

## **“PAGO DE SALARIOS VS. PAGO AL FISCO”.** **EL DILEMA DE LOS ADMINISTRADORES EN LA CRISIS**

*Eduardo M. Favier Dubois y Lucía Spagnolo*

### **I. SUMARIO:**

- El deber de diligencia de los administradores societarios les impone adoptar las “decisiones informadas” que mejor atiendan al interés social, especialmente en momentos de crisis económicas y/o financieras, debiendo al efecto seguir ciertas reglas y considerar diversas alternativas.

- En las empresas con dificultades financieras los administradores enfrentan, periódicamente, el dilema de tener que optar entre pagar los sueldos mensuales del personal o cumplir con los pagos al Fisco en materia de aportes, contribuciones e impuestos.

- Si bien los riesgos inmediatos que la decisión pueda acarrear a la empresa van a depender de cada situación en particular, desde el punto de vista legal no cabe dudar de que la prioridad la tiene el pago de los salarios a los trabajadores en atención al carácter alimentario de los mismos y a las normas legales, constitucionales y convencionales que dan prioridad al crédito laboral.

- En tales condiciones, el solo hecho de haber privilegiado los salarios respecto de las obligaciones fiscales no puede acarrear responsabilidad al administrador, mientras que en el caso inverso se generaría su responsabilidad.



### **II. Desarrollos**

#### *A. Introducción dialogada.*

- Este mes, que otra vez la plata no alcanza para todos, recomiendo pagarle al Fisco.

- ¿Qué pasa si no lo hacemos?

- Ya estamos atrasados y nos va a venir un embargo a la cuenta bancaria y corremos el riesgo de una penal tributaria.
- Ok. Paguemos al Fisco.
- Ojo que si pagamos al Fisco no podremos pagar los sueldos.
- Bueno, que los trabajadores aguanten un poco...
- Mirá que vienen amenazando con tomar la fábrica.
- Entonces... ¡Que Dios nos ayude!...

## *B. Fundamentos.*

### *1. Los deberes de los directores*

En la estructura legal de la sociedad comercial el concepto de gestión social es amplio y comprende toda la actividad jurídica o de hecho, de dentro del marco estatutario o contractual acordado, promueve la realización del fin social común, interesando la actividad gestora, o sea la que puede ser imputada al ente <sup>1</sup>.

Dentro de ella, cabe destacar que el directorio de la sociedad anónima es el órgano necesario y permanente que tiene a su cargo la tarea de administrar y llevar a cabo los negocios de la sociedad.

Analizando las normas de la ley de sociedades, y siguiendo al maestro Otaegui, pueden distinguirse las siguientes funciones del directorio: a) de gestión en los negocios sociales; b) de representación; c) de contabilidad y d) de participación en los actos de funcionamiento, disolución y liquidación <sup>2</sup>.

Al respecto cabe recordar que, en materia de responsabilidad, las reglas fundamentales son las del art. 59 y 274 de la ley 19.550.

El primero establece en general que los administradores “deben obrar con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios”, estableciendo la responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños de aquellos que faltaren a tales obligaciones, en norma reiterada para los administradores de toda persona jurídica por el art. 159 del CCCN.

---

<sup>1</sup> GIRON TENA, José, *Derecho de Sociedades*, t.1, Madrid, 1976, p. 300, cit. Por Gagliardo, Mariano “Responsabilidad de los directores de S.A.”, Abeledo Perrot, Bs.As. 2001, p.178, nro.156.

<sup>2</sup> OTAEGUI, Julio Cesar “Responsabilidad civil de los directores”, R.D.C.O., nro. 65 p.1292.

La “lealtad” se refiere a privilegiar el interés de la sociedad sobre otros intereses y la “diligencia” se corresponde con la idoneidad técnica con que debe actuarse en el concreto ejercicio del cargo de administrador (Ver supra).

