/JUR/55551/2013

! DISTRIBUCION DE COSTAS

Art. 68 del Código Procesal.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente o en laleyonline.com.ar]



NOTA A FALLO

Un supuesto de ausencia de responsabilidad solidaria del Estado ante el trabajador

Jorge Rodríguez Mancini

La elaboración y distribución de comidas en los hospitales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye un supuesto de actividad normal propia y específica del nosocomio y por tal razón el Gobierno de la CABA fue condenado a responder solidariamente por créditos indemnizatorios de una trabajadora dependiente de la concesionaria que realizaba aquella prestación.

Así lo resolvió la sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones (autos “Gómez, Susana G. c/ Golden Chef S.A. y otros”) considerando que correspondía aplicar la norma del art. 30 de la LCT, ya que para su procedencia no se requiere que se pruebe maniobra fraudulenta por tratarse de una responsabilidad objetiva; y tampoco es necesario que el contratista principal sea una “empresa” o un “ente con fines de lucro”, pues la previsión legal utiliza el

nombre de “quienes y no excluye a las personas públicas de la órbita de responsabilidad”.

La Corte Suprema de Justicia en su fallo del 17 de setiembre último descalificó ese pronunciamiento por afectar las garantías constitucionales que se invocaron por el recurrente, la CABA.

Como surge de este resumen—que se atiene al texto de los considerandos del fallo del Alto Tribunal— la cuestión versó sobre si el Estado—en el caso el sujeto público autónomo a que se refiere el art. 129 de la Constitución Nacional— resulta abarcado por la norma del art. 30 de la LCT. Como se ha dicho más arriba, la respuesta de la CNAT fue afirmativa pero el recurso por arbitrariedad interpuesto por el Gobierno de la CABA tuvo acogida y la Corte revocó esa decisión.

En este sentido el pronunciamiento fue expreso negando tal aplicación porque:

* el fallo de la Cámara resultó arbitrario, ya que “no valoró la gravitación del carácter administrativo del contrato de concesión” que vinculó al Gobierno local con la empleadora.

* el régimen de solidaridad de la LCT que se aplicó—como toda esa normativa del sector privado— sólo puede extenderse al sector público si resulta compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen a que se halla sujeta, invocando el Alto Tribunal la norma del art. 2º par. 1º de la LCT. La regulación de esta última ley es incompatible con el régimen de derecho público y cita nuevamente el art. 2º párrafo 1º. Sobre este argumento luego formularé un comentario.

* el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es “empleador” en el sentido

y con los alcances que fija la LCT, salvo que mediara acto expreso por el cual se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito según lo establece el art. 2º, inc. a).

Sin perjuicio de coincidir con la decisión de la Corte Suprema estimo que la fundamentación presenta argumentos cuestionables. En este sentido entiendo que lo sustancial para llegar a la conclusión que afirma el fallo reside en que no existe—o al menos no se habría acreditado— que mediara el acto expreso de sometimiento a la ley o la celebración de un convenio colectivo referido al ámbito donde se produjo el conflicto. Esta es la regla que impone el art. 2º, inc. a) de la LCT y con ella basta para descartar que una norma que fija una extensión de responsabilidad pueda aplicarse a un sujeto que por principio está excluido del ámbito de ese régimen.

En cambio no parece adecuado argumentar, como lo hace el voto mayoritario resumido más arriba, acerca de la *incompatibilidad* de la LCT con el régimen administrativo público al que se halla sujeto el Gobierno local. Téngase en cuenta que esa técnica de recurrir al criterio de compatibilidad para que las normas de la LCT penetren en las relaciones regidas por estatutos especiales que tienen como ámbito personal relaciones de derecho

VIENE DE LA PÁGINA 7

privado, está referida a la articulación entre los estatutos especiales o profesionales y la ley general, motivo por el cual es preciso fijar —como lo hace con ese criterio de “compatibilidad”— cuándo podría entrar a conjugarse las normas generales con las del “*específico régimen jurídico a que se halle sujeta una actividad*”. (1) Creo que ese supuesto se halla absolutamente superado por la prohibición que sigue con la que el legislador separa netamente regímenes legales.

