

La participación de los acreedores laborales en el “concurso preventivo” y el equilibrio. Régimen de la ley 26.684*

Por Miguel A. Raspall

1. Introducción

La primera reflexión que corresponde hacer, es que la reforma a la ley de concursos está dirigida directamente a los concursos de empresas, pero inserta dentro de una ley que trata promiscuamente todo tipo de proceso concursal, sin atender a ninguna especialización. La falta de una ley especial para los concursos empresariales, dificulta el análisis de los efectos y consecuencias que la reforma produce sobre este tipo de concursos.

Esta falta de “especialización” de los concursos de empresas, nos llevará a interrogarnos si realmente las reformas introducidas se aplicarán a todos los procesos concursales o si sólo lo es para empresas de mediano y gran porte que sería el ámbito lógico al cual deberían aplicarse muchas de sus disposiciones.

De la redacción de algunos de los nuevos artículos, debe concluirse que no se trata de “pequeño concurso” pues en el art. 11, inc. 8° obliga al deudor a presentar denuncia de deuda laboral y del SUSS, certificada por contador público y esta certificación no es exigida en los pequeños concursos (arts. 288 y 289), igualmente el tratamiento del salvataje, la continuación de la explotación y la venta de la empresa en funcionamiento son institutos aptos para empresas de mediano porte como mínimo.

La ley 26.684 ha venido a modificar la participación que les ha cabido a los trabajadores en los concursos y digo “trabajadores o empleados” porque la ley les otorga intervención, más allá de que sean o no técnicamente “acreedores” al momento de la apertura del concurso de una empresa (grande, mediana o pequeña, pues no distingue).

En tal orden, el legislador percibe correctamente que los empleados, aun cuando no fueran acreedores, se ven comprometidos y alcanzados por la situación de la empresa en crisis, y a partir de allí, les otorga participación para facilitarles acceso a la información o concederles funciones de control, supervisión, opinión y, en su caso, que intervengan activamente en la continuación de la explotación o en la eventual puja por la compra de la empresa si ese momento llega.

Antes de avanzar en este trabajo, es importante destacar que el incremento de la participación de los trabajadores y acreedores laborales en los concursos, cuenta con el apoyo político prácticamente de todos los sectores que conforman el Parlamento nacional tomando en consideración las amplísimas mayorías (casi unanimidad) que han votado favorablemente el proyecto en ambas Cámaras y que no ha sido vetado en ninguno de sus artículos por el Poder Ejecutivo, lo que nos pone frente a una ley que está vigente, con todas sus consecuencias, entre las cuales cuenta

* [Bibliografía recomendada](#). Extraído del artículo publicado en *ED*, 19/8/11.

que es *aplicable*. Podremos discutir si la norma es técnicamente acertada, oportuna, necesaria, idónea, de buena o mala técnica legislativa, pero no podremos sostener que se trata de una ley sacada a hurtadillas, ni por decretos de necesidad y urgencia, sino que es una ley con consenso y como tal, estamos en presencia de una definición de la clase política sobre el perfil o rol que se quiere que tengan los trabajadores en los procesos concursales. Incluso, la ley correctiva ingresada en mismo momento en que ésta era aprobada por ambas Cámaras, no modifica el criterio del legislador en orden a la participación de los trabajadores y acreedores laborales.

Ante la cesación de pagos, que es el presupuesto objetivo de los concursos que son alcanzados por la reforma¹, la estabilidad del trabajo, la percepción regular de sus salarios, la continuidad a futuro de la empresa en funcionamiento, ingresan en zona de riesgo; a ello se suma la posibilidad cierta de que a la postre –los actualmente trabajadores– terminen siendo “acreedores laborales” si a ese momento estuvieran al día con el cobro de sus remuneraciones. De modo que esta ley, va más allá que la sola tutela de los derechos de *créditos* de los trabajadores (privilegio de cobro de sus créditos y preferencia temporal), avanzando en nuevos roles que se vinculan con funciones de consulta, control, opinión, gestión y permanencia de la vida de la empresa con posterioridad a la apertura del proceso concursal.

Algunas de las funciones o roles que en la actualidad la ley les asigna, bien podrían haber sido ejercidas por los acreedores laborales dentro del marco regulatorio de la ley 24.522, tales como la integración del comité de acreedores (art. 42, representación: uno por cada categoría), la participación como oferente en el *cramdown* (art. 48 por medio de la conformación de la cooperativa u otra persona jurídica)², la locación del establecimiento (art. 186), etcétera.

Esta norma sistematiza esas posibilidades, las pone a la vista –las exterioriza– y las regula, dándoles un marco que facilita a los acreedores laborales el acceso a esas opciones. De este modo, la voluntad del legislador está orientada a que no sólo exista la posibilidad (de hecho existía), sino que sea visible y de acceso factible.

Las modificaciones introducidas por la ley 26.684 vienen entonces a profundizar algunos criterios y principios que ya tenían presencia en la ley de concursos, como son la conservación de la empresa y la tutela del empleo.

Si no existe una situación de emergencia, esta norma no es de derecho transitorio sino directamente una reforma de la ley a secas, o sea, definitiva. Frente a ello y como no se trata de una emergencia, nos volvemos a preguntar por qué motivo el legislador no encaró una reforma completa, que superara múltiples aspectos mal regulados, errores de remisión, referencias o reenvíos, otros temas que han sido corregidos por vía jurisprudencial a raíz de los cuestionamientos de la doctrina, y también, por qué no encaró la especialización de los concursos, separando los pequeños concursos y los concursos de consumidores de los concursos de empresas (empresario). Como en tantas otras reformas anteriores, el legislador no se dispone

¹ No les da intervención de ningún tipo en los acuerdos preventivos extrajudiciales (APES) donde el presupuesto objetivo refiere a la preinsolvencia, descriptas como las dificultades económicas financieras de carácter general.

² El salvataje (*cramdown*, art. 48) en la firma Paraná Metal, que tramita en Villa Constitución, fue abierto por la cooperativa de trabajadores en formación, siendo ésta la única inscrita como interesada en el registro del juzgado.

a dar tratamiento pleno a una modificación que sea tal y atiende siempre soluciones puntuales sin encarar una reforma integral, por lo que podemos reiterar, que hemos perdido otra oportunidad para modernizar nuestra norma y homogeneizarla (hacerla coherente).

Esta ley que ha sido sancionada con notorios errores, con normas regulatorias incomprensibles, y con una ley correctiva tratada el mismo día en que se sancionaba, pareciera estar signada en el apresuramiento de los tiempos políticos “electorales”, pues emergencia no hay, pero aun con todas estas objeciones, no se puede dudar de que expresa un nuevo concepto (o en su caso lo refuerza) querido por el legislador.

La modalidad de reformas parciales impregnadas de diversas filosofías que se han ido realizando a la ley de concursos 24.522, ha provocado que ella pierda coherencia –no estructural porque se apoya en los mismos institutos de la ley 24.522– pero sí filosófica.

En esta oportunidad y con carácter permanente, estamos transitando una verdadera reforma a la ley de concursos y quiebras que bien podría modificar el equilibrio de los intereses comprometidos en estos concursos, lo cual es toda una definición política. Por lo pronto, puesta la mira sólo en el interés de los acreedores, la norma ha priorizado a los laborales por sobre el resto de ellos y quizá, en algunas de sus regulaciones, excediendo las necesidades tutelares del sector de acreedores más sensibles (trabajadores) y descuidando al resto –a mi juicio innecesariamente–; es como decir que el legislador a sobredimensionado algunos efectos innecesariamente y esta sobredimensión es la que levanta las mayores críticas.

Por ello, al no existir una situación de crisis generalizada que hiciera presumir nuevamente el derrumbe de una multitud de empresas y que nos obligara a anticiparnos dictando reformas que hacen a la faz conservativa de un proceso concursal, lo que correspondía era realizar una reforma completa al régimen concursal, como ha sucedido con muchas leyes de otros países en lo que va del siglo XXI, que reponga la necesaria cohesión filosófica y sea el resultado de un proyecto estudiado y discutido suficientemente por todos los factores de la sociedad (Estado, empresarios, colegios profesionales, doctrina, sindicatos, universidades, etc.) en atención justamente a la importancia de los intereses que se ven comprometidos en los concursos de empresas, entre los cuales milita con necesaria presencia, la protección del trabajo y la empresa, pero no militan solos, hay otros actores en el mismo escenario.

Los intereses comprometidos en los concursos de empresas quedan identificados en: a) el interés del deudor (empresario); b) el interés de los acreedores que se representa en el crédito (con los trabajadores incluidos), y c) el interés general (el interés de toda la comunidad).

Esta ley acentúa el “principio de la conservación de la empresa” que puede representar simultánea y conjuntamente el “*mejor interés para todos*”, o por el contrario y según como se lo regule, puede resultar una alteración del necesario equilibrio que una ley de concursos debe asegurar a todos ellos, favoreciendo a algunos sectores y postergando a otros.

Intentaré realizar mis comentarios sobre la reforma (ley 26.684) y los efectos y consecuencias que a ella puedan atribuirse, desde la visión que tengo con relación a la eficiencia de los concursos y a lo que considero como un “justo equilibrio” de los intereses comprometidos en estos procesos.

Para ubicar al lector en el concepto de equilibrio, veo necesario desarrollar “sumariamente” los temas que se vinculan con los intereses de los concursos y los principios que los ordenan.

2. Breve descripción del principio de la conservación de la empresa

El principio de conservación de la empresa está directamente vinculado con el altísimo valor “económico-social” que a ella se le confiere como factor de producción de bienes y servicios, generador de empleo (relaciones laborales) y tributos, todo lo que contribuye al desarrollo de los pueblos, mejorando la calidad de vida y a la paz social (la desocupación es la antítesis de la paz social).

Obviamente, este principio comienza a tener presencia a partir del momento en que las “empresas” son percibidas como un centro de interés por su importancia en el desarrollo de las naciones y en ese momento, el fenómeno empresa, queda vinculado con el “interés general”, razón por la cual es atrapado y regulado por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, también incorporado al derecho concursal.

Se debe tener en cuenta que un factor de máxima prioridad para favorecer la reestructuración de las deudas de la empresa y evitar su quiebra, es el hecho de que la empresa es fuente de empleo y como señala Galbraith, “todos conocemos por experiencia que la principal preocupación del hombre actual radica en el peligro de la pérdida de sus ingresos, ya sea parcial o totalmente, o sea, quedarse sin trabajo, con la consiguiente pérdida de sus medios de vida. Por lo tanto, los factores que afectan actualmente a la seguridad del empleo son más relevantes que antaño”³.

Esta preocupación se proyecta en el derecho concursal y se consolida por medio del “principio de la conservación de la empresa”, donde se evidencia que el interés general tiene fuerte presencia en los procesos de insolvencia y que compite con el interés individual de los acreedores sobre su suerte y destino de ella, al extremo que se busca en forma dialéctica, dinámica y permanente, el justo medio, o sea un adecuado equilibrio entre los intereses comprometidos.

Una gran cantidad de países han ido modificando sus leyes concursales en lo que va del siglo XXI en la búsqueda de afianzar la recuperación de las empresas en crisis y, por ende, de propender a su conservación. Tanto en Europa como en América y en los países de Asia como Japón, China y Corea, se busca de cualquier forma evitar la eliminación de la empresa, pues ello implica una verdadera agresión al equilibrio social, del cual el Estado no puede desinteresarse, como lo señala la ley de Portugal de 1986⁴.

³ Rivera, Julio C., *Renovación de principios estructurales del derecho concursal*, RDPyC, Concursos II 2003-1, Rubinzal-Culzoni, p. 13.

⁴ Dasso, Ariel A., *Derecho concursal comparado*, t. I. Bs. As., Legis, 2010, p. 3.

En nuestro país, el principio de conservación de la empresa como tal (y no como mera continuación de la explotación para mejor realización del activo)⁵, tiene carta de ciudadanía desde la sanción de la ley 19.951 de 1972, pues en su Exposición de motivos colocó a la “*conservación de la empresa*” como uno de sus principios inspiradores, emplazándolo en la quinta posición luego de los clásicamente concursales de universalidad patrimonial, colectividad de acreedores, paridad de tratamiento de éstos, y protección del crédito. Recordaremos que, por aquellos años, hubo resistencia de alguna doctrina concursalista, que veía en el instituto la posibilidad de que empresas sin potencialidad de ganancias o sea inviables, continuaran operando con despilfarro de recursos⁶. Es la misma duda que sigue vigente en el análisis actual de cualquier ley de concursos y que también pesa en la ponderación de esta reforma.

Abierto el debate por aquellos años, se reprochaba al sistema concursal el haber fracasado, pero esta objeción partía de la pretensión de atribuir a esta herramienta técnico-jurídica (el concurso como proceso), la carga de restablecer la aptitud económica de las empresas de los sujetos en cesación de pagos o fallidos. Quintana Ferreyra⁷ concluía que pueden sorprender tales imprecisiones si se recuerda que el origen del “principio de la conservación de la empresa” expresa la angustia de los miembros de una sociedad nacional en grave coyuntura económica que no acierta a superarla por vía original; de modo que aspira a mantener toda aquella representación de valor de que se disponga.

La situación que describe este autor se fue desarrollando cíclicamente en nuestro país, pues las crisis se repiten secuencialmente y frente a cada una de ellas vuelve a aparecer el “valor social” de la empresa y la necesidad de evitar su liquidación.

Así entonces, existe una notoria interconexión interna, porque una de las razones de mayor peso que sustentan el principio de “conservación de la empresa”, es justamente la protección de la fuente de trabajo (el valor social de la empresa). Si bien es innegable que la conservación de la empresa se asienta en varios intereses (el desarrollo de la economía, la recaudación fiscal, el interés general), se puede afirmar que la conservación del empleo y la tutela del trabajo, son sus más firmes puntales.

3. El crédito y su tutela

También es trascendente e igualmente de *interés público* (interés general), la protección del crédito.

Digo que es de interés público, porque, el crédito es el motor de la economía, y a la vez, cumplir con el crédito implica respeto por la ley y por las obligaciones con-

⁵ La continuación de la explotación como resguardo del valor de liquidación, ya estaba presente en la primera ley concursal argentina en los arts. 1573 y 1646.

⁶ Porcelli, Luis, *Conservación y continuación de la empresa*, LL, 1988-C-975, donde el autor plantea la necesidad de la viabilidad económica de la empresa para admitir su continuación. Martorell, María E. - Martorell, Ernesto, *Principio de continuación de la empresa ante la imperiosa necesidad de su revisión crítica*, LL, 1987-B-1021.

⁷ Quintana Ferreyra, Francisco - Alberti, Edgardo, *Concursos*, t. 3, Bs. As., Astrea, 1990, p. 407.

traídas, que el ordenamiento jurídico debe asegurar. Las obligaciones nacen para ser cumplidas y en caso de incumplimiento, el sistema debe proteger lo más eficiente y rápidamente su recupero, no sólo por su función económica, sino también por la función ético jurídica que deben cumplir las leyes.

Entonces como el crédito es trascendente a los fines del desarrollo de un país, la seguridad de las transacciones y la certeza jurídica no pueden soslayarse. La existencia de normas para su regulación y protección son indispensables para que un país sea atractivo a las inversiones (internas y externas); por tal razón, no debe exigirse a los acreedores un sacrificio mayor al necesario en aras de la “conservación de la empresa”.

El resquebrajamiento del crédito es muy pernicioso y si las leyes en general y las concursales en particular, no propenden a su protección por medios eficaces y equilibrados, éste no se desarrolla, se limita, se retrae y, con ello, se entorpece el crecimiento de un país; *es el desaliento a la inversión*. La Corte Suprema se ha expedido en fecha reciente en dos conocidos fallos, destacando la necesidad de que los procesos concursales preserven los derechos creditorios. Esto, de algún modo, ha venido a “rescatar” al crédito al que se estaba sometiendo a fuertes presiones y descuido, desde el altar de la conservación de la empresa y de la emergencia económica, situación que fue capitalizada por los deudores concursados que de este modo se vieron favorecidos⁸.

Así como la crisis arrojó a las empresas al vacío con fuertes pérdidas para los empresarios, las modificaciones a la ley concursal que buscaron protegerla, exaltaron o favorecieron al deudor y posibilitaron el debilitamiento del interés del crédito; digamos que se rompió el equilibrio a favor del deudor, obligando a la jurisdicción a salir en busca de su recomposición.

Es sabido que la aplicación de ley concursal implica el traslado de las pérdidas del deudor (solidaridad en las pérdidas) a los acreedores, pero no es menos cierto que la ley concursal igualmente debe procurar que los acreedores, a través del proceso, recuperen lo máximo que sea posible (teoría del máximo esfuerzo) y en el menor tiempo, de todo lo cual dijo claro y fuerte la Corte en los fallos aludidos y de lo que es un exponente emblemático el caso “Editorial Perfil”⁹. El máximo esfuerzo no es un número que debe tarifarse, sino la real posibilidad que existe de pago a los acreedores, permitiendo que la empresa permanezca y así se visualiza en el derecho comparado en las leyes de empresas con procesos de perfil conservativos-reorganizativos.