Por su parte, el art. 274 dispone, en su primer párrafo, que los directores “responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

Además cabe recordar que el régimen societario contiene previsiones específicas en los arts. 271, sobre contratación de los directores con la sociedad (en general), 272, sobre interés contrario (conflicto de intereses puntual) y 273 de la ley 19.550, sobre actividades en competencia (conflicto de intereses permanente), todas las que resultan de gran utilidad para el tema.

Modernamente, la responsabilidad de los directores se ha visto integrada por las reglas del buen “gobierno corporativo”<sup>3</sup>.

## *2. El deber de diligencia: la adopción de decisiones informadas*

El deber de diligencia de los administradores, que exigen el art. 59 de la ley 19.550 y 159 del CCCN, consiste en ocuparse de los asuntos sociales en forma profesional y está integrado por su obligación de adoptar “decisiones informadas”, esto es adoptadas conforme a las reglas del arte.

En el punto, la toma de decisiones en una empresa está sujeta a ciertas reglas que la ciencia de la administración ha ido elaborando<sup>4</sup>, las que requieren cumplir los siguientes pasos

- 1.-La determinación precisa del problema.
- 2.-La recopilación de toda la información necesaria
- 3.-La formulación de las posibles alternativas.
- 4.-La evaluación de las alternativas y elección de la mejor.

En este proceso es fundamental contar con la mayor información posible y con las opiniones de asesores y especialistas cuando es necesario.

<sup>3</sup> Ver Favier Dubois (h), E.M. “Gobierno corporativo. Derecho norteamericano y Derecho Argentino. La contratación social con un director”, en “X Congreso Argentino de D. Societario”, Fespresa, Córdoba, 2007, tomo IV, p.273 en coautoría con Ernesto Schafran.

<sup>4</sup> Segade, José Luis “Administración de organizaciones”, Macchi, Bs.As., 2007, p. 57.

Al respecto, es muy importante que el abogado “empresarista”, interno o externo, cumpla adecuadamente su rol actuando en una posición ecléctica moderada y racionalmente equilibrada<sup>5</sup>.

Asimismo, el intercambio de ideas entre las personas con capacidad de decidir debe hacerse cumpliendo las lógicas etapas divergente (explorar todas las posibilidades) y convergente (quedarse con la mejor) y conforme con las reglas de enriquecimiento que resultan de diversas técnicas como las siguientes:

La del “torbellino de ideas” o “brainstorming”, que parte de la base de que cada uno puede introducir libremente ideas no elaboradas a la discusión bajo condición que no haya críticas ni censura de los demás que desalienten nuevos aportes.

La de “los sombreros para pensar”<sup>6</sup> técnica de Edward de Bono que postula separar la persona de la idea que ella propone de modo de evitar subjetividades emocionales de ataque y defensa, mediante la utilización sucesiva y alternativa durante las reuniones de diversos puntos de vista o sombreros: blanco (datos empíricos), negro (aspectos negativos, abogado del diablo), rojo (emociones), amarillo (aspectos positivos), verde (creatividad, provocación) y azul (organización de las ideas).

La utilización de la matriz F.O.D.A. que es un difundido método de análisis de un caso donde se busca determinar, comparar y evaluar las Fortalezas, Oportunidades, Desafíos y Amenazas de la situación.

### *3. Las decisiones a adoptar frente a la crisis <sup>7</sup>*

*Cuando la empresa, sin estar en cesación de pagos, se enfrenta con una crisis económica y/o financiera, parcial o general, es obligación de los administradores tomar decisiones considerando alguna, algunas o todas las siguientes alternativas:*

- Introducir cambios que impacten sobre la competencia, los procesos o los productos.

---

<sup>5</sup> Ver el valioso aporte sobre la materia de Falbo, Amilcar J. “El abogado de Empresas y el Empresario”, Ausp. por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), Bs.As., 2005, ps. 189 y 235.

<sup>6</sup> Ver “Seis sombreros para pensar”, Ed. Granica, Barcelona, 1996.

<sup>7</sup> Ver de los autores: “Emociones y decisiones del empresario frente a la insolvencia”, Ad-Hoc, Monografías, MG A 50, Bs.As., abril 2017.