De la misma manera entiendo que el fallo de la Cámara discurre sobre vías de razonamiento abiertamente incorrectas y por otra parte expresamente discrepantes con la doctrina de la Corte Suprema que se ocupa de citar. En error incurre al referirse a una exigencia de comprobación de maniobra fraudulenta lo que carece de vinculación, ya que no opera ese requisito, simplemente porque tampoco opera la norma en sí, por lo que importa poco que se esté ante una extensión de responsabilidad objetiva. Además resulta ciertamente desacertado descartar que la aplicación del dispositivo (art. 30) exija que

el contratista principal sea una empresa y que la norma adjudica la extensión por solidaridad a sujetos indeterminados al utilizar el pronombre “quienes”. Es obvio —aunque no parece haberlo entendido así el fallo de Cámara— que dentro de la LCT, como en cualquier régimen armónico, los sujetos de que se trata en sus normas no podrían ser otros que los que la propia ley abarca y no podría referirse para imponerle obligaciones a aquellos otros a los según su propia declaración han sido excluidos.

Agrega el fallo revocado, con peor criterio jurídico que, al referirse a “quienes”, el art. 30 de la LCT, no excluye a las personas públicas de la responsabilidad. Está claro, ya lo señalé, que las personas públicas (“Administración Pública nacional, provincial o municipal”) (2) están excluidas de las disposiciones de la LCT. El art. 2º es suficiente para entender el asunto.

Es oportuno a mi juicio traer a estos comentarios sobre la exclusión del sujeto público, dos temas que reflejan los matices de los que no debe prescindirse en el examen de los conflictos que involucran relaciones laborales con el Estado.

En primer lugar cito un antecedente reciente en el que la Corte Suprema de Justicia encara la cuestión de cuándo la LCT resulta aplicable a los empleos de la administración pública. Se trata del fallo dictado en la causa “Serial, María A. c. Universidad Nacional de Quilmes” del 24/09/2013. Allí la actora —que se había desempeñado bajo el régimen de pasantías— pretendía que se condenara a su empleador, la Universidad Nacional, al pago de indemnizaciones previstas en la LCT, sosteniendo que aquel encuadramiento era ilegítimo y había sido implantado para ocultar una relación laboral. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (sala VI) acogió el reclamo. La Corte revocó el fallo —aceptando lo dictaminado por la Procuración General de la Nación— en atención a que se había prescindido en el pronunciamiento de la Cámara, de lo que la LCT establece como *condición para su aplicación a las relaciones de derecho público*. En la decisión la Corte Suprema remite a los fundamentos de casos anteriores como “Martínez, Adrián O. c. Universidad Nacional de Quilmes” del 06/11/2012 y ratifica el encuadramiento de las relaciones laborales de la administración pública en las disposiciones del Régimen del Empleo Público.

En otras palabras si no media el acto expreso de sometimiento a las normas de la LCT o al régimen de las convenciones colectivas, el Estado no está vinculado por sus disposiciones.

El segundo tema que creo conveniente vincular es el de los efectos de ese sometimiento, cuando el Estado ha celebrado un convenio colectivo que comprende la actividad en la que se desempeñó el empleado reclamante. Se trata de la cuestión resuelta por la Corte Suprema en el caso “Madorrán”, por demás conocido. Allí se formuló una salvedad importante que debe tenerse en cuenta para cubrir

todos los aspectos de este asunto. Se trata de que, aunque exista ese sometimiento voluntario del Estado por la celebración de un convenio colectivo, el empleado no pierde la garantía que le otorga la Constitución Nacional a su estabilidad en el empleo. O sea que si no hay sometimiento expreso, la LCT no se aplica; pero si se produjo la incorporación estatal o un sector de ella a un convenio colectivo del régimen de la ley 14.250, ello no impide respetar la estabilidad absoluta que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Y, por último, menciono otra cuestión que, si se quiere, es de orden formal, pero de no menos trascendencia jurídica. El acto de celebración del convenio en tales condiciones resulta *nulo* por violación de la garantía constitucional, lo cual es distinto de afirmar que es un acto *inconstitucional*. En el fallo “Madorrán” mencionado, la Corte adoptó un lenguaje ambiguo al calificar el acto como “nulo e inconstitucional”; y en algunos votos, simplemente “inconstitucional”.