Las normas concursales que olvidan la tutela del crédito, exaltando tan sólo la conservación de la empresa, incurren en un error de análisis. O sea, los países que no hacen gala de una justa y adecuada regulación normativa para la protección de los acreedores, serán países que sufrirán una postergación en su crecimiento por el desaliento a las inversiones (internas y externas). Las corrientes de inversión se

⁸ CSJN, 15/3/07, “Arcángel Maggio”, LL, 2007-C-38 y CNCom, Sala B, 21/12/06, “Comercial del Plata”, RCyS, 2007-853, de pública difusión y debate por la doctrina especializada.

⁹ Raspall, Miguel A., *Abuso en los acuerdos concursales: Las aguas bajan más claras*, “Revista de Sociedades y Concursos”, n° 48. CSJN, 15/3/07, “Arcángel Maggio”, LL, 2007-C-38. CNCom, Sala D, 19/9/07, “Editorial Perfil SA s/concurso preventivo”, LL, 2007-F-338 con nota de Francisco Junyent Bas.

orientan hacia otros países que tienen mayor estabilidad en sus normas y otorgan seguridad jurídica, situación ésta que se revela claramente en las estadísticas comparativas de los últimos años en los países latinoamericanos, donde los flujos de fondos externos han decrecido proporcionalmente en nuestro país y se han incrementado en otros países de nuestro continente (Chile, Uruguay, Brasil, Perú) como se informa en los editoriales económicos.

Por otra parte, no debe desatenderse que las empresas están en las dos puntas del conflicto; por un lado necesitan de tutela para su conservación (empresa deudora) y por el otro, éstas son también acreedoras y la ruptura del equilibrio en el recupero del crédito, también pone en riesgo a las mismas empresas que deben cobrarlos para poder sostenerse (la economía y el famoso “efecto dominó” o efecto de traslado).

4. El interés del empresario (deudor)

Por último, una breve referencia al interés del empresario (titular de la empresa), habitualmente individualizado como “el deudor”.

Al respecto, la ley debe darle adecuadas posibilidades de que pueda revertir su proceso, salir del estado de insolvencia y continuar con la actividad de la empresa. Por ejemplo, la ley 25.589 equilibró el *campo de juego*, al permitirle al deudor que ha fracasado en conseguir el acuerdo, la posibilidad de participar en la segunda vuelta (art. 48, *cramdown*) en igualdad de condiciones con los demás interesados. El nuevo régimen del APE es también favorecedor de las posibilidades del empresario deudor.

La ley le debe dar un “campo de juego parejo” según dice Dobson¹⁰, generando un proceso con las alternativas adecuadas para el desarrollo de la negociación y en el mantenimiento de la administración en tanto y cuanto sea merecedor de seguir gestionando el patrimonio que es el respaldo de los créditos.

5. La crisis de los procesos liquidativos y la exaltación de los procesos reorganizativos

El principio de la conservación de la empresa, que muestra el cambio de los paradigmas concursales de mediados del siglo XX, puso en crisis a los procesos liquidativos como institutos *eficientes* para los fines buscados. Esta visión de los concursos liquidativos en caso de empresas, se fue consolidando hasta lograr el consenso de ser considerado como un “instituto desvalioso” en todo orden, primero, porque no satisface adecuadamente el interés de los acreedores, sobre todo de los quirografarios quienes rara vez logran cobrar algo en un proceso de quiebra (el rédito de la quiebra para los quirografarios es cero o cercano a cero)¹¹ y además, porque

¹⁰ Dobson, Juan M., Conferencia, VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Rosario, sep. 2006, t. IV, p. 141.

¹¹ Dobson, Juan M., *Un campo de juego parejo para los participantes en los procedimientos de insolvencia: la experiencia latinoamericana*, conferencia inaugural, VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, Rosario, sep. 2006, t. IV; conferencias y trabajos en comisiones, p. 143. “Lo que indica, que si bien los acreedores privilegiados pueden recuperar parte de sus créditos en el proceso liquida-

implica la destrucción de la empresa, el cese de la actividad, la pérdida de las fuentes de trabajo y la venta de sus bienes con la consecuente pérdida del valor económico social que ella representa.

Así aparece en el siglo XX, la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, como una alternativa para maximizar el valor de liquidación, pero analizado no con la visión actual (conservación de la empresa) sino como un modo o camino liquidativo más eficiente para el recupero de los créditos, o sea, una visión privatista de la liquidación.

Desde la perspectiva actual, los procesos liquidativos se consideran como la *última ratio* de un sistema concursal, o sea, la opción a la cual se debe recurrir cuando realmente la empresa no es salvable a través de los otros procesos negociados reorganizativos¹²; en definitiva, cuando ya no queda otra solución que la venta de sus bienes para efectuar la distribución entre los acreedores, respetando los privilegios.

Conforme a ello, las leyes concursales actuales, teniendo en claro que la quiebra es un instituto “terminal”, recurren a los institutos reorganizativos, donde se procura alcanzar una solución negociada entre el deudor y los acreedores, mediante un proceso que procure rehabilitar la empresa afectada, transformándola en una empresa sustentable.

Entonces, el paradigma actual del moderno derecho concursal eficiente, es la conservación de la empresa viable.

Esta nueva visión, definitivamente instalada en el derecho concursal comparado del siglo XXI, establece que, para lograr una aplicación adecuada del principio de conservación de la empresa, es necesario aceptar previamente que sólo deben conservarse las empresas que pueden ser rehabilitadas, eso quiere decir, las que, luego de un procedimiento concursal reestructurativo, alcancen razonablemente el estado de equilibrio económico-financiero y se transformen en empresas auto-sustentadas (rentables).

tivo, los restantes no tiene casi expectativas de recuperar nada. Informes recientes de 18 países latinoamericanos determinan que el rédito que obtienen los acreedores comunes en las liquidaciones por insolvencia es, en el mejor de los casos, muy próximo a cero, y en la mayoría de los casos, cero. De allí se pueden derivar dos consecuencias; la primera es que el énfasis debe ser puesto en los procedimientos de reorganización ya que la liquidación ha fenecido como procedimiento de equidad...si el régimen de participación de los acreedores quirografarios en las liquidaciones por quiebra es cero, entonces la quiebra resulta un procedimiento estéril para los quirografarios, cuya única esperanza de cobro reside en un procedimiento de reorganización, ello al margen de las consideraciones sobre la continuidad de la empresa y el deber de los partícipes del mercado de mantener las unidades de producción”.

¹² Los concursos liquidativos son aquellos en los cuales se produce la realización de los bienes del deudor, para afectar al pago de las acreencias. En materia de quiebra de empresas, estos procesos implicarían su disolución y/o o el desmembramiento de la misma, el cese de su actividad y la venta de los bienes de producción. En la visión actual y de la mano del principio de conservación de la empresa, este aspecto considerado como destructivo de “valor” está siendo revisado y múltiples leyes concursales vienen incorporando modificaciones y nuevas ideas para maximizar el valor de las empresas y evitar esta pérdida. En nuestro proceso liquidativo, es la continuación de la explotación del instituto que permite alentar alguna expectativa de que la empresa pueda evitar ser desguazada y en su caso, intentar la realización en actividad y como una unidad. Amerita decirse en esta oportunidad, que los procesos liquidativos de empresas (quiebra) no son bien vistos ni tienen “buena prensa” desde hace mucho, pero en los últimos 20 años son considerados directamente como desvaliosos (destructores de valor) y por lo tanto, como la última alternativa a la cual deba recurrirse.

Esta misma afirmación también muestra que –*a contrario sensu*– debe aceptarse que las empresas inviables, deben ser liquidadas en la forma más ordenada y eficiente que sea posible.

Si así no fuera, mantener empresas operando deficitariamente, implica trasladar las pérdidas a otros. Esta afirmación responde a una regla económica incuestionable: *los resultados económicos siempre se trasladan o transfieren*. Si el que pierde no puede atender su pérdida, ésta se traslada a un tercero (acreedores, proveedores, otras empresas, el Estado) produciéndose un círculo de influencia negativo a los extremos, y en determinados casos, el efecto contagio arrastra pérdidas intolerables a otros sujetos, o que, como resultado de una definición política, *los pagamos todos los ciudadanos*.

Si una empresa por sus características o si las empresas frente a una coyuntura puntual, son de interés del Estado y su conservación debe priorizarse, las pérdidas que genere, no deben ser soportadas por los *acreedores del concurso*, sino por el Estado, o sea, la sociedad toda.

Estamos esclarecidos de que el mejor camino a transitar frente a la crisis de una empresa, es para todos, el desarrollo de los procesos “no liquidativos”, pero dentro de los límites antes establecidos. Frente a este camino aparece nuevamente el debate filosófico sobre perfil privatista o publicista¹³ de las normas concursales y el necesario equilibrio.

La definición de la actual ley concursal con la reforma de la ley 26.684, muestra que la conservación de la empresa y su permanencia en el mercado es prácticamente *un valor absoluto* para el legislador y, que más allá de que en algunos artículos se expide sobre el concepto de *empresa viable*, será muy difícil en la práctica que el juez pueda disponer el cierre de una empresa inviable que sigue operando a pérdida, teniendo a la vista que el Estado acepta (tolera) las vías “de hecho” como modo de expresión de disconformismo, reclamo o protesta. En estos términos y si esto se produce, sufrirá el crédito.

La conservación de la empresa no produciría un desajuste en el equilibrio de los intereses, si no se impidiera la venta de la empresa en funcionamiento en tiempo normal o en su caso, si el Estado está dispuesto a asumir el créditos que los acreedores tengan derecho a cobrar, por magro que sea, pues en ese caso, el costo de la decisión política lo pagamos todos y no sólo los acreedores comprometidos; así no se lesiona el crédito.

¹³ El “*privatismo*” como concepto referido a los procesos concursales, implica asumir que el conflicto de la insolvencia interesa sólo a las partes vinculadas –acreedores y deudor– y que la solución debe encontrarse tomando en consideración sus intereses en la cual el Estado a través de sus propios órganos no intervendrá sino sólo como controlador formal del desarrollo del proceso. Esta visión, exalta la recuperación de los créditos como máxima eficiencia a obtenerse del proceso colectivo. El “*publicismo*” como concepto referido a los procesos concursales, implica asumir que el conflicto de la insolvencia excede los intereses privados, para afectar al interés general, de allí la necesaria presencia e intervención del Estado para tutelarlos. En este caso, el publicismo muestra una modificación del rol de los órganos del Estado dentro del proceso, que pasan de cumplir una función formal de control, a tener participación activa y protagonismo dentro de los mismos y se transforman en verdaderos directores del proceso y del cuidado de la funcionalidad del mismo conforme a la finalidad pretendida por el legislador.

De cualquier modo y en rescate de la función judicial, ya hemos visto que los jueces modificaron y pusieron límites a diversos abusos que se generaban en los procesos, por lo que debería poder esperarse que si la regulación vuelve a producir groseras o importantes inequidades, la jurisdicción reaccione y corrija nuevamente, descontado por cierto, que las medidas correctivas jurisprudenciales evolucionan lentamente –demoran– y que, mientras tanto, algunos no llegan a tiempo para alcanzar sus beneficios.

6. Breve referencia al “equilibrio de los intereses”

La conservación de la empresa “saneada y viable” y el recupero por parte de los acreedores de sus créditos en los límites posibles, es la máxima “eficiencia” que puede esperarse sea atribuida desde un proceso concursal reorganizativo.

La conservación de la empresa, si bien ha terminado transformándose en uno de los principios del derecho concursal, no debe ser tomada como uno “*valor absoluto o como un fin en sí mismo*” y ajeno a la consideración de los demás intereses que convergen en los conflictos de insolvencia de empresas.

Ahora bien, como hemos visto anteriormente, la mejor posibilidad que tienen los acreedores quirografarios de cobrar sus acreencias, se encuentra en los procesos *no liquidativos*; conforme a esta verdad, podemos afirmar que no debe existir necesariamente “agudo” conflicto de intereses entre conservación de la empresa y la protección del crédito. Dice Dasso¹⁴, en pensamiento que comparto, que “el salvataje de la empresa desplaza, a partir de la mitad del siglo que pasó, al *interés de los acreedores*” y sin que éste hubiera desaparecido, “*pues en una última instancia la subsistencia de la empresa abastece ese interés*”. O sea y en principio, no debería haber marcada antítesis ni real confrontación entre el interés de los acreedores y la conservación de la empresa, pues si la empresa sobrevive, seguramente dará mejor respuesta de pago a los derechos de los acreedores quirografarios, que su liquidación.

La respuesta concursal no sería positiva para los acreedores, si la continuación lo es de una empresa inviable, que sigue operando a pérdida y sin posibilidades de recuperación, pues éstos verán agotada cualquier expectativa que pudieran tener de cobrar y entonces, el concurso sería “ineficiente” pues hemos permitido que el proceso empeore la situación y con ello, tiempo y esfuerzos realizados para obtener un resultado desvalioso. Si la empresa es inviable, cuanto más tiempo pase, menos cobrarán los acreedores pues se profundiza el desequilibrio entre activo y pasivo y más se habrá demorado en reinsertar los bienes de producción en el mercado.

A nuestro derecho le hace falta “incorporar” ambos postulados –“viabilidad y máximo esfuerzo”– siendo recurrente la presencia de concursos de empresas que se abren o continúan sin que exista un sinceramiento de su verdadera posibilidad, el que sólo opera para postergar la quiebra, quizá, sólo en beneficio del empresario.

Por lo que, no es correcto anteponer la conservación de la empresa como paradigma único y último dentro de las crisis empresarias, porque en tal caso, en el altar de la preservación de las empresas se inmola al crédito, postergando o mino-

¹⁴ Dasso, *Derecho concursal comparado*.

rando la posibilidad de cobro de los acreedores aun cuando más no sea una parte de los créditos comprometidos.

Algunas de las últimas leyes de concursos de finales del siglo XX y sobre todo de comienzos del siglo XXI han puesto mucho énfasis en dar prioridad a la protección del crédito (interés de los acreedores) tales como Alemania, España, Portugal, Perú y Uruguay, entre otros. Si bien todas ellas contemplan los concursos reorganizativos, la decisión sobre la suerte y el destino de la empresa, está más en manos de los acreedores que del Estado, o sea, serían leyes de corte privatista, pero que admiten el desarrollo pleno de los procesos reorganizativos, pero más rigurosos.

Otras leyes como la francesa, la colombiana, la ecuatoriana o boliviana, ponen mayor énfasis en la conservación de la empresa, facilitando su recuperación con decisión, pero no por ello debe descuidarse al crédito.

El debate sobre dónde debe ponerse la prioridad en una ley de concursos, si en el interés privado (crédito) o si en el interés general (conservación de la empresa) no está cerrado ni mucho menos (nuestro país es un claro exponente).

Debe destacarse, que para analizar la filosofía de la ley y el eje sobre la cual se apoya, es necesario tomar en cuenta la situación económico-social por la que atraviesa el país que la dicta. Seguramente que en momentos de crisis económica generalizada de un país, la tutela de la empresa se priorizará, minorando la defensa del interés de los acreedores y viceversa, si el país está pasando por un buen momento económico, la visión se centrará sobre la tutela de los intereses privados (tal la ley española de 2003 y uruguaya de 2008).

Los conceptos énfasis o prioridad de alguno de los intereses, no debe implicar descuido o abandono, de los otros.

En mi criterio, siendo ambos aspectos merecedores de tutela (la empresa y el crédito) la eficiencia de una ley concursal pasa por lograr un adecuado equilibrio entre ambos, sin desproteger los derechos del deudor.

7. Participación de los trabajadores en los procesos concursales del derecho comparado

Nuestro derecho concursal –históricamente– no ha regulado la participación de los trabajadores en los procesos, ni preventivo, ni liquidativo. Las leyes concursales le fueron dando protagonismo en forma progresiva, pero a través de tutelar sus derechos de crédito (privilegios de cobro y preferencias temporales). La tutela también ha llegado a través de la materialización del principio de la conservación de la empresa, o sea, por vía indirecta, pero sin su injerencia en el trámite concursal.

La reforma producida por la ley 26.684, introduce la participación de los trabajadores en los procesos concursales, continuando con una línea de pensamiento que tiene su punto de origen en el año 2002 (la crisis del 2001) y que ha seguido evolucionando hasta llegar a esta reforma con “amplio consenso político”.

Sobre los aspectos vinculados con la tutela del trabajo, continuación de la explotación y ahora de la participación regulada de los trabajadores en los procesos concursales, nuestro país es pionero dentro del derecho latinoamericano. Quizá la

sensibilización sobre “aspecto social” del fenómeno que es la empresa, se haya producido como una consecuencia obligada de las repetidas crisis a las cuales nuestro país ha estado sometido, que fueron desplazando una gran cantidad de personas de sus puestos de trabajo con un marcado crecimiento del desempleo, generándose empobrecimiento, descenso de las clases sociales y marginalidad creciente y visible.

La ley 26.684 refleja la cristalización de la *sensibilización social*, trasladada al ámbito de la ley concursal por voluntad del legislador.

Creo que interesará al lector saber que en muchas normas concursales del derecho comparado, está contemplada la participación de los trabajadores en los procesos tanto reorganizativos como liquidativos. Anticipamos que son los países centrales de Europa quienes más han receptado y habilitado la participación de los trabajadores en los concursos e inversamente, pocos países latinoamericanos han previsto estos roles, y los que se van incorporando lo están haciendo en sus nuevas leyes nacidas con posterioridad al año 2000. Seguramente esto no es una coincidencia, sino que debe estar directamente relacionado con el hecho que esos mismos países practican (no sólo tienen legislado) la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas en forma habitual (comités de empresas).