- Proteger la caja de la empresa con un fideicomiso<sup>8</sup>.
- Reducir el personal<sup>9</sup>, espacios e instalaciones, u otros gastos fijos no indispensables.
- Renegociación de pasivos con los acreedores relevantes (Bancos y proveedores)
- Renegociación de las condiciones de los contratos en curso y cambio de las condiciones futuras
- Fusión o escisión para ganar por dimensión.
- Inyección de fondos al negocio mediante:
  - Nuevos aportes de los propietarios.
  - Venta de activos improductivos o de bienes de escasa rotación
  - Reestructuración de la acción de ventas
  - Cobro anticipado de cuentas a cobrar
  - Préstamos a largo plazo en el circuito financiero formal
  - Préstamos privados
  - Subsidios públicos
  - Incorporación de inversores o nuevos socios.
  - Emisión de obligaciones negociables.
  - Fideicomisos sobre activos actuales o futuros.

Adoptadas las alternativas deberá hacerse un plan de emergencia y/o de recuperación y/o de reingeniería con un cronograma de pasos y tareas y designándose los responsables y su control<sup>10</sup>.

Para enfrentar una crisis, algunas empresas de cierta envergadura cuentan con un “comité de crisis”<sup>11</sup>, en el que se integra la alta dirección y los responsa-

---

<sup>8</sup> Ver de Favier Dubois, EM (padre e hijo) “Fideicomiso de protección de la caja de la empresa. Fundamento legal, ventajas y límites”, Errepar, DSE, nro. 312, tomo XXV, noviembre 2013, p. 1207.

<sup>9</sup> Habrá que tener en cuenta las disposiciones sobre procedimiento preventivo de crisis laboral (Ley 24.013, Dec. 2071/94 y Dec. 265/02)

<sup>10</sup> Nedel, Oscar, “Crisis. Personas y empresas en dificultades”, Ed. ConTexto, Resistencia, 2011, ps. 274/282.

<sup>11</sup> El Comité de Crisis permite establecer un marco de contención y tranquilidad durante la crisis, y decidir y cumplimentar los procedimientos en procura de una resolución rápida y eficaz, con el objetivo de lograr la superación de la crisis financiera de la manera menos traumática posible. Se señalan como sus funciones:- La dirección, coordinación y toma de decisiones durante el proceso de crisis;- Fijar las políticas de la Empresa en situacio-

bles de diversas áreas, dependiendo del tipo de empresa que se trate: legal, producción, finanzas, logística, recursos humanos y, por supuesto, comunicación, como así con un manual de crisis<sup>12</sup>.

#### *4. Un dilema difícil: pagar sueldos o pagarle al fisco*

En esos momentos de crisis ocurre que, al comenzar el mes, los fondos disponibles son escasos y no alcanzan para pagar en forma conjunta a los trabajadores (sueldos) y al Fisco (aportes, contribuciones e impuestos).

En consecuencia, debe analizarse si este mes es mejor pagar al Fisco y postergar sueldos, ante la inminencia de embargos de la cuenta bancaria y/o acciones penales tributarias, o para ponerse al día y poder mantener o entrar en un plan de refinanciación. O si por el contrario, es mejor pagar los sueldos, sea atendiendo a la precariedad vivencial de sus trabajadores y/o al riesgo de un paro de actividades o de una toma de fábrica o de conductas violentas contra los directivos.

Ahora bien, más allá de lo que se determine conforme con los parámetros indicados, los directores deben tener en cuenta que, conforme con lo establecido por el art. 274 de la ley 19.550, su primera responsabilidad deriva de la “violación de la ley”. Vale decir que lo primero será cumplir la ley.

En el punto, si bien tanto las obligaciones laborales como las previsionales y fiscales tienen base legal, lo cierto es que la propia ley determina una prioridad entre ellas que el director debe conocer.