Lo mismo sucede cuando en un convenio colectivo se incorporan cláusulas violatorias de garantías de ese orden, p.e. calificación como no remuneratoria una prestación que por su naturaleza es salarial, o cuando se estipulan obligaciones de contribución a cargo del trabajador que exceden pautas razonables. En estos casos y aunque medie la homologación producida por la autoridad administrativa, estamos frente a actos nulos, ya que el acto jurídico del sometimiento o de la homologación resultan viciados por la infracción constitucional. No son inconstitucionales los convenios como no lo son los contratos; son actos inválidos y deben ser considerados obviamente nulos. (3) ●

Cita on line: AR/DOC/4348/2013

Sucesión

Acuerdo particionario. Homologación. Deber de los herederos de informar cómo se conformaron las hijuelas. Disparidad entre los porcentajes. Posible cesión de derechos hereditarios encubierta.

Si bien es procedente homologar el acuerdo particionario celebrado en forma privada por los herederos, éstos deberán informar al magistrado cómo se conformaron las hijuelas, en tanto se evidencia una disparidad entre los porcentajes —en el caso, se adjudicó a uno de ellos el único inmueble integrante del acervo—, y ello conduce a la necesidad de verificar que no se configure un supuesto encubierto de cesión de derechos hereditarios.

117.449 — CNCiv., sala H, 2013/09/25. - K. K., S. y H., A. N. s/ sucesión ab-intestato.

Cita on line: AR/JUR/60313/2013

DISTRIBUCION DE COSTAS

A los apelantes.

2ª Instancia. — Buenos Aires, 25 de septiembre de 2013.

Autos y vistos; y considerando:

Vienen estos autos a la Alzada para resolver el recurso de apelación interpuesto en subsidio a fs. 74/76, concedido a fs. 79, con la decisión de fs. 73. El memorial obra a fs. 74/76.

I. Cuestionan los coherederos B. y J. D. K. H., lo dispuesto por el magistrado de grado en cuanto consideró que el escrito de fs. 72 titulado “Presentan acuerdo particionario” importa una cesión de derechos hereditarios e hizo saber que la misma debía instrumentarse en escritura pública.

Centran esencialmente sus quejas en que no se trata en la especie de una cesión de

derechos hereditarios, sino de una partición de herencia formulada por todos los herederos declarados en autos que han convenido asignar un bien específico a otro heredero.

De las constancias obrantes en autos surge que los coherederos arribaron al acuerdo particionario que obra a fojas 72, en virtud del cual convinieron adjudicar a favor del coheredero J. D. K. H. la totalidad del único inmueble que denunciaron como integrante del haber hereditario, sito en Av.... Piso ... Unidad funcional ... de esta Ciudad.

En este contexto, cabe señalar que el art. 3462 del Cód. Civil faculta a los herederos capaces y presentes, para que efectúen la partición de la herencia en la forma y por el acto que unánimemente juzguen conveniente. Por ser ello así, corresponde homologar el acuerdo particionario presentado por los coherederos en los términos previstos en el art. 726 del Cód. Procesal.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente y advirtiendo el Tribunal la disparidad de los porcentajes que surge del acuerdo particionario, los coherederos deberán informar al magistrado de grado cómo se conformaron las hijuelas, ello a fin de evitar que se configure un supuesto encubierto de cesión de derechos hereditarios (v. esta Sala *in re* “Fernández, Aníbal H. y Vitale, Ana M. s/sucesión ab intestato”, 21/08/2013).

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal resuelve: 1) Revocar el decisorio apelado y en su mérito homologar el acuerdo particionario obrante a fojas 72; 2) Disponer que los herederos informen en autos cómo quedaron conformadas las hijuelas. 3) Imponer las costas de esta instancia a los apelantes por no haber mediado contradictorio en la Alzada. Regístrese y devuélvase. La notificación del presente deberá cumplimentarse en la instancia de grado, juntamente con la providencia que se dicte en los términos del art. 135 inc. 7) del Cód. Procesal. — *Sebastián Picasso*. — *Liliana E. Abreut de Begher*. — *Claudio M. Kiper*. ●

NOTAS

(1) Un análisis completo y profundizado de esta técnica puede verse en el comentario de IZQUIERDO, Roberto al art. 2º de la LCT, en “Ley de contrato de trabajo, comentada, anotada y concordada”, La Ley, tomo I.