Veamos algunos ejemplos que nos irán dando marco para el análisis de la ley de reforma y el régimen de participación de acreedores laborales en nuestro ordenamiento concursal.

Alemania. En el derecho alemán existe un sistema de seguro social que se paga a los empleados en los casos de insolvencia o sobreendeudamiento de empresas, que representa tres sueldos. Cuando sus créditos vayan más allá de lo que la Agencia Federal del Trabajo le haya pagado, estos se transforman en acreedores concursales y participan en el proceso (ordenanza de fomento del trabajo).

En el sistema laboral alemán existe la ordenanza de comité de empresa que es la ley que regula la participación que tienen los empleados en las empresas, por medio de la formación de “*comités de empresas*” –empresas *in bonis*–. Este comité, ante diversas alternativas del proceso concursal, es obligatoriamente consultado por el juez concursal y aunque sus opiniones se tienen en cuenta, no son vinculantes para el juez.

La ley de insolvencia¹⁵ cuenta entonces, con la participación de los acreedores a través de dos cuerpos consultivos: la comisión de acreedores (como nuestro comité de acreedores) que es de conformación de la ley concursal y el comité de empresa, que es de conformación laboral.

Comisión de acreedores. Según el art. 67, está integrada por acreedores con garantía real, acreedores de la insolvencia con créditos altos y los pequeños acreedores, pero además, debe pertenecer a la comisión un representante de los trabajadores cuando éstos intervengan como acreedores de la insolvencia con créditos no irrelevantes, o sea, cuando superen los márgenes que paga la Agencia Federal del Trabajo y sean acreedores concursales. Ello nos muestra que se requiere que los trabajadores deben ser “*acreedores laborales*” y con créditos de consideración para integrar la comisión de acreedores.

¹⁵ *Insolvenzordnung* (InsO) de octubre de 1994, entrada en vigencia el 1° de enero de 1999.

La comisión auxilia y vigila al administrador de la insolvencia. Deben ponerse al corriente de todo el negocio, así como tomar conocimiento de libros y documentos comerciales y hacer examen de las operaciones y disponibilidades monetarias (art. 69).

Comité de empresa. Tiene intervención o participación en toda la vida de la empresa. En los casos de procedimiento de insolvencia, el comité de empresa (comité de trabajadores) puede pedir la mediación previa del director de la Delegación Regional del Trabajo, o sea, buscar una salida no concursal previa, lo que habla acerca de las pautas de prevención y anticipación a la insolvencia.

Este comité es consultado en diversas etapas del proceso concursal, tal como lo relativo a la resolución sobre el acuerdo de empresa, la reconversión de la empresa, y también interviene en lo relativo a la protección del despido y el cese de la actividad empresarial¹⁶ (arts. 120 a 123, 125, 128, 156 II, 218, 222 y 235, entre otros). Estos comités que operan en toda empresa durante su desarrollo normal, como es lógico, tienen luego presencia en los procesos concursales; no es más que una continuidad en su funcionamiento y con similares fines.

¹⁶ Veamos resumidamente algunos roles del comité de empresas. Cuando se trata un acuerdo de empresa o la reconversión de la empresa y de las previsiones de estas situaciones resultara que se puede afectar a la masa de la insolvencia, tal el caso de una reducción pactada de créditos en la cual los acreedores laborales están incluidos, se le da intervención al comité de empresa. En estos casos el juez procura que se alcance un acuerdo entre el administrador de la insolvencia (síndico) y el comité de empresa. Si es una propuesta de reconversión de la empresa y no hay acuerdo entre el administrador de la insolvencia y el comité de empresa, se puede solicitar al juzgado en lo social una autorización para que la reconversión de la empresa sea ejecutada sin que anteceda el procedimiento de la ordenanza de comité de empresas.

Si se trata de reconversión de una empresa, el juzgado concederá la autorización para llevarla adelante, aun sin el procedimiento previo previsto en el art. 112 de la ordenanza de comité de empresas, cuando su situación económica, considerados también los intereses colectivos de los trabajadores, exige que la reconversión sea ejecutada.

Protección del despido. Existe una regulación propia para la protección contra el despido, que se refleja en la ley de insolvencia (art. 123). Opera cuando en un plan de reestructuración adoptado con posterioridad a la apertura del procedimiento puede preverse, con el fin de equilibrar o atenuar los perjuicios económicos que nacen para los trabajadores por efecto de la reestructuración afectados por el despido (art. 10, pto. III, ordenanza de protección contra el despido).

Art. 125. Regulación de los intereses y protección contra el despido. Debe haber acuerdo entre el administrador de la insolvencia y el comité de empresa sobre los despidos.

Art. 128. Enajenación de la empresa y la causal del despido por el traspaso.

Respecto del plan de insolvencia. Éste es formulado por el administrador de la insolvencia (art. 156, II) y allí él informa sobre la posibilidad de mantener en todo o en parte la empresa y las posibilidades para desarrollar un plan de insolvencia y las repercusiones que acarrearía, para la satisfacción de los acreedores. De este plan se debe dar vista a la comisión de acreedores y al comité de empresa para que opinen al respecto.

Elaboración del plan de la insolvencia. Para la elaboración del plan deben cooperar consultivamente con el administrador, la comisión de acreedores, el comité de empresa, y el portavoz de la comisión de empleados directivos del deudor (art. 218). Cuando se realice formación de grupos (categorización) los trabajadores deben constituir un grupo cuando intervengan con créditos no irrelevantes (art. 222).

Luego el plan de insolvencia es discutido y para ello son convocados la comisión de acreedores, los comités de empresa y la comisión de directivos de empresa (art. 235).

Cese de la actividad empresarial (art. 158). Si el administrador decidiera parar la empresa, debe pedir autorización a la comisión de acreedores y lo mismo debe hacer para poder realizar bienes importantes del activo.

No obstante lo explicado, expresa Paulus que los créditos de los trabajadores resultantes de trabajo presentado antes de la apertura del proceso, en la nueva ley de insolvencia, han perdido los privilegios y ello en razón de que la norma de insolvencia trata rigurosamente el régimen igualitario de todos los acreedores sin garantías reales¹⁷. También amplía explicando que la ley de insolvencia reduce el espectro de posibles defensas de los trabajadores frente al despido que resultan de la ley de protección del despido y establece un procedimiento abreviado que se realiza frente al tribunal concursal para establecer si los despidos son o no procedentes, dentro de un proceso de reconversión como vimos anteriormente. Pero en todos los casos, siempre tiene participación el comité de empresa. El autor refiere a que a través de los procedimientos previstos en la ley de insolvencia, mediante el rol que juegan el comité de empresa y la comisión de acreedores, la participación de los trabajadores está garantizada.

España. La ley concursal española¹⁸ no tiene prevista una participación especial de los trabajadores en el desarrollo del proceso concursal, tales como intervenir en comités de control o de gestión o en la elaboración del plan de salvataje.

Sí tiene previsiones que se vinculan con alteraciones importantes en el régimen de las relaciones laborales, tales como modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo resultantes de sus convenciones colectivas, de las suspensiones o despidos, las que se resuelven ante el juez del concurso y no ante la jurisdicción en lo social (jueces del trabajo –art. 64–).

En caso de que el contenido de la propuesta de convenio incluyera la enajenación de todo o parte de la empresa, la proposición contendrá necesariamente, la asunción de la continuidad de la actividad empresarial. En estos casos deberán ser oídos los representantes de los trabajadores.

Francia. El derecho concursal francés es el que, sin duda, tiene una mayor regulación sobre la participación de los trabajadores no sólo en los procesos concursales, sino en la etapa de preinsolvencia que se desarrolla por medio del procedimiento de alerta establecido en el Cap. IV del Código de Comercio, o sea, fuera de la ley

¹⁷ Paulus, Cristoph G., *El rol de los acreedores en la nueva ley de insolvencia de alemana con particular énfasis en los empleados*, VI Congreso Argentino de Derecho Concursal, Rosario, sep. 2006, conferencia inaugural, libro de conferencias, t. IV, p.121.

¹⁸ Ley concursal española 22/03 con modificación producida en la crisis global por el decreto legislativo 2/2009. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa podrán solicitar al juez del concurso modificación sustancial de las condiciones de trabajo o suspensión o extinción colectiva. Estas medidas sólo podrán solicitarse una vez emitido el informe por el administrador concursal, salvo que la demora pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Se debe exponer y justificar las causas y motivaciones del pedido y cómo se asegura la viabilidad y se protege el empleo con ellas. Recibida la solicitud, el juez convoca a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas. Si afecta a empresas de más de 50 empleados debe acompañarse un plan que contemple la incidencia de las medidas propuestas. Durante el período de consultas los trabajadores y la administración concursal deben negociar de buena fe. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comisión de empresa, de los delegados del personal y de las representaciones sindicales si las hubiere. El juez recabará informe a la autoridad laboral.

Art. 65. Contempla la extinción de los contratos con el personal de alta dirección.

Art. 66. Modificaciones de condiciones especiales previstas en los convenios colectivos. Sólo serán admisibles aquellas que sean permitidas por la legislación laboral y en todo caso requerirá acuerdo de los representantes legales de los trabajadores.

de salvaguarda de las empresas en dificultades que está incorporado en el Código de Comercio en los arts. L.610 en adelante¹⁹. El sistema concursal francés es uno

¹⁹ *Procedimiento de alerta*. Código de Comercio, Cap. IV, art. L.234.1. El auditor de cuentas está obligado a denunciar al presidente del consejo de administración o del directorio, los hechos que advierta pongan en peligro la continuidad de la explotación. Los acuerdos que se tomen por el consejo de administración o el consejo de supervisión serán comunicados al presidente del Tribunal de Comercio y al comité de empresa o en su defecto a los delegados del personal. En caso que las medidas no reviertan la situación y la continuación de la explotación siguiera en peligro, convocará a Junta General en la cual el auditor presentará un informe que también será elevado al Tribunal de Comercio y al comité de empresa o a los delegados del personal. Si tras la reunión el auditor de cuentas comprobare que los acuerdos tomados no permiten asegurar la continuidad de la explotación, informará al Tribunal de Comercio.

L.234.3. El comité de empresas o los delegados del personal ejercerán en las sociedades mercantiles las atribuciones previstas en los arts. 422.4 y 432.5 del Código del Trabajo. Podrán pedir explicaciones y los informes dirigidos al consejo de administración y requerirán respuestas.

Procedimiento de salvaguarda de empresa en dificultades. Código de Comercio, Libro VI. Dificultades de las empresas.

1) Procedimiento de conciliación (art. L.611). L.611.9. El Tribunal resolverá sobre la homologación de un acuerdo de conciliación tras haber oído o citado a puertas cerradas al deudor, a los acreedores, a los representantes del comité de empresa o delegados del personal, al conciliador y al Ministerio Público.

2) Procedimiento de salvaguarda (L.620). Procedimiento dirigido a facilitar la reorganización empresarial y permitir la continuación de la actividad de la empresa, sin estar en insolvencia.

L.621.1. Para abrir el procedimiento el Tribunal oír a puertas cerradas al deudor, al representante del comité de acreedores o delegados del personal.

L.621.4. En la resolución de apertura se solicitará al comité de empresa que designe un representante de los trabajadores para que ejerzan las funciones que se prevén en el título.

622.10. Se puede ordenar el cese parcial de actividades a pedido del deudor. O convertir el saneamiento en saneamiento judicial a pedido del deudor, del mandatario judicial o del Ministerio público o de oficio. El mandatario resolverá tras escuchar en debida forma al deudor, al administrador, al mandatario judicial, a los interventores, y a los representantes del comité de empresa o delegados del personal y haber recabado dictamen del Ministerio Público.

623.1. Elaboración del balance económico-social.

625.2. La verificación de créditos va por informes que realiza el mandatario judicial y que es sometido al representante de los trabajadores. Y éste puede pedir informaciones adicionales bajo confidencialidad.

625.8. Privilegios de los créditos laborales.

626. Elaboración del proyecto de plan. El plan puede prever la suspensión o detención o cese de actividades de una o más plantas. Las perspectivas de saneamiento y las condiciones del ejercicio de las actividades, situación de mercado, medios financieros disponibles, etcétera. Si prevé despidos por motivos económicos, definirá las acciones para la recolocación de los empleados y las indemnizaciones de quienes pierdan los puestos. Las propuestas de pago son comunicadas al comité de empresa o a los delegados. Las medidas que se piensan proponer como para todo el plan son consultadas al comité de empresa y delegados.

3) Procedimiento de saneamiento judicial. L.631. 631.6. El comité de empresas o los delegados podrán comunicar al presidente del Tribunal o al Ministerio público cualquier hecho que revele el estado de insolvencia. Para cese de actividad total o parcial debe convocar y escuchar al comité de empresa o delegados del personal.

631.17. Despidos. Pueden realizarse previa consulta al comité de empresas o delegados. Estos fundados en causas económicas deben ser situación urgente, inevitable e indispensable.

631.19. El plan es elaborado por el deudor con el administrador y se presenta a los comités de acreedores. Si el plan contempla despidos por motivos económicos, consulta a comité empresa.

4) Liquidación judicial (art. 641). Se designa un representante de los trabajadores para controlar.

642. Cesión de la empresa. La cesión de la empresa tendrá por finalidad el mantenimiento de actividades susceptibles de explotación autónoma y el mantenimiento de la totalidad o partes de los empleos. Interviene activamente en lo relativo a la cesión de la empresa, los representantes laborales, con información, consulta y opinión.

de los más complicados y, a la vez, de los más completos en lo que respecta a la tutela de la empresa. Tiene cuatro institutos que van desde la prevención a la liquidación: 1) de la prevención y arreglo amistoso (conciliación); 2) de la salvaguarda; 3) del saneamiento judicial, y 4) de la liquidación judicial.

En todos los procedimientos previstos por el sistema concursal, la ley toma muy en cuenta la participación de los trabajadores y del personal de dirección de la empresa, los que tienen roles de consulta y decisión de mucha relevancia.

Al igual que el régimen alemán, son los comités de empresa o los delegados del personal los que participan de la representación de los trabajadores y lo hacen integrando los órganos que la ley ha dispuesto a esos fines. Son escuchados, emiten opiniones y participan en las negociaciones y en el plan de salvataje o de liquidación, cese o transferencia del establecimiento.

Estados Unidos de América. Tampoco tiene un régimen concursal que organice especialmente la participación de los trabajadores asignándoles roles específicos, si bien en sistema de equidad y no discriminación (trato justo) podrá sin duda permitir al juez un razonable equilibrio en su tratamiento, pero de cualquier modo, no actúan con roles organizados desde la misma normativa²⁰.

En el Cap. XI, Reorganización de pasivos, Secc. 1113. Rechazo de convenio colectivo de trabajo. En esta sección, la ley de bancarrotas regula la posibilidad de modificar el convenio colectivo de la actividad, a propuesta del deudor o del síndico. Deberán presentarse las causas fundadas que motivan el pedido, deberá formular la propuesta al representante autorizado de los trabajadores cubiertos por dicho convenio, basada en la información más completa y confiable y que contemple las necesarias modificaciones en beneficio y protección de los empleados que resulten necesarias para permitir la reestructuración de los pasivos del deudor y que tomen recaudos para que todos los acreedores, el deudor y todas las partes afectadas sean tratadas justa y equitativamente. Se negociará de buena fe y se procurará alcanzar un acuerdo satisfactorio. Interviene el síndico. El juez puede imponerlo si lo considera justo y equitativo y el representante de los empleados se ha negado a aceptarlo sin justa causa. Mientras el convenio se mantenga vigente, el síndico podrá proponer que se implementen cambios provisorios en las condiciones del contrato de trabajo y el juez podrá autorizarlas. El síndico no puede realizar los cambios en el convenio colectivo por sí mismo y sin agotar la tramitación que prevé la sección.

Brasil. La ley de Brasil de 2005²¹, tiene incorporadas algunas de las regulaciones que nuestro ordenamiento introdujo por medio de la ley 25.589 y, siendo posterior ésta, también un paso más adelante, permitiendo la compensación de créditos laborales en la adquisición de la empresa.

La petición de apertura de un proceso de recuperación judicial, requiere la relación integral de los empleados, donde constan sus respectivas funciones, salarios, indemnizaciones y otras retribuciones a las que tuvieron derecho, con el correspondiente mes de competencia y la discriminación de los valores pendientes de pago (art. 51), similar a nuestro actual art. 11 de la ley 26.684.

²⁰ Código de Quiebras de los Estados Unidos (*Bankruptcy Code*).

²¹ Ley 11.101 de recuperación judicial y extrajudicial del empresario y de la sociedad empresaria.