---

nes de crisis; Redactar y Difundir todos los procedimientos correspondientes a la emergencia; Establecer las Responsabilidades de cada uno de sus miembros. Se le atribuye la misión de: Establecer un marco de contención y tranquilidad durante la crisis; Identificar la crisis - rápidamente;- Aislar la crisis - rápidamente - Manejar la crisis - rápidamente;- Decidir y cumplimentar los procedimientos en procura de una resolución rápida y eficaz, con el objetivo de lograr la superación de la crisis.

<sup>12</sup> A grandes rasgos lo que el manual de crisis debe contener es lo siguiente:

- Los contactos de todos los miembros del comité de crisis (nombre completo, puesto dentro de la compañía, dirección de correo electrónico de la compañía y otro que pueda abrir desde un puesto remoto, números de teléfono de la empresa, de casa y celulares)- Base de datos de contactos con todos los interesados/afectados por la crisis (bomberos, policía, políticos, sindicatos, proveedores, clientes, aseguradoras, medios de comunicación, asociaciones civiles, etc.- Variables de riesgo y flujos de actuación- Reportes de acontecimientos- Documentos tipo (cartas, comunicado de prensa, etc.).

### *5. La prioridad legal del crédito laboral sobre el fiscal*

La preferencia indicada resulta del art. 261 de la L.C.T., que establece que: “El trabajador tendrá derecho a ser pagado, con preferencia a otros acreedores del empleador, por los créditos que resulten del contrato de trabajo”, debiendo incluirse entre los otros acreedores al Fisco.

Por otra parte, los derechos de los trabajadores al cobro prioritario de sus remuneraciones de carácter alimentario, están garantizados por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como así también los Convenios N° 95 y 173, Recomendación N° 180 de la OIT, art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica y Tratados Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional que protegen el empleo y la remuneración de los trabajadores (art. 75 inc. 22° de la CN).

En efecto, el art. 8.1. del Convenio OIT N° 173 otorga privilegio a los créditos laborales superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular a los del Fisco.

En igual sentido el art. 5 de la Recomendación N° 180 de OIT, establece que los créditos laborales deben quedar excluidos el procedimiento de insolvencia de una empresa con continuación de actividades y saldarse a sus respectivos vencimientos con los fondos disponibles.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que estos convenios son operativos para su aplicación por los jueces sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad (CSJN, “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA”, Fallos 337:315; *id.*, “Díaz c/ Cervecería y Maltería Quilmes”, D. 485 XLIV).

En el citado precedente que mediaba un conflicto entre el crédito de los acreedores laborales y créditos de la AFIP, la Corte concluyó que el crédito del trabajador debe estar resguardado por un privilegio que lo coloque en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial a los del Estado, destacando de esa manera la preferencia del cobro del crédito laboral respecto al fiscal.

En ese sentido, la Excm. Corte ha considerado que la relación y contrato de trabajo deben atenderse los intereses del trabajador como los del empleador, siendo desde el ángulo constitucional el primero un sujeto de preferente tutela (CSJN, “Vizzoti Carlos Alberto c/ AMSA SA s/ Despido”, T. 327 F. 3677, 14.09.04), juzgándose que el embargo que afecta bienes del trabajador -considerados erróneamente como de lujo- resulta incompatible con las disposiciones constitucionales que garantizan el derecho al bienestar del trabajador y la protección de la familia (CSJN, “Neumáticos Good Year, SA c/ Bonafina Domingo Héctor”, 01.01.54, T. 229, P. 456; *id.*, “Celesia Tomás c/ Zarategui Juan”, 01.01.54, T. 229, P. 630).

### *6. Colofón*

Como consecuencia de lo señalado, el haber privilegiado el administrador societario, ante la falta de recursos suficientes, el pago de los salarios respecto de las obligaciones fiscales, no puede acarrearle responsabilidad en tanto implicó el cumplimiento de la preferencia legal.

Inversamente, el administrador que hubiera desatendido el pago de salarios para pagar al Fisco, habría incurrido en responsabilidad por no atender la prioridad legal.

Ello sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivar en la producción o agravamiento de la situación que hubiera puesto a la empresa en dificultades financieras por incumplimiento de su deber de “diligencia”.