(2) No creo que la Cámara haya considerado que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es estrictamente un sujeto público nacional, provincial o municipal ya que según la Constitución Nacional (art. 129), se trata de un

“Gobierno autónomo”, lo que lo diferencia —no está muy claro— de lo que en la Constitución se trata respecto de las provincias. Considero que la disputa sobre la naturaleza político-institucional de la CABA no estuvo en el pensamiento de los jueces de la sala V.

(3) Sobre este tema puede verse un desarrollo más completo en “Inconstitucionalidad o nulidad” en DT, 2013-985.

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 58, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de Don CARLOS FRANCISCO CARDONA y de Doña JOSEFINA CASULLI. Publíquese por tres días.

Buenos Aires, 28 de octubre de 2013
María Alejandra Morales, sec.
LA LEY: I. 26/11/13 V. 28/11/13

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil Nº 34, sito en la calle Uruguay 714, piso 5º, Capital Federal, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de Doña PALACIOS EVARISTA, a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en “La Ley”.

Buenos Aires, 1 de noviembre de 2013
Juan Gabriel Chirichella, sec. int.
LA LEY: I. 26/11/13 V. 28/11/13

83211/2013. CALVO, ROBERTO DOROTEO s/ SUCESION AB-INTESTATO. Juzgado Nacional en lo Civil Nº 31 cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de CALVO, ROBERTO DOROTEO. Publíquese por tres días en “La Ley”.

Buenos Aires, 17 de octubre de 2013
María Cristina García, sec.
LA LEY: I. 26/11/13 V. 28/11/13

59037/2013. VERA ELBA MARIA s/ SUCESION AB-INTESTATO. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 72, Secretaría Única de esta Capital Federal

en autos “VERA ELBA MARIA s/ SUCESION AB-INTESTATO (Nº 59037/13)”, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de ELBA MARIA VERA DE BARALIC. Publíquese por tres días en diario La Ley.

Buenos Aires, 22 de octubre de 2013
Daniel H. Russo, sec.
LA LEY: I. 21/11/13 V. 26/11/13

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 17 cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de MANUEL VAZQUEZ CASTRO. El presente edicto deberá publicarse por tres (3) días en el diario La Ley.

Buenos Aires, 1 de noviembre de 2013
Mariel R. Gil, sec. int.
LA LEY: I. 21/11/13 V. 26/11/13

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 17, Secretaría Única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de MARGARITA ESTHER RICART. Publíquese por tres días en el diario La Ley.

Buenos Aires, 17 de octubre de 2013
Mariel R. Gil, sec. int.
LA LEY: I. 21/11/13 V. 26/11/13

El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 19, Secretaría Única de la Capital Federal, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de JOSE LOPEZ y ANA VERONICA ROMERO. El presente

deberá publicarse por tres días en el diario La Ley.

Buenos Aires, 9 de octubre de 2013
María Belén Puebla, sec.
LA LEY: I. 21/11/13 V. 26/11/13

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Número 58 Secretaría Única, cita y emplaza a estar a derecho por el término de treinta días a herederos y acreedores de SANTIAGO JUAN CARLOS. Publíquese por tres días.

Buenos Aires, 24 de octubre de 2013
María Alejandra Morales, sec.
LA LEY: I. 21/11/13 V. 26/11/13

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 21 a cargo del Dr. Germán M. Páez Castañeda, Secretaría Nº 42 a mi cargo, sito en M. T. de Alvear 1840 P. 3º C.A.B.A., comunica por 5 días que, con fecha 15/10/13 se dispuso la apertura del curso preventivo de ARDENOR S.A. CUIT 30-70825765-2 (Registro I.G.J. Nº 3069 - 6/3/03 - Lº 20 T. Soc. por Acc.). Síndico: Pablo M. Rufino, Av. Córdoba 1367 p. 6º CABA; plazo de verificación de créditos: 11/2/14. Audiencia informativa: 13/11/14, 9 hs., sala del Juzgado; clausura período de exclusividad: 20/11/14. Publíquese por 5 días en La Ley.

Buenos Aires, 4 de noviembre de 2013
Guillermo Carreira González, sec.
LA LEY: I. 20/11/13 V. 27/11/13