Las previsiones de la ley brasilera establecen que los acreedores laborales integren el comité de acreedores con un representante y dos suplentes²². El comité se integra con tres clases de acreedores que son laborales, garantías reales y privilegios especiales, y quirografarios y privilegios generales. La falta de integración de representantes de una de las clases, no perjudica la constitución del comité que igualmente podrá funcionar con los indicados por las clases que hubieran elegido representante. Este órgano concursal es de constitución voluntaria (facultativo) y se conforma a pedido de cualquier clase de acreedores en la Asamblea General y no tiene retribución a cargo del deudor. Sus atribuciones son similares a las establecidas para los comités en nuestro régimen, entre las que cuentan; fiscalizar las actividades y examinar las cuentas del administrador judicial; velar por el buen seguimiento del proceso y por el cumplimiento de la ley; denunciar al juez en caso que se detecte violación de la ley o perjuicio a los intereses de los acreedores; manifestarse en las hipótesis previstas por la ley, o sea, cuando la ley le pide que opinen. En el caso de que el proceso sea de recuperación judicial (concurso preventivo), controlar la administración de las actividades del deudor presentando un informe de situación cada treinta días; fiscalizar la ejecución del plan recuperación judicial; solicitar remoción del deudor, someter al juez los actos de enajenación del activo permanente, la constitución de gravámenes, así como los actos de endeudamiento necesarios para la continuación de la actividad durante el período que antecede a la aprobación del plan de recuperación (arts. 26 a 28). Quede claro como observación que se integra con “acreedores de créditos laborales”, o sea no con trabajadores en general, sino con trabajadores que sean acreedores.

Los acreedores laborales participan en la Asamblea General que va a tratar el plan de recuperación judicial. Los acreedores laborales que no asistan a la Asamblea son representados por los sindicatos de la actividad.

En los casos en que el convenio de recuperación se proponga el arrendamiento o la transferencia del establecimiento, los empleados pueden conformar una sociedad para actuar como interesados.

En el proceso liquidativo, los acreedores laborales también pueden intervenir conformando una sociedad para adquirir la empresa y sus créditos derivados de la legislación del trabajo podrán ser utilizados a esos fines (art. 145.2).

Esta norma se encuentra ubicada dentro de la Sección X, que trata lo relativo a la realización del activo. Esta ley brasilera, es posterior a ley 25.589 y continúa con la línea de la nuestra en el sentido de generar la posibilidad de que los empleados se organicen como sociedad y participen entre los oferentes para la compra de la empresa, pero fue un paso más adelante, al establecer la posibilidad de compensación de créditos laborales con el precio de la operación, lo que ahora recepta nuestra ley 26.684.

²² Art. 26. El comité de acreedores será constituido por deliberación de cualquiera de las clases de acreedores en asamblea general y tendrá la siguiente composición: I) un representante indicado por la clase de acreedores de créditos laborales con 2 suplentes; II) un representante por la clase de acreedores con derechos reales de garantías o privilegios especiales, con dos suplentes; III) un representante indicado por la clase de acreedores quirografarios y con privilegio general, con dos suplentes.

Uruguay. Como veremos seguidamente, el legislador uruguayo ha tomado el instituto que originariamente fuera generado en nuestra normativa del año 2002 (art. 190, LCQ) y que posteriormente fuera receptado por la ley brasilera. La ley uruguayana²³ incorpora en su redacción los debates y experiencias habidas en nuestro medio a raíz de las reformas generadas con las reformas de la ley 25.589. De allí que decía en párrafos anteriores, que nuestro régimen concursal fue quien dio el puntapié inicial en Latinoamérica; luego Brasil y posteriormente Uruguay fueron profundizando y mejorando la versión argentina.

Dice el art. 172: “Venta en bloque de la empresa. Se procederá a subastar la empresa en funcionamiento mediante proceso licitatorio en las condiciones que establezca la reglamentación que oportunamente dicte el Poder Ejecutivo sobre las siguientes bases:... b) Podrán formularse ofrecimientos por parte de la cooperativa o sociedad comercial de trabajadores de la empresa subastada que se constituya y esté integrada en forma tal que más del 50% de la propiedad correspondiera a los trabajadores que desarrollaban actividad personal en la misma en el inicio del proceso concursal y que, en caso de adoptar la forma de sociedad anónima o comandita por acciones, las acciones de los trabajadores sean nominativas no endosables. La misma podrá hacer valer en su oferta los créditos laborales a ser renunciados por sus miembros. El magistrado actuando podrá considerar, a solicitud de parte, como integrante de la oferta, la circunstancia prevista en el inc. 3° del § 2, del art. 174”.

Por su parte, el art. 174, inc. 2°, establece que en caso de que exista riesgo de que los créditos laborales comprendidos en el § 1 del art. 110 no puedan ser satisfechos en su totalidad, el juez previa vista al síndico, podrá designar depositaria de los bienes de la empresa, confiriendo facultades de uso precario de los mismos, a una cooperativa de trabajo que se constituya con la totalidad o parte del personal (art. 6°, ley 17.794, de 22 de julio de 2004). Los créditos laborales privilegiados que pudieran existir en la masa del concurso serán compensados y computados como aporte de los trabajadores a la cooperativa constituida. El juez del concurso podrá disponer que el organismo de seguridad social correspondiente vierta la suma de la indemnización por seguro de paro, a los efectos de que sea computada como aportes de los trabajadores.

8. La participación de los acreedores laborales en el “concurso preventivo”

La idea es analizar si el nuevo rol de los trabajadores y de los acreedores laborales en el concurso preventivo ha modificado el tablero concursal y alterado el equilibrio, minorando los derechos de los restantes acreedores y del deudor.

A partir de la reforma introducida por la ley 26.684, la presencia, los derechos y la participación de los trabajadores en el concurso preventivo, se manifiesta o expresa de la siguiente manera: a) denuncia, anoticiamiento e información; b) control de gestión y del proceso concursal; c) preferencias patrimoniales y temporales, y d) participación de los trabajadores en la conservación de la empresa (*cramdown*, art. 48).

²³ Ley 18.387, nov. 2008, arts. 172 y 174.

a) Denuncia, anoticiamiento e información

La reforma introduce un sistema de información sobre la conformación laboral de la empresa y a la vez de que estos tomen conocimiento del proceso lo que se consagra de la siguiente manera.

1) Denuncia de los trabajadores y de sus créditos. La ley incorpora al art. 11, el inc. 8^o²⁴ disponiendo que entre los recaudos que debe reunir el deudor en su presentación, debe informar la nómina de los empleados, con detalle de su categoría, antigüedad y última remuneración recibida y deudas que existieran. En este párrafo la ley refiere a la denuncia de los empleados, más allá de que sean o no acreedores de la empresa en dicho momento.

Esta incorporación supera la previsión del inc. 5° del mismo artículo, que obliga a denunciar todos los acreedores y en su caso debe denunciar a los acreedores laborales cuando existan. El inc. 8° va más allá, pues obliga al deudor no sólo a denunciar los créditos laborales (junto al resto de los créditos) sino también a los empleados con todos sus datos, aun cuando no sean “acreedores”. Esta denuncia que debe realizar el deudor en su presentación, permite al síndico y al juez poder cumplir con las nuevas pautas de anoticiamiento a los trabajadores que la reforma establece (art. 14, inc. 10), la integración del representante laboral en el comité de control (art. 14, inc. 13); el control de los empleados en el desarrollo del pronto pago (art. 16), el control verificadorio (art. 34, párr. último).

Esta norma no repone el viejo inc. 8° del art. 11²⁵ de la ley 19.551 (reformada por la 22.917) que impedía la apertura del concurso preventivo a quien no acreditaba estar al día con las remuneraciones y los aportes que produjo tantos debates por su rol limitativo de las posibilidades de acceder al concurso preventivo y fuertemente contrario con la conservación de la empresa, sino que sólo exige la denuncia de las relaciones laborales y de las deudas del sistema de seguridad social.

Esta obligación implica un compromiso para el concursado con relación a la situación de empleados que estén trabajando en una relación irregular.

2) Información a los trabajadores de la oportunidad en la cual se realiza la audiencia informativa (art. 14, inc. 10)²⁶. La ley exige que los trabajadores sean anoticiados de la audiencia informativa, con la vocación de que puedan asistir e informarse sobre las posibilidades del deudor de obtener las conformidades o sea, que el concurso no se frustrará o, en su caso, acceder a la posibilidad de influir en dicha audiencia sobre el acuerdo de algún modo.

²⁴ Art. 11, inc. 8°: “Acompañar nómina de empleados, con detalle de domicilio, categoría, antigüedad y última remuneración recibida. Deberá acompañarse también declaración sobre la existencia de deuda laboral y de deuda con los organismos de la seguridad social certificada por contador público”.

²⁵ Art. 11, inc. 8°, ley 19.551 (modif. ley 22.917). Acompañar la documentación que acredite el pago de las remuneraciones y el cumplimiento de las disposiciones de las leyes sociales del personal en relación de dependencia, actualizada al momento de la presentación.

²⁶ Art. 14, inc. 10: “La fijación de una audiencia informativa que se realizará con cinco días de anticipación al vencimiento del plazo de exclusividad previsto en el art. 43. Dicha audiencia deberá ser notificada a los trabajadores del deudor mediante su publicación por medios visibles en todos sus establecimientos”.

Considero que esta previsión, además, apunta a que los acreedores estén enterados con antelación suficiente de la posibilidad de que se abra el procedimiento de salvataje (art. 48) a fin de preparar su participación en él y si así no fue pensado, servirá también en ese orden.

3) El síndico debe enviar carta certificada a cada acreedor denunciado y a los miembros del comité de control en la cual les haga saber de la apertura del concurso (art. 29). Considero que para esta fecha, todavía no estará elegido el representante de los trabajadores en el comité de control, razón por la cual la notificación se hará sólo a los tres acreedores de créditos más importantes denunciados por el deudor. La elección del representante de los acreedores implica un proceso que es imposible de concluir para la oportunidad en que el síndico debe enviar las cartas del art. 29.

b) Control de gestión y del proceso concursal

La reforma contiene diversas disposiciones dirigidas a que los trabajadores o empleados participen en el control del concurso como proceso y de la evolución de los negocios de la empresa.

Hemos visto en la breve presentación del derecho comparado, que estas funciones se encuentran legisladas en otros ordenamientos, donde cada país las incorpora y desarrolla según sus propias realidades y en coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

Mi opinión es favorable respecto a la participación de los acreedores en el control de gestión de la empresa concursada y de la propuesta²⁷. Es más, el control de

²⁷ Raspall, Miguel A., *La tutela del crédito en los concursos reestructurativos de empresas y la participación de los acreedores*, en Farhi, Diana - Gebhardt, Marcelo, *Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Bs. As., La Ley, 2011. Al no constituirse los comités por carencia de interés de los acreedores, todo el sistema de apoyatura de la ley 24.522 se desarticuló y dio paso a la aparición de los “concursos *light*” prácticamente “postestativos” para el deudor, sin control de nadie, ni de la sindicatura, ni de los acreedores y menos de los jueces recargados de trabajo; en definitiva, sin exigencias para el concursado. Resultado de ello, fue la presencia de concursos de empresas que tramitaron sin posibilidades de recuperación y sólo funcionales para el deudor que conserva la administración de la misma sin reales controles, lo que le permite vivir hasta llegar a una quiebra con agotamiento del escaso activo que existía a la época de la presentación. También se desarrollaron los concursos con acuerdos verdaderamente “*predatorios*” (al decir de Richard), que terminaron en propuestas absolutamente irritas o abusivas, con largos períodos de gracias y luego prolongadísimos plazos para pagar magro porcentual del pasivo, sin intereses... Considero que la verdadera combinación de efectos que ha facilitado los concursos “*light*” y las propuestas irritas son los siguientes: comités de acreedores que no se constituyen, síndicos que no dictaminan ni controlan la gestión y ausencia de junta de acreedores que pueda deliberar sobre el contenido de la propuesta, las posibilidades reales de pago, la viabilidad de la empresa, a lo que debe sumarse la supresión del piso mínimo en la propuesta de quita (ley 25.589, emergencia económica del 2002)... Estoy convencido que el legislador de 1995 (ley 24.522) no gestó una norma inadecuada para controlar al concursado, a la propuesta y por ende al crédito y que la anulación de la junta de acreedores y del informe sindical (art. 40, inc. 6°, ley 19.551) y la modificación del rol del juez, por sí mismo, no debían producir las consecuencias que ulteriormente acaecieron, ya que la ley creaba otra modalidad de control que pudiera haber sido razonablemente eficiente (como lo es en otros países) de no ser porque los acreedores argentinos no tienen interés en intervenir y no pueden ser obligados compulsivamente a conformar los comités de acreedores; al no constituirse, se produce el descalce de la estructura del sistema y con ello, la descompensación... El legislador de 1995 creyó que ponía la mejor herramienta en las manos más idóneas y se equivocó. La historia argentina muestra el permanente desinterés de

la gestión por parte de los acreedores a través de los comités y la intervención de los acreedores en la elaboración del plan de reorganización (propuesta de acuerdo), es una forma razonable de tutelar el crédito tomado en sentido amplio. En nuestro caso, la propuesta la realiza el deudor y no intervienen ni del síndico ni los acreedores, pero los comités tienen información adecuada para evaluar si ella es o no justa y si es cumplible, hecho éste que no es menor a la hora de que los acreedores tengan que emitir opinión sobre su aceptación o rechazo. En definitiva, la participación de los acreedores hace a la transparencia del proceso concursal y también al cuidado del patrimonio del deudor y la tutela del crédito.

Considerando que los trabajadores y los acreedores laborales tienen grandes intereses en juego dentro de un proceso concursal, la “invitación a participar” en el comité de control (provisorio y definitivo) que la ley les formula, es adecuada y hará a un mejor cuidado de sus derechos.

En síntesis, creo necesaria la participación de los acreedores en los procesos concursales y como tal, la de los trabajadores en actividad y la de los acreedores laborales en el comité de acreedores, porque al tener tres integrantes del sector laboral, permite la presencia de los acreedores laborales y de los trabajadores en actividad. A pesar de que esto no está expresado de este modo, puede obtenerse sin dificultad tal solución.

A continuación veremos cómo se ha organizado el “control” por parte de los trabajadores y empleados por medio de la reforma.

1) Control verificadorio (art. 34). Faculta a los trabajadores aun cuando no tuvieran el carácter de acreedores, a realizar el control de la insinuación verificadoria en el período de observaciones (art. 34)²⁸. Si bien no los legitima a presentar impugnaciones que vayan a incorporarse al legajo y respecto de las cuales el síndico debe expedirse en el informe individual (art. 35), nadie puede dudar que esta regulación está dirigida a que los empleados de la empresa opinen e informen al síndico y al juez sobre la regularidad de las pretensiones verificadorias presentadas.

El control verificadorio de parte de todos los acreedores debe ser amplio de modo tal que se asegure una adecuada depuración de los créditos y es propio de esta etapa del proceso (hace a su esencia). Los empleados, aun cuando puedan no ser acreedores, tienen interés legítimo en las resultas de la conformación del pasivo de allí que esta ley los habilite en forma indirecta, si se quiere, a que aporten lo que conozcan sobre los créditos que se insinúan.

Mi opinión es favorable con respecto a esta visión ampliada del control multidireccional en la etapa verificadoria²⁹, justamente en razón de que los empleados, so-

los acreedores por la suerte del concurso, de allí los sucesivos cambios de roles que la evolución normativa nos muestra.

La intervención de los acreedores en el control de la gestión, de la marcha de los negocios, de la generación de la propuesta y durante la etapa de cumplimiento existe, pero no es operativa (ha caído en desuetudo) y las reformas producidas por las leyes 25.589 y 26.086 son insuficientes para cubrir los espacios dejados por la falta de conformación de los comités.

²⁸ Art. 34, párr. último. “Los trabajadores de la concursada que no tuvieren el carácter de acreedores tendrán derecho a revisar los legajos y ser informados por el síndico acerca de los créditos insinuados”.

²⁹ Raspall, Miguel A. - Médici, Rubén, *Verificación de créditos*, Rosario, Juris, 2000, p. 303.

bre todo los administrativos, conocen mucho de créditos y deudas de la empresa en la cual trabajan.

En definitiva, la ley les reconoce un interés legítimo para intervenir en el control verificadorio, pues como decía, la conformación del pasivo no es indiferente para quienes son potenciales acreedores y alcanzados por los efectos del concurso.

2) Comité de acreedores (arts. 14, inc. 13; 42, 45, 260 y 20). En las funciones de control, la principal innovación de la ley de reformas resulta del ingreso de los trabajadores como integrantes obligados al comité de acreedores, que esta ley denomina “comité de control”³⁰. El representante de los trabajadores es elegido por éstos.

Al respecto, una temprana apreciación; la intención del legislador es buena y justificada, pero la regulación es mala. La reforma no corrige las imperfecciones denunciadas por la doctrina al sistema de comités de acreedores, sólo le incorpora al esquema ya existente, la participación de los trabajadores. Se perdió la oportunidad de haber mejorado su sistema de funcionamiento, pues se mantiene la diferencia de sistemas dispuestas por los arts. 42, 45 y 260, todo esto quedó igual.

Al momento de dictar la resolución de apertura, el juez debe disponer la formación del comité provisorio de control que se integra con los tres acreedores de monto máximo denunciados por el deudor y el representante de los trabajadores. Los tres acreedores de monto máximo, el juez lo obtiene sin más de la presentación del deudor (art. 11, inc. 5°), pero respecto del representante de los trabajadores, no está resuelto como se elige, por lo cual el juez deberá instruir un procedimiento a esos fines, lo que implica que el representante de los trabajadores no podrá incorporarse de inmediato en el comité, debiendo esperar la elección por los trabajadores.

Esto provocará que el comité no pueda integrarse en forma completa, hasta que los trabajadores hayan elegido su representante. La misma dificultad se vuelve a presentar con la formación del comité de control del art. 42, donde nuevamente deben ser elegidos por los trabajadores, los nuevos que se incorporan.

En el art. 260 que explica las funciones de los comités, tampoco supera el déficit, pues vuelve sobre que son elegidos por los acreedores, sin disponerse el cómo.

³⁰ Art. 14, inc. 13. “La constitución de un comité de control, integrado por los tres acreedores quirografarios de mayor monto, denunciados por el deudor y un representantes de los trabajadores de la concursada, elegido por los trabajadores”.

Art. 42. Constitución del comité de control. “En dicha resolución el juez designará a los nuevos integrantes del comité de control, el cual quedará conformado como mínimo por un acreedor por categoría de las establecidas, debiendo integrar el mismo necesariamente el acreedor de mayor monto dentro de la categoría y por dos nuevos representantes de los trabajadores de la concursada, elegidos por los trabajadores que se incorporarán al ya electo conforme al art. 14, inc. 13. El juez podrá reducir la cantidad de representantes de los trabajadores cuando la nómina de empleados así lo justifique. A partir de ese momento cesarán las funciones de los anteriores integrantes del comité que representan a los acreedores”.

Art. 45. “El deudor deberá acompañar asimismo, como parte integrante de la propuesta, un régimen de administración y de limitaciones a actos de disposición aplicables a la etapa de cumplimiento, y la conformación de un comité de control que actuará como controlador del acuerdo, que sustituirá al constituido por el art. 42, segundo párrafo. La integración del comité deberá estar conformada por acreedores que representen la mayoría del capital, y permanecerán en su cargo los representantes de los trabajadores de la concursada”.

En definitiva, la ley no ha establecido cómo eligen los trabajadores a su o sus representantes y esto, en definitiva, deberá ser organizado por el juez. Pienso que el magistrado debería recurrir a las normas del derecho laboral colectivo, y utilizar el procedimiento previsto para elección de delegados de empresas, lo que implicaría atenerse a un procedimiento reglado y de antigua y probada utilización en el derecho laboral colectivo.

La nueva denominación de “comité de control” no puede tener sino la intencionalidad de remarcar más el rol que se pretende de este órgano auxiliar, ya que no fueron modificadas las atribuciones y funciones que se prevé para los comités de acreedores en el régimen de la ley 24.522. O sea, se trata tan solo de un cambio de nombre para remarcar la principal función y de introducir a un representante de los trabajadores, y el resto permanece sin modificaciones.

El sistema concursal argentino, desde la reforma producida por la ley 24.522, ha previsto comités de acreedores para el concurso preventivo y también para la quiebra. Para el primer caso, tiene establecido un complicado sistema de conformación sucesiva, que arranca con carácter provisorio para transformarse en definitivo y con distintas integraciones de acuerdo con la etapa del proceso en que nos encontremos.

El concurso preventivo prevé la conformación de tres distintos comités de acreedores:

a) Comité de control (art. 14, inc. 11) suprimido por error por la ley 26.086 y vuelto a reponer por la ley 26.684, actualmente bajo el nombre de comité de control, en el inc. 13. Podemos advertir el defecto de técnica legislativa, pues la ley denomina de manera distinta al mismo comité. En el art. 14, inc. 13 lo refiere como “comité de control” y en el art. 260 lo individualiza como comité provisorio de control al que se constituye en la resolución del art. 14 y lo designa directamente el juez.

b) En la resolución de categorización (art. 42) el juez designa los nuevos integrantes del comité provisorio, el cual estará conformado por uno por cada categoría y allí cesan en sus funciones los designados en la resolución del art. 14. La reforma modifica este art. 42 y dispone que además lo integren 3 representantes de los trabajadores (uno ya estaba de la resolución del art. 14 y ahora se agregan dos). Este comité tiene una vida efímera porque será sustituido por el comité de control del cumplimiento del acuerdo que se conforma con la propuesta del deudor del art. 45 de la LCQ.

c) En el art. 45 de la LCQ se exige al concursado –junto con la propuesta de acuerdo y como parte integrante de ella–, la conformación del comité de acreedores que actuará como controlador del acuerdo (sería el comité definitivo) y sustituye al comité conformado en la resolución de categorización. La reforma modifica este artículo indicando que permanecen en el cargo los representantes de los trabajadores de la concursada. En este caso no representa un problema la elección porque son los mismos.

Es prácticamente la única ley de concursos que he leído, que tiene un sistema donde los comités de acreedores van modificándose en las sucesivas etapas, que además, son muy cortas, lo que requiere quizá cambios de personas con sus consi-

guintes dificultades y todo de corta vigencia. En fin, el sistema es, quizá, muy democrático en orden a la representatividad, pero innecesariamente complicado.

Es muy factible (nada ha cambiado para que sea distinto) que los acreedores a quienes el juez invite a integrar el comité provisorio de control, no acepten y por ende quede sólo el representante de los trabajadores que pudiera tener interés en ejercer su función. De este modo, la pregunta es si igualmente funcionará el comité provisorio de control o los comités de control en caso que no acepten integrarlo los acreedores y sólo aceptara el representante de éstos. Anteriormente vimos que la ley brasilera dispone que los comités se constituyan igualmente con los acreedores que aceptan integrarlo, pero la nuestra no tiene previsión. ¿Qué pasará en tal caso? Opino que como no existe previsión que disponga que los integrantes del comité deban sesionar con quórum mínimos ni expedirse por mayorías, éste podrá funcionar aun cuando no todos acepten integrarlo y tenga una representación menor que la prevista en la ley.

Lo otro que parecería surgir del texto, pero que no está suficientemente expresado, es si los ex empleados o ex trabajadores, intervienen en la elección del representante que integra el comité. A mi juicio, el uso de la expresión representante de los “trabajadores” esta aludiendo a los que se encuentran como tales en la empresa a dicha fecha y no a los “ex trabajadores”, pues estos ya no lo son.

En síntesis, puedo decir entonces que el régimen de los comités sigue exactamente igual, con la incorporación del representante de los trabajadores. Es claro también que los “acreedores laborales” (no los trabajadores) también podían integrar el comité que se forma en la resolución del art. 42 de la LCQ, pues dispone que tenga representación uno por cada categoría. Visto que los comités –salvo contadas excepciones– no se han conformado desde 1995 a la fecha, quizá esta reforma permita que, aunque más no sea por su propio interés y en la suerte futura de la empresa, los trabajadores elijan un representante que cumpla el rol previsto para los comités en el concurso preventivo.

Como dije, no veo que la participación de los acreedores laborales en los comités provisorio y de control de cumplimiento produzca ninguna alteración en el equilibrio de los intereses concurrentes; es más, los demás acreedores pueden integrar el comité estando representados en él y cumplir los roles propios de control del deudor, de su gestión y a la vez de los otros integrantes del mismo órgano auxiliar del proceso. La ley les da entonces la posibilidad, y ejercerla o no es una facultad que tienen las diversas categorías de acreedores del concurso.

c) Preferencias patrimoniales

En este tema, “preferencias patrimoniales”, refiere a la modificación que la ley de reformas ha producido respecto de los créditos laborales. Los incrementos que estos obtienen de las nuevas previsiones de la reforma, van directamente a trasladarse sobre el deudor y su patrimonio y también tendrán influencia sobre lo que vayan a cobrar los acreedores en el proceso.

Con respecto al concurso preventivo, lo analizaremos por el orden de los artículos modificados.

1) Art. 16. Pronto pago. El régimen ha sufrido importantes modificaciones. Las veremos sintéticamente.

a) Se mantiene prácticamente inalterado lo relativo al procedimiento para alcanzar el beneficio del pronto pago y de la incorporación al pasivo. Sigue existiendo el pronto pago automático o de oficio y el pronto pago sustanciado o a instancia de acreedor laboral.

b) Se modificaron los créditos laborales que quedan incluidos dentro del beneficio del pronto pago. Se incorporó el art. 212 de la LCT, la del art. 52 de la ley 23.551 y las previstas en los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales. Se eliminan las indemnizaciones de los arts. 6 a 11 de la ley 25.013. Siempre he considerado que la extensión de los rubros incluidos conspira contra la eficacia del instituto, visión esta sobre la cual la doctrina ya se ha expedido, pero se ve que no ha sido receptada en la reforma. La presencia de un listado tan vasto de créditos que concurren a ser pagados por el concursado en estas instancias tempranas del proceso, no contribuyen a facilitar la continuidad del giro, atendiendo que el deudor concursado carece de crédito, lo cual es de algún modo contradictorio con el principio de conservación. La legislación brasilera, muestra un modelo de protección laboral al pronto cobro de las acreencias, diverso al nuestro³¹.

c) Se excluyó como situación que pueda obstar al juez a dictar resolución de pronto pago, a pedido de acreedor laboral, “cuando no surgieran de los libros que estuviera obligado a llevar el concursado”. Tratándose de un pedido que se sustancia abreviadamente, parece muy difícil poder dictar resolución de pronto pago respecto de acreencias que no se encuentran registradas en los libros laborales del deudor, pues estaríamos frente a una relación irregular y ello hace suponer la existencia de prueba razonable como para poder conceder el beneficio.

d) Se elevó la alícuota de afectación sobre los ingresos brutos mensuales para atender los créditos de pronto pago, que pasó del 1% al 3%.

e) Puso un techo al plan de pago proporcional de los créditos que debe liquidar el síndico, no pudiendo exceder como pago a un acreedor laboral por cada distribución mensual, de un monto superior al equivalente a cuatro salarios mínimos vitales y móviles. La reforma vino a atemperar el error incurrido por el régimen anterior, donde los acreedores con importantes acreencias (indemnizatorios por sobre todo) concurrían con una muy fuerte prorrata de participación en cada planilla de liquidación, dejando sin demasiada posibilidad de cobro a los acreedores que estaban trabajando y con sueldos impagos. La reforma apunta a corregir este desacierto del régimen anterior y lo considero muy apropiado.

f) Por último, contempla la situación especial de los créditos de pronto pago que por su naturaleza o circunstancias particulares del titular, deben ser afectados a cubrir una contingencia de salud u otras que no admiten demoras, en cuyo caso respecto de los cuales el juez, con carácter excepcional podría superar el límite de cua-

³¹ Brasil, ley 11.101, art. 54. *Créditos de naturaleza laboral y por accidentes*. “El plan de recuperación judicial no podrá prever un plazo superior un año para el pago de los créditos derivados de la legislación laboral o provenientes de accidentes de trabajo vencidos hasta la fecha del pedido de recuperación judicial. *Párrafo único*. El plan no podrá, además, prever un plazo superior a 30 días para el pago de los créditos de naturaleza estrictamente salarial –hasta cinco salarios mínimos por trabajador– que hubieran vencido tres meses antes del pedido de recuperación judicial”.

tro salarios mínimos y vitales, lo cual también es acorde con un sistema solidario y de sensibilidad social.

Como vemos, algunas de las previsiones proyectan sus influencias respecto del deudor concursado como es el incremento del 1% a 3% de los ingresos mensuales, lo que puede no ser menor para algunas empresas que tienen márgenes de rentabilidad muy pequeños, o sea, empresas de gran volumen de facturación, pero de baja rentabilidad. Es sin duda un costo que pesa sobre la empresa en el momento más crítico, situación esta que ya había alertado la doctrina frente a la reforma introducida al pronto pago por la ley 25.589 cuando se dispuso el 1% del ingreso bruto mensual.

De algún modo, quizá indirecto pero real al fin, también esta transferencia de recursos anticipado para los acreedores laborales, pesa sobre los restantes acreedores porque producirá una merma en el capital operativo de la empresa en ese período, lo que proyecta consecuencias sobre la ulterior propuesta que los restantes vaya a recibir. Como dije antes, la transferencia de recursos en la economía opera como vasos comunicantes; lo que unos reciben lo pierden otros.

Como sabemos, el legislador tiene firme propósito de favorecer el pronto pago de los pasivos laborales, considerados alimentarios y la reforma se orienta a materializar dicho objetivo, el cual es profundizado respecto del régimen modificado.

Las restantes reformas se refieren al reparto de la porción que el deudor deba contribuir para el pronto pago, entre los mismos acreedores laborales beneficiados. La ley pone un tope máximo a la incorporación en forma mensual de las acreencias de cualquier acreedor (no más de cuatro salarios mínimos vitales y móviles), a fin de evitar que los que tienen altas indemnizaciones por cobrar, al concurrir a la planilla de prorrata impidan a los restantes acreedores acceder prácticamente a suma alguna. A mi juicio la previsión es justa y equilibrada, permitiendo que todos los acreedores laborales vayan percibiendo alguna cuota mínima en forma mensual y no que unos lleven todo o casi todo y otros no perciban nada, reproche que se le hacía al sistema anterior y fue receptado.

Por último, la ley deja un espacio para que el juez pueda atender algunas urgencias o contingencias particulares de los acreedores que concurren en el beneficio del pronto pago y que justifiquen hacer una excepción (contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras) disponiendo el pago preferente para atender la situación, lo que tiene impecable lógica, porque si bien el pronto pago se sustenta en el carácter alimentario de los créditos laborales, dentro de éstos, algunos pueden atravesar circunstancias particularísimas que habiliten hacer una excepción o sea "privilegio del privilegio".

A mi juicio, el pronto pago debería establecer un listado de créditos incluidos más acotados, de modo que la detracción de recursos en esta etapa crítica fuera de menor incidencia.

El pronto pago es un instituto necesario para abastecer o asistir créditos alimentarios (ello define su necesidad e inmediatez), pero no debe conspirar contra la posibilidad del sostenimiento de la empresa, pues es contradictorio con el aspecto de su conservación. Como siempre, el equilibrio para ubicar lo que es adecuado para satisfacer ambos aspectos.

No puedo dejar de hacer notar que la ley —en esta regulación— muestra una severa contradicción filosófica. En una infinidad de sus artículos, la ley reformadora le transfiere al juez la carga de evaluar sobre las pautas que hacen a la conservación de la empresa y le pone por delante de sus ojos y como eje de su decisión, que vele por el trabajo y por la continuación de la empresa. Ahora bien, en este instituto que, por detraer fondos del incipiente capital de giro, es sumamente sensible para el momento en que la empresa atraviesa, no le deja al juez margen para analizar la conveniencia, oportunidad y máximos detraíbles.

La ley, entonces, no prevé la posibilidad de que el juez modifique o disminuya la alícuota fija tasada, que es un baremo rígido, objetivo e insensible a las posibilidades reales de la empresa y como sostenía es una contradicción notoria del legislador, razón por la cual y llegado el momento el juez se verá ante una disyuntiva que puede ser crucial y en tal oportunidad, tendrá que aplicar los principios generales del derecho y de la conservación de la empresa y resolver haciendo uso de sus facultades como director del proceso para morigerar.

Ni poco ni demasiado, todo es cuestión de medida... dice la canción popular.

2) Régimen de los intereses (art. 19)³²

Se modifica el art. 19 disponiendo que los créditos laborales por falta de pago de salarios y de “toda indemnización” derivada de la relación laboral, siguen devengando intereses, quedando excluidos de la suspensión dispuesta como régimen general.

Como he referido precedentemente, esta disposición incide en forma directa sobre los intereses patrimoniales del deudor que verá engrosado su pasivo y también pugna con el resto de los créditos.

En este caso, los intereses de los acreedores laborales superan el alcance de los mismos créditos con garantías reales, porque éstos sólo tienen derechos a ser cobrados hasta el límite del valor del bien afectado, en cambio los laborales, no tendrán este techo.

El legislador ha tomado en cuenta el criterio del fallo pleno “Excursionistas”, fallo muy criticado porque realmente no existía marco normativo para conceder la continuación o el devengamiento de intereses posconcurso.

Los intereses que siguen devengándose son los legales, pues no existe convención respecto a ellos, a diferencia de lo que ocurre en los créditos con garantías reales que, seguramente, tienen tasas compensatorias y punitivas pactadas. Será de aplicación la tasa legal que cada circunscripción judicial tiene jurisprudencialmente establecidas (se sabe que la jurisprudencia mide con distinta vara los intereses que se aplican para las relaciones civiles, para las relaciones comerciales, para los créditos laborales, pasando de tasas pasivas sumadas, a capitalizadas y a activas);

³² Art. 19. “*Intereses*. La presentación en concurso produce la suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a ella, que no esté garantizado con prenda o hipoteca. Los intereses de los créditos así garantizados, posteriores a la presentación, sólo pueden ser reclamados sobre las cantidades provenientes de los bienes afectados a la hipoteca o prenda. *Quedan excluidos de la disposición precedente los créditos laborales correspondientes a la falta de pago de salarios y de toda indemnización derivada de la relación laboral*”.

por tal razón los jueces de concurso supuestamente aplicarán a estas acreencias los intereses que la justicia laboral de su jurisdicción establece para la mora.

Desde el punto de vista de nuestro análisis, esta preferencia a favor de los acreedores laborales, pesa sobre el crédito de los restantes acreedores, favoreciendo a unos sobre otros, pero bien, es el legislador quien define la razón de las preferencias y privilegios y estos son los tiempos en que existe una fuerte revalorización de los derechos de los acreedores laborales.

La previsión legal tiene el claro destino de preservar las acreencias laborales que no son pagadas de inmediato y que sufren el deterioro en el poder adquisitivo producto de la inflación. Los intereses acompañan habitualmente la inflación y de algún modo corrigen esa erosión. Obviamente, no parece injusto que créditos alimentarios tengan esta protección.

Analizado desde otra perspectiva, no puede dudarse que la transferencia de recursos a favor de los acreedores laborales, también contribuye a modificar la estructura del equilibrio de los créditos en los concursos argentinos y como dije, estas definiciones políticas no son “inocuas”. En sentido absolutamente contrario, véase la norma concursal alemana antes citada y el comentario del doctor Paulus allí referido.

3) Supresión de los efectos de la apertura del concurso sobre los contratos de trabajo (art. 20)³³

La ley modifica el art. 20 con la supresión del párrafo que regulaba el régimen del contrato de trabajo a partir de la resolución de apertura. Sin hacer larga historia sobre el tema, el régimen establecía que desde la apertura del concurso quedaban sin efecto la aplicación de los convenios colectivos de trabajo y que en lo sucesivo la relación laboral se regularía durante el plazo de suspensión anterior, por los contratos individuales y la ley de contrato de trabajo. Disponía también que la concursada y la asociación gremial legitimada negociaran un convenio colectivo de “crisis”.

Este artículo tenía gran influencia sobre las retribuciones de los trabajadores por la supresión automática (*ope legis*) de los beneficios que resultan de los convenios colectivos de trabajo, además de otros derechos laborales vinculadas con horarios de trabajo y descansos, jornadas laborales, vacaciones, que también regulan los convenios colectivos y los convenios de empresas.

Esta previsión de la ley 24.522, que entra en conflicto con otra ley especial de orden público, como es la ley laboral, fue muy cuestionada y resistida por las consecuencias que produce sobre el régimen del contrato de trabajo, ya que avanza sobre derechos que en el régimen laboral se los considera “inderogables y de orden público, o sea no disponibles”.

³³ Art. 20. Se suprime los párrafos sobre contrato de trabajo. “La apertura del concurso preventivo deja sin efecto los convenios colectivos vigentes por el plazo de tres años, o el del cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor. Durante dicho lapso las relaciones laborales se rigen por los contratos individuales y la ley de contrato de trabajo. La concursada y la representación gremial legitimada negociaran un convenio colectivo de crisis por el plazo del concurso preventivo y hasta el plazo máximo de tres años. La finalización del concurso preventivo por cualquier causa, así como su desistimiento firme impondrán la finalización del convenio colectivo de crisis que pudiera haberse acordado, recuperando su vigencia los convenios colectivos que correspondieren”.

La ley 26.684 despeja este debate y de suyo, el concursado no podrá disponer *manu militari* la reducción de las remuneraciones de los trabajadores que resulten establecidas en los convenios colectivos, convenios de empresa o por rama de actividad, etcétera. Considero que esta es la verdadera “ratio” de la norma; abolir la posibilidad de que el empresario aplique directamente la supresión de los convenios colectivos y luego vaya a la negociación del convenio de crisis.

La visión del legislador de 1995 fue que los empleados apoyaran la recuperación de la empresa mediante la supresión temporaria de parte de sus ingresos y otros beneficios, pero como digo, realmente fue muy cuestionado este artículo y atacado en su constitucionalidad justamente por encontrarse en puja la prevalencia de dos leyes de orden público, ambas especiales. Además, entre las críticas militaba el hecho de que los créditos laborales posconcursoales fueran los únicos que se vieran modificados por el concurso, y no era aplicable al resto de los acreedores posteriores a la apertura del trámite.

La ley 26.086 da los primeros pasos en orden a su modificación. Así, para que el juez pueda tener una percepción real de las consecuencias que la aplicación del art. 20 produciría sobre los contratos de trabajo –en caso de que se llegara a aplicar– dispuso que el síndico emita un dictamen sobre la situación futura de los trabajadores ante la suspensión del convenio colectivo ordenada por el art. 20 (art. 14, inc. 11, c). Esta información se encaminaba a definir un cuadro del estado de la empresa y la merma de ingresos de los empleados si se suprimía el convenio colectivo y demás, emitido desde un órgano imparcial y auxiliar del juez, para que sirviera como punto de partida en la negociación del convenio de crisis.

Esta modalidad, es aplicada por diversas leyes del derecho comparado, que facultan al juez a tomar decisiones drásticas sobre la suspensión, resolución, modificación o alteración de los contratos de trabajo, cuando así fuera necesario para asegurar la preservación de la empresa, pudiendo incluso hacer cesar la actividad de alguno de los establecimientos. En estos procesos que refiero el juez decide lo necesario, con adecuada sustanciación e información, porque le precede un severo análisis de la situación de la empresa, de sus posibilidades y necesidades, con participación de todos los sectores y severo cuidado, pero con facultad de decidir lo mejor.

Ahora, la ley 26.684 suprime ambas previsiones y, por ende, la apertura del concurso preventivo no tiene influencia ni modifica el régimen de las relaciones laborales futuras (prestaciones futuras) las que continúan como estaban y juntamente con ello y para ser coherente, se suprime el art. 14, inc. 11, c por lo que no habrá más dictamen del síndico.

Al suprimirse el ámbito de negociación que esta ley había previsto para que empleador y empleados convinieran un convenio colectivo de crisis, se ha perdido un espacio idóneo para que se realizara un intercambio de información del cual pudieran salir como resultado diversas opciones que facilitarían la superación de la emergencia, la rehabilitación de la empresa, y que había sido mejorado por el informe del síndico antes referido (ley 26.086).

La supresión de esta posibilidad de negociación de las relaciones laborales, no es compatible con el principio de conservación de la empresa.

Esta modificación implica que los empresarios concursados deberán recurrir al régimen de emergencia para la empresa en crisis, previstas por las leyes provinciales y nacionales³⁴, pero debemos tener muy en cuenta que estas negociaciones no se realizan ante el juez del concurso sino ante el Ministerio del Trabajo o las secretarías de trabajo (órganos de la administración) y por ende, va a faltar siempre esa mirada integral, que es la del juez, que tiene la información completa del patrimonio afectado y que puede y debe realizar la tutela de todos los intereses; la puja será mucho más sectorial y de menores expectativas. En este proceso colectivo y universal, no puede sustraerse al juez del concurso el conocimiento y la resolución sobre estos aspectos trascendentes si queremos realmente propugnar la conservación de la empresa como principio y no como estandarte.

Como dije anteriormente, muchas normas del derecho comparado, algunas de las cuales he reseñado, permiten que se renegocien los contratos de trabajo frente a la situación de insolvencia de la empresa y con la finalidad de favorecer su preservación y en algunos supuestos el “juez del proceso” tiene facultades para modificar las relaciones laborales, con suspensiones –incluso despidos–, ante situaciones que hagan peligrar definitivamente su suerte.

Varias de estas leyes ponen en cabeza del juez del proceso concursal, la posibilidad de valorar la situación integralmente, escuchando a todos los sectores comprometidos, incluso a los ministerios fiscales y del orden social o laborales y a partir de esa información trascendente, poder resolver sobre lo más apropiado para la tutela de todos los intereses, básicamente, para poder preservar la empresa más allá del reclamo inmediato del sector laboral, que puede ser desequilibrante e inoportuno.

Lo contrario, es un camino conocido y muy transitado en el cual, las comisiones internas y la representación gremial no van a avalar que se modifiquen los derechos de los trabajadores porque políticamente no los favorece (esto es realismo puro). De este modo, las empresas difícilmente van a poder obtener la ayuda de los trabajadores para favorecer su recuperación y quizá estos vean “irse” una empresa salvable y con ello, la pérdida de sus fuentes de trabajo, lo cual resulta una paradoja increíble.

Considero que la ley reformadora debió organizar el sistema de la siguiente manera:

a) Suprimir la posibilidad de que el empresario deje sin efecto los convenios colectivos cambiando directamente las reglas de juego.

b) Que el juez, a pedido de parte abra una instancia para analizar la situación de la empresa y la necesidad inmediata de que se modifiquen algunos parámetros de las relaciones laborales, para lo cual obtendrá previamente la información relevante necesaria y escuchará a las partes, para luego poder decidir poniendo la mira en las reales posibilidades de la empresa y la preservación de las fuentes de trabajo.

c) Puede quedar siempre un espacio abierto o una reserva de derechos para los casos en que la empresa supere su dificultad (se rehabilite) y los acreedores laborales puedan recuperar a futuro, los derechos perdidos o suspendidos en esta oportunidad, lo cual puede perfectamente convenirse en un convenio de crisis (bonos, acciones, gratificaciones, quitas sólo suspensivas y provisionales, etcétera).

³⁴ En el ámbito nacional la ley 24.013 y decretos reglamentarios. Las provincias también tienen leyes que permiten al Ministerio o a la Secretaría de Trabajo, mediar en estos conflictos de empresas.

O sea, así como esta ley reformadora, ha puesto nuevamente en cabeza del juez la decisión sobre diversos aspectos que hacen a la continuación de la empresa, debió haber tenido el mismo criterio frente a este tema que es trascendente (coherencia) para el momento que atraviesa la empresa, ya que no hay mejor oportunidad para favorecer su preservación que el concurso preventivo y quizá, ésta sea la última. Tanto el salvataje como la continuación de la explotación en la quiebra, son instancias tardías, ya que el mejor momento para recuperar a la empresa ha pasado y eso es un error y una notoria contradicción del legislador reformador.

Como vemos, tanto en el pronto pago, como en la supresión del convenio de crisis, el legislador es inconsecuente con sus propios principios; así, apuesta al juez cuando lo necesita para la continuación de la explotación, la locación o la adjudicación, pero descrea de su capacidad y de sus posibilidades, cuando su presencia es necesaria en la etapa concursal preventiva para regular estas relaciones laborales con criterio de preservación de la empresa. Es una decisión equivocada y muestra una visión direccionada por la fuerte influencia política que ha recibido.

9. Participación de los trabajadores en la conservación de la empresa

Uno de los aspectos en que el legislador más ha avanzado con esta ley de reforma, es el relativo a la participación que les puede caber a los trabajadores en la conservación de la empresa. La ley 25.589 –dictada en la más profunda crisis económica argentina (*default* del Estado)– fue la que abrió el camino al facilitar a los trabajadores la posibilidad de que continúen con la explotación de la empresa en la quiebra, organizados como cooperativa de trabajo y, de allí en adelante, la legislación concursal les ha ido dando a los acreedores laborales, mayor intervención para defender la vida de la empresa y su continuidad en el mercado.

La pregunta que deberemos responder es, si este avance no implica un perjuicio del interés de los acreedores “no laborales”, rompiendo el necesario equilibrio y postergando el crédito o si la ley, al proteger la continuidad de la empresa, no afecta los intereses privados del resto de los afectados por la crisis. Creo que darnos esta respuesta es importante para poder saber dónde nos puede llevar la reforma y qué podemos esperar como consecuencia de ella.

La ley de concursos con su actual redacción, otorga participación a los acreedores laborales (trabajadores) en la conservación de la empresa en las siguientes oportunidades:

- 1) En el instituto del salvataje, donde se los habilita a competir en la compra de las acciones o cuotas sociales.
- 2) En la posibilidad de transformarse en locador del fondo de comercio y de los establecimientos mientras se desarrolla la faz liquidativa.
- 3) En la continuación de la explotación en la quiebra como modo de mantener la empresa en marcha a los fines de su liquidación en funcionamiento.
- 4) En la posibilidad de ser oferente y, por ende, de adquirir a la empresa en la etapa liquidativa cuando se la venda como empresa en funcionamiento.

Anteriormente expliqué que algunas leyes de muy moderna concepción se definieron en el sentido de que el análisis sobre las bondades y eficiencia económica de conservar la empresa quedara en manos de los acreedores, con mínima intervención del Estado (privatismo)³⁵; en cambio, otras leyes dan mayor participación al Estado y a sus funcionarios en la tutela de la empresa y no dejan librado su destino a la pura decisión de los acreedores (publicismo).

La ley 24.522, que era una ley de concepción privatista, definía la permanencia de la empresa en el mercado a través de la decisión de los acreedores. El instituto del *cramdown* que fue introducido con la finalidad de favorecer el salvataje de la empresa, tampoco altera dicha concepción, ya que igualmente son los acreedores lo que deben definir la suerte de la empresa que se encuentra en estado “preliquidativo”. Es una segunda oportunidad para la empresa, pero la definición sigue estando en manos de los acreedores que aceptan o rechazan las propuestas que se les formulan en la etapa de concurrencia de interesados.

Con las sucesivas reformas, la ley de concursos ha pasado a tener un marcado contenido publicista, porque es la misma ley la que define la suerte de las empresas, posibilitando su “sobrevida”, lo que puede ocurrir más allá del interés o conveniencia de los acreedores no laborales e incluso de algunos acreedores laborales que no deseen participar en las cooperativas y también de acreedores laborales que son ex empleados y que esperan por sus créditos.

El régimen concursal argentino, luego de esta reforma (ley 26.684) avanza mucho en exaltar el principio de conservación de la empresa, al extremo de que, prácticamente, ha suprimido la “potestad” de los acreedores de elegir el camino liquidativo como modo de concluir con la situación de insolvencia y recuperar algo de sus maltruchos créditos.

Las reformas que sufrió la ley 24.522, fueron reponiendo al juez como figura central del proceso, delegando nuevamente en él la toma de decisión sobre importantes aspectos, tal como lo hace la ley reformadora 26.684.

El juez pasa ahora a ser el “responsable del equilibrio³⁶” de los intereses dentro del concurso y deberá hacerlo en un marco donde las presiones no serán menores. Este es sin duda uno de los grandes temores de la doctrina concursalista frente a la reforma.

Es importante analizar si esta reforma de corte publicista-intervencionista, ha suprimido la voluntad y la capacidad de decisión de los acreedores sobre la suerte

³⁵ Perú, ley general de concursos, art. 3°: Decisión sobre el destino del deudor. La viabilidad de los deudores en el mercado es definida por los acreedores involucrados en los respectivos procedimientos concursales, quienes asumen la responsabilidad y consecuencias de la decisión adoptada.

³⁶ Art. 16. Pronto pago: El juez autoriza el pago de créditos que no admiten demoras; art. 189. Continuación inmediata: ...el juez puede adoptar las medidas que estime pertinente, incluso la cesación de la explotación, con reserva de lo expuesto en los párrafos precedentes; art. 191. La autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización, se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, en aquellos casos que lo estime viable económicamente o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra; art. 192. Conclusión anticipada: El juez puede poner fin a la continuación de la explotación antes del vencimiento del plazo fijado, por resolución fundada, si ella resultare deficitaria o, de cualquier otro modo, ocasionare perjuicio para los acreedores.

de la empresa y en su caso, bajo qué circunstancias lo hace y también en qué lugar queda el derecho de cobro de los acreedores (el crédito) y si existe o no postergación de sus créditos.

La ley ha mantenido el APE y el concurso preventivo como institutos concursales donde el juego de los intereses privados es libre. En estos procesos, son los acreedores los que definen la suerte de la empresa y por ello, estudiarán y analizarán las propuestas de acuerdo que les formula el deudor y las aceptarán o rechazarán sin interferencia alguna en la toma de decisión. Hasta allí, definen con su voto la suerte de la empresa.

No obstante, la frustración del concurso preventivo pone a la empresa en las puertas de la liquidación (una suerte de estado de pre-liquidación). Allí aparece el *cramdown*, instituto al cual la ley 26.684 le ha producido importantes modificaciones.

Ahora los acreedores laborales va a competir como oferentes en la compra de las acciones o cuotas sociales (sustitución de empresario) como cualquier acreedor o tercero interesado, pero no con el mismo derecho, porque se encuentran beneficiados con la regulación del art. 48 bis que genera una competencia despareja (“inclina la cancha”) favoreciendo a los trabajadores aun cuando a dicha fecha todavía no sean acreedores, sino sólo *potenciales acreedores* laborales.

Es de hacer notar que los acreedores laborales podían inscribirse como interesados en el régimen nacido de la ley 24.522, organizados bajo la estructura de cualquier tipo de persona jurídica, dado que no había limitación en tal sentido. O sea, formalmente podían competir como interesados en igualdad de condiciones que cualquier otro; ahora la ley ratifica que pueden competir, pero además le provee herramientas y facilidades que los ponen frente a condiciones realmente privilegiadas.

Así entonces, mientras se tramitan los concursos no liquidativos (APE y concurso preventivo), la ley de reformas no desequilibra los intereses del concurso, sosteniendo el sistema inalterado. El cambio se produce entonces, frente a las instancias definitivas para la empresa, cuando la solución preventiva se ha agotado y la empresa se precipita hacia el proceso liquidativo.

Veamos entonces como quedan el resto de los intereses privados frente a la participación de los trabajadores en el salvataje (arts. 48 y 48 bis) y en la quiebra.

1) Los intereses del deudor (empresario).

a) En el salvataje, éste compite en igualdad de condiciones con el resto y, en su caso, como no tiene que pagar a los titulares de la sociedad (accionistas y cuota partistas) no le pesan tanto las facilidades que el art. 48 bis otorga a la cooperativa de trabajadores. Sólo diré que si la ley dispone que en Banco Nación y la AFIP debe dar la conformidad a la cooperativa y otorgarles facilidades para la refinanciación de deudas, esto debería serlo también para el deudor y además para el resto de los terceros que se hubieran inscripto, puesto que la finalidad es rehabilitar la empresa y permitirle que continúe operativa y no sólo favorecer a las cooperativas para que puedan continuar con el giro. La considero una discriminación innecesaria de manifestarse en la ley de concursos, pues la ayuda a las cooperativas y mutuales ya existen y en su caso, se establecen a través de otras normativas que atienden a las insti-

tuciones sociales o solidarias y sin fines de lucro; digamos que ponerlo en la norma concursal, se muestra como una suerte de exabrupto.

Atento lo expresado, podría decir que la nueva regulación del salvataje, no altera la situación de la sociedad deudora cuando participa en la competencia.

b) En la quiebra, salvo rarísimas excepciones (puramente de laboratorio) el deudor (empresario) jamás alcanza a obtener remanente de la liquidación, por lo cual la continuación de la explotación, la locación o la compra por los trabajadores (acreedores laborales) así como el alongamiento de la liquidación, no le producen diferencias ni altera el equilibrio de “sus intereses”. El deudor ya ha perdido la empresa y no puede esperarse que tenga expectativas patrimoniales en su liquidación.

Entonces, igual que en el supuesto anterior, las nuevas regulaciones difícilmente puedan perjudicar los intereses del deudor o mermar sus expectativas en los casos de quiebras.

2) Los intereses del resto de los acreedores.

Si el análisis lo hacemos desde el punto de vista del resto de los acreedores, el procedimiento de salvataje y el proceso liquidativo sí pueden perjudicarlos y no es indiferente un régimen que otro. Por ejemplo, si el régimen del art. 48 bis, desalentara la inscripción de otros interesados en competir, esto puede ser perjudicial para los acreedores y sus expectativas y también para la de los socios.

Igualmente, la regulación de la continuación de la explotación, la postergación del inicio de la liquidación o de su materialización, también es perjudicial para los acreedores.

En la quiebra, por ejemplo, si hubo continuación de la explotación por la cooperativa de trabajo y los empleados que continuaron con el giro, pasan como tales al que oferte para comprar la empresa, esta regulación también es perjudicial para el interés de los acreedores, pues ello pesa sin dudas sobre la oferta en sí, su valor y las posibilidades de que aparezcan interesados en asumir esos empleados. Lo que corresponde en este caso, como lo disponen diversas leyes de otros países, es que el juez tenga posibilidad de adjudicar la empresa a aquel oferente que retenga la mayor cantidad de trabajadores de la empresa fallida, pero no necesariamente generar un traspaso de los empleados al nuevo empresario. Quiero recordar al lector que este tema ha sido motivo de largos debates en el derecho argentino que seguramente ahora volverán a reeditarse.

El equilibrio que deba esperarse de la ley en estos institutos, es que los acreedores laborales (trabajadores) compitan en igualdad de condiciones con cualquier otro interesado y que luego, en el cumplimiento de los pasos y etapas posteriores, sean también tratados como a cualquier otro.

Si la competencia ha sido equilibrada, manteniendo el libre juego de los intereses económicos sin perjudicados ni beneficiarios, el Estado puede favorecer a las cooperativas con créditos blandos, con beneficios fiscales y demás en consideración de tipo social-solidaria, como de hecho existen para este tipo de sociedades sin fines de lucro, como ya he referido.

10. Salvataje

La importancia de las modificaciones introducidas, imponen la necesidad de estudiar la nueva regulación del salvataje (*cramdown*). Veamos algunos aspectos de confusa redacción.

Artículo 48. Su reforma no presenta ninguna particularidad, ya que no hace más que poner en el texto legal, lo que existía en el régimen anterior, es decir que los trabajadores pudieran competir en esta segunda vuelta. En otras palabras, no agrega nada nuevo.

La única duda que podría resultar de esta redacción es si cuando habla de “los trabajadores de la misma empresa”³⁷ está refiriendo a los que están en actividad en ese momento o también comprende a los anteriores (ex trabajadores que son acreedores laborales) situación que el proyecto de “ley correctiva” aclara, refiriendo a acreedores en “actividad”³⁸. De cualquier modo, si la ley dice la cooperativa integrada por los “trabajadores”, no se puede pensar en otra cosa que no sean los que figuran como tales en ese momento, porque los que se fueron son ex trabajadores y serían, en su caso, identificados como “acreedores laborales” y no trabajadores. Puede interpretarse sin esfuerzo que refiere a los trabajadores en relación de dependencia a dicho momento, o sea, los que están en actividad.

Por otra parte, al no establecer una proporción mínima de trabajadores que deban integrar la cooperativa, permitiría la presentación como oferentes de más de una cooperativa de trabajadores, o sea, tantas como quieran presentarse divididos. Este aspecto ha sido detectado por el legislador a través de los debates parlamentarios y de las comisiones asesoras y el proyecto correctivo, supera ese déficit³⁹. De cualquier modo, sin esta reforma, igualmente en el régimen anterior podía inscribirse más de una persona jurídica que estuviera integrada por los empleados (cooperativas o sociedades) pues no existía limitación alguna.

Artículo 48 bis. Este nuevo artículo contiene varios aspectos que merecen ser analizados con detenimiento, pues algunas de sus previsiones son incomprensibles, además de que parecen inaplicables y, por otra parte, tampoco aseguran a los trabajadores que el cambio de “empleado” a “empresario cooperativista” sea beneficioso o estimulante.

Por un lado, se puede apreciar una total coincidencia en la doctrina que ha escrito sobre la reforma, en el sentido que estamos en presencia de una norma totalmente desacertada y que ha recibido las críticas más variadas, las que con justo motivo, la defenestran.

³⁷ Art. 48. “Apertura de un registro. Dentro de los dos días el juez dispondrá la apertura de un registro en el expediente para que dentro del plazo de cinco días se inscriban los acreedores, *la cooperativa de trabajo conformada por los trabajadores de la misma empresa –incluida la cooperativa en formación–* y otros terceros interesados”.

³⁸ Proyecto de ley correctiva. Art. 48. “Se inscriban los acreedores, la cooperativa de trabajo conformada –incluida la cooperativa en formación– que represente como mínimo las dos terceras partes de la totalidad de los trabajadores en *actividad* de la misma sociedad”.

³⁹ Proyecto de ley correctiva. Art. 48. “La cooperativa de trabajo –incluida la cooperativa en formación– que represente como mínimo las dos terceras partes de la totalidad de los trabajadores en *actividad* de la misma sociedad”.

Por otro lado, cada uno de los autores que ha escrito sobre este art. 48 bis, lo interpreta y saca conclusiones disímiles, lo que alarma y muestra el grado de confusión que su redacción genera, todo ello, contrario a lo que debe esperarse de una ley.

Es importante destacar, a mi juicio, que el proyecto de ley correctiva en vez de mejorar esta regulación, la empeora, pues no corrige los defectos y profundiza el avance sobre los derechos de los socios; incluso posterga a los acreedores en general, posibilitando que actualmente se afecte el patrimonio transmitido, que es el de la misma empresa, para garantizar el pago a los socios del valor positivo de las cuotas sociales, lo que demuestra que el legislador no comprende el instituto⁴⁰. El patrimonio que protege a los acreedores anteriores y posteriores al concurso, que siguen estando todos insatisfechos, en la actualidad pasaría a ser ¿“garantía del cobro de los socios”? Así, entonces, esta redacción descuidaría el crédito.

Su texto establece que según el inc. 1 del artículo anterior, se inscribe la cooperativa de trabajo –incluida la cooperativa en formación–, el juez ordenará al síndico que practique: a) la liquidación actualizada de todos los créditos laborales impagos, que se encuentran incorporados al pasivo de los trabajadores inscriptos; b) liquidación que “correspondería a los trabajadores inscriptos por las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 del régimen de contrato de trabajo aprobado por la ley 20.744, los estatutos especiales, convenios colectivos o la que hayan acordado las partes. Los créditos así calculados podrán hacerse valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo anterior”.

Luego dice que una vez homologado el acuerdo correspondiente, se producirá la disolución del contrato de trabajo de los trabajadores incorporados a la cooperativa y la totalidad de los créditos laborales mencionados en el párrafo anterior, se transferirán a favor de ésta convirtiéndose en cuotas de su capital social. El resto del personal en relación de dependencia, continuará su relación laboral. La cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan del acuerdo homologado.

Conforme a su redacción, el síndico debe practicar una liquidación que determina dos tipos de créditos de los trabajadores inscriptos en la cooperativa de trabajo que se ha registrado como interesada: 1) los créditos que existen contra la empresa y que forman parte de su pasivo, o sea, créditos que ya existen; 2) hacer de cuenta que se ha producido la disolución del vínculo laboral por culpa (sin causa) de la empresa y calcular las indemnizaciones que se regulan en los artículos antes citados (preaviso, integración mes de despido y antigüedad).

⁴⁰ Proyecto de ley correctiva. Art. 48 bis. “La cooperativa de trabajo deberá presentar un plan de pago del valor de las cuotas o acciones representativas del capital social, cuando la valuación judicial de las mismas hubiera resultado positiva. Será el juez quien resolverá el conflicto en caso de que el plan de pago no sea aceptado por los titulares de las cuotas o acciones representativas del capital social, atendiendo la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la sociedad. Si el plan de pago implica diferimiento en el tiempo, se deberá otorgar garantía de cumplimiento, pudiendo gravarse los bienes pertenecientes al activo que se trasmite”.

Los trabajadores inscriptos en la cooperativa dispondrán de ambos tipos de créditos, los que “podrán hacerlos valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo anterior”⁴¹.

Esta redacción es terriblemente imprecisa y muestra hasta qué punto el legislador no tenía claro que quería decir, ni lo que pretendía obtener. Es tan abierta o ambigua, como para que todo sea posible a través de una “interpretación integradora”. Pareciera estar diciendo; miren acá tienen una idea y una posibilidad, ahora es su problema obtener algo de ella.

Dos temas suscitan las primeras reflexiones: 1) ¿Por qué se computan créditos por indemnizaciones por resolución del contrato de trabajo, si en el salvataje los empleados no son despedidos, o sea, no cesa la relación laboral? 2) ¿Qué alcance tiene la expresión que los podrán hacer valer para intervenir en el procedimiento?

1) Créditos por indemnizaciones.

Esta redacción nos pone frente a un derecho que nace para el trabajador como producto de la resolución incausada o injustificada del contrato de trabajo. O sea, en el caso de una empresa concursada, esto ocurriría frente a la quiebra, pero acá estamos en una instancia previa, todavía es un concurso preventivo. El derecho de compensación de los créditos laborales en la quiebra y para la compra del establecimiento en funcionamiento, es regulado más adelante, pero en esta ocasión, es anticipar créditos que todavía no existen y es más, que la ley procura que no lleguen a existir ya que la función primordial del instituto del salvataje es evitar el cierre, los despidos, etcétera.

Quien compra las acciones o cuotas de capital, simplemente se pone en el lugar del empresario (lo sustituye) tomando la empresa en el estado en que se encuentra, entre los que militan los derechos de los empleados, a los que deberá indemnizar sólo si los despide, de lo contrario, todo continúa como estaba. La situación no debería ser distinta para la cooperativa de trabajo.

La regulación “parecería” decir que si los empleados organizados en cooperativa son los adjudicatarios de las cuotas o acciones (ganan) y se transforman en los empresarios, entonces se considerará que la relación laboral se ha extinguido por quiebra y allí podrán aplicar la compensación, lo que sería aplicable únicamente contra los socios de la sociedad en caso de valuación positiva de sus participaciones sociales.

Reiteramos que parecería querer decir; *pero no esta dicho*.

El contrato de trabajo no se resuelve como un “efecto” de la apertura del procedimiento de salvataje, con lo cual los créditos por indemnizaciones no han nacido.

El segundo párrafo que he transcripto establece que como consecuencia de la homologación del acuerdo, se producirá la disolución del contrato de trabajo de los

⁴¹ Art. 48 bis. En caso que, conforme al inc. 1 del artículo anterior, se inscriba la cooperativa de trabajo –incluida la cooperativa en formación– el juez ordenará al síndico que practique liquidación de todos los créditos que corresponderían a los trabajadores inscriptos por las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233, y 245 del régimen de contrato de trabajo aprobado por la ley 20.744, los estatutos especiales, convenios colectivos o la que hayan acordado las partes. *Los créditos así calculados podrán hacerse valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo anterior.*

trabajadores inscriptos... Este párrafo, “parecería” estar diciendo justamente que, si gana la cooperativa, en la oportunidad de la homologación del acuerdo, se va a producir la desvinculación y es de pensarse que en la idea o intención del legislador, esta disolución genera las indemnizaciones que hizo calcular al síndico, como si fuera un despido por quiebra.

Pero tampoco está dicho y lo que la ley no dice...

2) ¿Pueden hacerse valer esos créditos?

El legislador ha omitido nada menos que explicarnos qué quiere decir con esta expresión y cómo piensa que se harán valer y, en su caso, contra quien, por lo que los autores que han escrito sobre el tema, le dan distintos enfoques.

En el salvataje existen dos órdenes de créditos que debe atender el interesado inscripto, es decir, los de los acreedores y los de los socios (titulares de las participaciones sociales) en caso de valuación positiva.

a) *Créditos de los acreedores.* Contra los acreedores no los pueden hacer valer dado que, respecto de ellos, la cooperativa tiene que hacerles propuestas y obtener su conformidad. No compiten con ellos, ni pueden usarse –aun de existir– para cancelar pasivos ni concursales ni posconcursoales.

Los pasivos concursales deben ser pagados en los términos de la propuesta que la cooperativa les ha realizado.

Si son posconcursoales (independientemente de que puedan negociar con cada acreedor el monto a pagarles, pero están fuera del concurso), también deben pagarlos pues la cooperativa al igual que cualquier otro interesado, sustituye al empresario asumiendo la empresa en las condiciones en que se encuentra.

Por otro costado, es impensable que puedan usarse como créditos computables a los fines de la conformación de las mayorías, o sea, incluirlos en la base de cómputo para favorecer su propia propuesta. Las razones son múltiples.

1) En primer lugar, no existen como créditos, pues no se ha interrumpido el contrato de trabajo y por ende no hay tales indemnizaciones que resultan de su ruptura.

2) No han sido sometidos a ningún proceso de verificación de créditos y su inclusión directamente con el solo dictamen del síndico sería inaceptable, pues violentaría el control a que tienen derecho todos los acreedores y, además, requerirían resolución judicial, que la ley reformadora no enuncia para nada.

3) Pero por sobre todas las cosas, porque estas acreencias por indemnizaciones serían créditos posconcursoales y esta clase de créditos no integran la base de cómputo. Las conformidades deben obtenerse respecto de los acreedores concursales que resultan de la resolución de verificación del art. 36 de la LCQ, tal cual se colige con simpleza de la estructura del art. 48 y especialmente del inc. 4, párr. 2° que dice “los acreedores verificados y declarados admisibles podrán otorgar conformidad a la propuesta de más de un interesado”. Sólo son acreedores verificados y declarados admisibles los que resultan de la sentencia verificatoria del art. 36 de la LCQ y, por ende, ningún crédito posconcursoal es computado a estos fines. Respecto de esos créditos que son considerados por el evaluador a los fines de establecer el va-

lor patrimonial de la sociedad, quien compite como interesado sabe que tiene que atenderlos a su valor, aun cuando pueda negociar con ellos, pero no requiere sus conformidades para obtener la transferencia de las acciones o cuotas partes del capital social. Descartado entonces que puedan “hacerse valer” como créditos que integrarán el pasivo y pesarán para obtener las mayorías (lo digo además de que serían en su casi totalidad créditos privilegiados, si bien renunciables quizá).

4) Por último, la ley tampoco habilita esta interpretación, dado que después de la homologación se produce la disolución del vínculo que daría nacimiento a los créditos y no podría haber homologación si las mayorías computables del pasivo no dieron conformidad con anterioridad.

b) *Contra los socios y el valor de sus participaciones sociales.* Nos queda por analizar si pueden hacerse valer estos créditos (no nacidos) contra los derechos patrimoniales de los socios de la sociedad, aun cuando el legislador diga que la homologación produce la disolución de los contratos de los trabajadores inscriptos en la cooperativa y que los no inscriptos siguen en relación de dependencia.

Con respecto a los términos en que está redactada la ley, debo expedirme en forma negativa.

Los interesados que concurren a ofertar por la sociedad, lo hacen en el estado en que ella se encuentra (es sólo sustitución del titular) y con ello, asumiendo los empleados en relación de dependencia que se encuentran a la fecha de la apertura, razón por la cual éstos no tienen todavía créditos indemnizatorios provenientes de la ruptura de la relación laboral, pues no se ha roto.

Si fueran ex empleados que tienen créditos contra la sociedad, o trabajadores en actividad que tengan créditos –acreedores laborales– sus acreencias ya fueron calculadas por el evaluador para determinar el valor patrimonial de la sociedad, por lo que ya integran el pasivo que se consideró negativamente para bajar su valor patrimonial, por lo que, si aun así el valor resultara positivo, no podrán volver a computarse estos créditos para descontárselo nuevamente a los socios y ahora por compensación, pues serían considerados dos veces contra los derechos de éstos.

Considero que sólo *modificando nuevamente la ley*, y en muy puntuales circunstancias, sería posible pensar o imaginar, que los derechos de los trabajadores en actividad que integren la cooperativa, puedan “hacerse valer” –por compensación– contra los derechos de los socios.

La idea que paso a desarrollar, pienso que es lo que ha estado en la intención del legislador, pero no lo plasmó adecuadamente. Veamos.

1) En primer lugar, es necesario modificar la ley, pues sin ello no hay aplicación posible.

2) En segundo lugar, se deben establecer los presupuestos necesarios o excluyentes para que esta posibilidad de compensar pueda darse e imagino que serían: a) que la valuación arroje valor positivo de las cuotas o acciones representativas del capital social, lo cual es obvio; b) que no se hubiera presentado ningún otro interesado, de modo que fuera la cooperativa la única registrada. De haber otros oferentes, aparecerían cuestionamientos difíciles de superar; c) que la sociedad no compita o si compite que no obtenga las conformidades de los acreedores; d) que la

cooperativa obtenga las conformidades de los acreedores a la propuesta que les formulen, y e) en síntesis, para que la posibilidad se vea razonablemente factible, deberían concurrir en forma conjunta dos presupuestos: valor patrimonial positivo y la cooperativa como único oferente.

3) En tercer orden, la ley debería establecer expresamente que, en estos supuestos (sin otros inscriptos como interesados a ofertar), siendo que sin la cooperativa la empresa iría a la quiebra y esto haría nacer los créditos indemnizatorios a favor de los trabajadores en actividad, se considerará que se ha producido el “despido” de los trabajadores de la cooperativa (disolución del contrato de trabajo por culpa del deudor). El resto de los trabajadores que no la integran, siguen en su relación normal y seguirán como empleados (discutible por cierto). En este supuesto y sólo respecto de los trabajadores que integran la cooperativa y por sus créditos indemnizatorios y no otros (o sea, los nacidos por lo que sería por causa de la quiebra) se podrían compensar contra los créditos de los socios por el valor patrimonial positivo.

Se requiere entonces que la ley establezca que “especialmente” en estos casos, el cese de la relación de los trabajadores que pasan a la cooperativa, será indemnizado. Como está redactada la ley actualmente –“homologado el acuerdo correspondiente, se producirá la disolución del contrato de trabajo de los trabajadores inscriptos”–, no da lugar a indemnización, porque la disolución se produce por decisión del empleado que se inscribe en la cooperativa voluntariamente y en esos términos, no es indemnizable.

4) No se debe haber inscripto ningún otro interesado, porque sino, éste competiría en condiciones desventajosas y podría haber perjuicios para los socios.

5) Al no haber otro inscripto, tampoco habría un perjuicio potencial para los socios, que frente a la cooperativa se verían obligados a compensar; en cambio, frente al tercero tendrían la posibilidad de cobrar (o negociar) el valor positivo determinado por los evaluadores. Esto es así, porque el tercero que compite se está haciendo cargo de estos trabajadores inscriptos y por ende, las indemnizaciones de éstos no existen y como tal, no pesan como pasivo para bajar el valor patrimonial de la sociedad.

6) En el supuesto que estoy desarrollando de la cooperativa como único inscripto, la compensación contra el valor positivo de las cuotas o acciones, tendría su razón de ser, pues estaríamos en una situación prácticamente de quiebra, donde los derechos indemnizatorios nacen y, además, la posibilidad de compensar estos créditos para ofertar la compra de la empresa por la cooperativa (art. 203 bis, ley 26.684). En este caso, el salvataje produciría el traspaso sin necesidad de quiebra, pero con similares efectos respecto de los socios. Veamos.

a) No habiendo otro inscripto, sin la cooperativa, el paso siguiente sería la quiebra y con ello, las indemnizaciones de *todos* los trabajadores habrían nacido (no sólo los de la cooperativa). Estas indemnizaciones pesarían como créditos privilegiados contra cualquier posible valor residual de liquidación a favor de los socios. No quedan entonces los socios en peor condición pues estos créditos habrían nacido por la quiebra.

b) En otro orden, cuando el evaluador establece el valor patrimonial de la sociedad (art. 48, inc. 3°), no computa como integrando el pasivo a los créditos indem-

nizatorios de los trabajadores, porque éstos no existen a esa fecha. Se computa el pasivo posconcurzal, pero no el pasivo eventual que serían las indemnizaciones de los trabajadores⁴². De modo que, el eventual valor positivo de las partes del capital social no tienen detráido estos créditos que todavía no han nacido, lo que es lo mismo que decir, que si se computaran estos créditos es factible que el valor patrimonial positivo de la sociedad desapareciera e incluso pasara a ser negativo. Cuando el que compite es un tercero (no la cooperativa), en sus cálculos para ofertar por la empresa, estudia todas las variables y también pone en la cuenta este valor, sobre todo si ha analizado que para poder poner funcionar rentablemente debe reestructurar la empresa y achicar la nómina del personal produciendo despidos. En estos supuestos, el tercero oferente puede hacer pesar ese “pasivo contingente” en las dos esferas de interesados: 1) la propuesta a los acreedores que la adecuará teniendo en cuenta esa realidad, y 2) la posibilidad que tiene de negociar con los mismos titulares de las cuotas de partes sociales (socios o accionistas), ofreciéndoles menos que lo que representa el valor patrimonial determinado en la resolución judicial (art. 48, inc. 7°, c ii). Pero este tercero no tiene créditos para compensar, por lo que, lo que se establezca o lo que negocie debe pagarlo, depositando el 25% y el resto a la homologación.

c) En este especial supuesto, los trabajadores que pasan a la cooperativa se los consideraría como desvinculados de la empresa con derecho indemnizatorio el cual y hasta la concurrencia del valor patrimonial positivo, lo compensarían contra los socios y si luego de compensar, les quedara un saldo a favor lo podrán integrarlo como capital de la cooperativa⁴³ (para lo cual también hará falta una modificación en la ley de cooperativas).

d) Esta solución, evitaría la declaración de la quiebra que sin la cooperativa sería un hecho y no debería afectar los demás intereses, ya que a los acreedores les han hecho propuesta de pago y obtuvo conformidades y los socios, ven modificado su valor patrimonial positivo en los mismos límites que se perjudicarían en la quiebra; “parecería” que la ecuación económica cierra equilibradamente. Se continúa sin quiebra, los acreedores concursales y posconcursoales serán atendidos por la empresa, actualmente en manos de la cooperativa y los socios no quedan en situación distinta que si la quiebra se hubiera declarado.

Como puede comprenderse, toda esta situación requiere de una ley que disponga claramente los supuestos en los cuales podría proceder la compensación, lo que no se da en esta reforma.

El legislador debería derogar este artículo –lo que es un reclamo *unánime* de la doctrina– y volver a redactarlo con el cuidado y estudio que tan trascendente modificación implica.

Volvamos ahora a la realidad, a lo que existe; la reforma es ley vigente y el juez tendrá que aplicarla haciendo alguna interpretación de este artículo que sea coherente y que proteja los intereses de todos y no los eventuales intereses de la “coope-

⁴² La antigüedad promedio de los trabajadores es computada en cualquier compra de empresa por quien esté interesado en adquirirla, porque es un pasivo eventual que, en muchos casos, es determinante. Las empresas que tienen una alta antigüedad promedio en sus empleados, sufren considerables mermas en la determinación de su valor de transferencia.

⁴³ Igualmente, la ley de concursos de Uruguay, art. 174, inc. 2°, antes transcripto.

rativa”, y quizá, este análisis económico del conflicto que acabo de realizar, permita avizorar alguna luz en tanta oscuridad.

3) Algunas reflexiones adicionales sobre estos dos párrafos del art. 48 bis.

a) Aun cuando el art. 48 bis no estableciera que con la homologación se consideran disueltos los contratos de trabajo de los trabajadores inscriptos, pienso que, igualmente, el fenómeno se producirá, porque en la cooperativa ellos no seguirían como empleados, no hay dos relaciones simultáneas, socio cooperativista trabajador y trabajador en relación de dependencia de la empresa que explota la cooperativa. En el mejor de los supuestos y con muchas discusiones al respecto, o es cooperativista o es empleado en relación de dependencia.

b) El aporte que el trabajador realiza a la cooperativa con su excedente de indemnización (si se reconociera esta indemnización) si bien pasa a ser capital de la cooperativa y tiene derecho a recuperarlo cuando se den causales de retiro, receso o exclusión, es un derecho ajeno al régimen laboral y con ello, también a los privilegios sobre los créditos que los trabajadores tienen. El trabajador cooperativista, al integrar su derecho indemnizatorio como capital de la cooperativa, queda en situación de asociado y no de un empleado en relación de dependencia y en caso de quiebra posterior, habrá perdido el privilegio sobre su aporte que antes se asentaba en los bienes, pues ya no es una acreencia laboral, sino asociativa y como tal, su crédito por aportes sociales queda postergado.

c) Increíblemente, frente a una norma con tantos defectos, parecería que la quiebra sería mejor solución para los trabajadores en actividad, dado que en ella tienen la posibilidad de continuar con la explotación como cooperativa de trabajo y de comprar la empresa en la oportunidad de su realización como empresa en funcionamiento, pudiendo compensar *todos sus créditos* y haciéndolos valer en plenitud, o sea, no habrá duda sobre los derechos indemnizatorios, los privilegios y además, la cooperativa como cualquier oferente, compra la empresa a valor quiebra y deja resuelto y agotado el tema de los demás pasivos.

d) Por último, también debe considerarse que así como cualquier interesado oferente puede negociar con los socios por el valor de las cuotas partes por debajo de su determinación judicial, el mismo derecho tendría la cooperativa de trabajadores para plantarse frente a los socios con valor patrimonial positivo y hacerles pesar el hecho de que en la quiebra sus créditos indemnizatorios existirían y que perderían todo y que ellos igualmente podrían continuar con la explotación. Es decir que pareciera que tampoco era necesario incluir en el art. 48 este tema de “hacer valer” que es de algún modo discriminatorio, ya que con sólo utilizar adecuadamente esta herramienta, la cooperativa de trabajo tenía posibilidades de obtener similar posición. El libre e igualitario juego de todos los operadores inscriptos, legitima también a la cooperativa a ejercer presión sobre los socios sin necesidad de que la ley le otorgue esta posición diferencial, de dudosa equidad frente al resto que compete.

La norma deja muchas dudas sobre la posibilidad de que se vayan a computar como compensables esas indemnizaciones por despido, cuando en realidad estos no existen y la ley –además– no establece con claridad dónde y cómo quedan los derechos de los trabajadores que son traspasados a la cooperativa. Esta incertidumbre pesará sobre la decisión de los trabajadores de inscribirse en la cooperativa,

ya que difícilmente vayan a exponer sus créditos privilegiados que representan años de trabajo, sin tener certezas.

En resumidas cuentas, muchas dudas e incertidumbre para los trabajadores frente a este instituto. Como refieren algunos de los múltiples autores que han escrito sobre la reforma, no es certero que la participación de los trabajadores en la cooperativa para inscribirse como interesados en el salvataje, asegure para ellos razonables expectativas ni que los tutele adecuadamente, máxime que la norma regulatoria que acabamos de desarrollar luce prácticamente inaplicable y en el mejor de los supuestos estará sometida a contingencias tales que impiden realizar un análisis que asegure a los trabajadores “cooperativistas” los resultados y los derechos que finalmente tendrán.

Creo sinceramente que estos dos primeros párrafos del art. 48 bis son directamente inaplicables; ello, más allá de su cuestionada constitucionalidad y, en caso de querer ser ejercidos por los trabajadores, se generarán muchos problemas.

Un párrafo que también merece destacarse, básicamente por su innecesariedad o por su incongruencia, es el que dispone que “la cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan de las *conformidades presentadas*”.

Tenemos en claro que el sujeto que adquiere las partes del capital social, sustituye al empresario y que la sociedad que adquiere, es la obligada pasiva (deudora). Habiendo limitación de la responsabilidad por el capital social, quien adquiere lo hace con ese ropaje y no asume el pasivo a título personal, por lo que la previsión legal perjudicaría a las cooperativas que resulten adjudicadas.

La expresión, entonces, muestra un criterio que creo que anida en la intención legislativa y es que la cooperativa pase a producir una fusión por absorción de la sociedad concursada (art. 82, LSC), en cuyo caso, la cooperativa que ha absorbido con la concursada (fusión), asume activos y pasivos. De otro modo no se entiende el porqué de esta disposición.

El proyecto de ley correctiva encamina la situación hacia ese derrotero pues manda que “una vez completado el trámite, el juez deberá ordenar al Registro Público de Comercio que proceda a cancelar la inscripción de la sociedad concursada”. Ha desaparecido un ente jurídico que quedó fusionado y absorbido dentro de la sociedad cooperativa, la sociedad de origen se cancela y todo el patrimonio de la misma es absorbido por la cooperativa: activos y pasivos.

Esta afirmación ratifica que el trabajador que integra la cooperativa y le aporta como capital social sus derechos laborales, incluyendo la indemnización, a partir de allí no tiene más un derecho privilegiado sobre los activos de la sociedad (asiento del privilegio especial y general laboral) sino que pasa a detentar capital social y que en los supuestos de frustración de la explotación por la cooperativa, lo perderá pues ha perdido los privilegios que tenía. Ahora es un empresario que expone su capital en el riesgo de la actividad.

Pero un último detalle que no debe pasar desapercibido, es que en contradicción con lo que se produce por la fusión por absorción, la ley destaca que la cooperativa asume las “obligaciones que surgen de las *conformidades prestadas*” con lo que parecería decir que no asume la misma responsabilidad respecto de las otras obligaciones que integran el pasivo posconcurso y que no prestan conformidad con

las propuestas. La sociedad concursada debe todo el pasivo, concursal y posconcursal, pero la ley dice que la cooperativa sólo asumirá el concursal y no el otro, lo cual también discrimina en perjuicio de quienes tendrían mayores derechos, que son los acreedores que le dieron crédito a la empresa estando en concurso y que permitieron que ésta siguiera operando. Sería discriminatorio, pero además, notoriamente injusto e inequitativo. Si por insólita decisión del legislador la cooperativa debiera *asumir las obligaciones*, sin duda debería asumirlas todas, sin discriminar la oportunidad en la cual se ha generado el pasivo. Creo que se trata de una expresión desafortunada, digamos, un error de redacción.

El proyecto de ley correctiva, coherente con este criterio de absorción de la sociedad concursada, deja sin efecto el párrafo que dispone que la cooperativa asume las obligaciones que resultan de las conformidades prestadas, para establecer que “asumirá todas las obligaciones que resultan del acuerdo homologado” o sea, en mi entender, asume todo el pasivo, como no puede ser de otro modo, si la sociedad concursada es cancelada en la matrícula y absorbida por la cooperativa.

Insisto, creo que los acreedores laborales tienen mejores derechos en la quiebra con continuación de la explotación por la cooperativa, para luego comprarla haciendo uso de la compensación con sus créditos, que mediante este procedimiento del salvataje. El primero, es más simple y claro y los derechos de los trabajadores se preservan e individualizan con mayor claridad, en el art. 48 que, conforme está redactado, será todo dudas e incertidumbres.

4) Créditos del Banco de la Nación y de la AFIP.

Respecto de los dos últimos párrafos del art. 48 bis, no hacen más que mostrar el “favor” del legislador hacia las cooperativas de trabajo y nuevamente, su redacción no es clara.

Me pregunto ¿qué quiere decir que el Banco de la Nación Argentina y la AFIP cuando fueran acreedores “deberán” otorgar las respectivas conformidades a las cooperativas, y las facilidades de refinanciación de deudas en las condiciones más favorables a los planes de sus carteras vigentes?

¿Se trata de un solo mandato a esas instituciones o son dos? ¿Deben otorgar las respectivas conformidades a que propuestas (aprobarlas)? ¿A cualquiera, aun fuera del marco de sus propias regulaciones, o es una redacción defectuosa que encierra un solo cometido y debería leerse: otorgar las conformidades a la cooperativa cuando ésta haga como propuesta aceptar o acogerse a los planes de pagos vigentes en sus carteras?

Quiero creer que refiere a esta segunda lectura, porque de ser dos previsiones distintas, estamos frente a un direccionismo del legislador hacia las cooperativas de trabajo que prácticamente desplaza la posibilidad de que compitan otros interesados, incluso el propio deudor empresario, que no tendría condiciones similares para continuar. Ello sin considerar aún las propias responsabilidades de directores y administradores de esas instituciones y de las reglamentaciones internas de cada una de ellas que le impide manejarse de ese modo. Nuevamente un exabrupto.

Es lo que venía refiriendo a una “cancha inclinada” donde no todos van a competir en igualdad de condiciones.

11. Corolario

Creo, que el art. 48 bis, con su actual redacción, no va a ser operativo, simplemente porque los trabajadores, adecuadamente asesorados o advertidos de los potenciales conflictos y las dudas sobre el futuro de sus créditos, directamente no se van a inscribir.

De cualquier modo, los jueces para poder aplicar el art. 48 bis van a tener que hacer un importante esfuerzo “creativo” más que “interpretativo”; van a tener que legislar y no sólo interpretar, lo que abrirá el camino a la cuestión constitucional.

Si se aplicara literalmente la norma tal cual está redactada (si ello fuera posible), el sistema previsto *produce un desequilibrio* en la estructura de los intereses que convergen en el proceso concursal, que según el caso pesa en contra de los acreedores y/o de los socios y/o de los terceros que quieran competir.

© Editorial Astrea, 2012. Todos los derechos reservados.

