

La ley 26.684. Participación de los trabajadores en la quiebra*

Por Miguel A. Raspall

1. Introducción

El tema que trato ahora es la continuación de la explotación dentro del proceso liquidativo y la realización de los bienes. Veamos sintéticamente los siguientes puntos.

a) Este trabajo no es un análisis exegético de la ley, sino un comentario a la participación que tendrán los trabajadores en los procesos concursales a partir de la reforma y con ello, las modificaciones producidas en diversos institutos concursales.

b) Mi objetivo consiste en comprobar si esta ley es realmente una norma que opera a favor de la conservación de la empresa y mantiene el equilibrio y tutela de todos los intereses que convergen en un proceso de insolvencia.

c) La ley 26.684, que reforma la ley de concursos y quiebras, no es una norma de derecho transitorio. No obstante, tiene disposiciones que parecerían justificarse sólo frente a una situación de emergencia.

d) Ante esta situación, corresponde destacar que la ley ha sido aprobada con un consenso en el Congreso cercano a la unanimidad, lo que muestra que la clase política quería esta norma y acepta sus postulados, donde la conservación de la empresa pasa a ser un valor casi absoluto y excluyente frente a la quiebra y en la cual juegan un rol muy particular y trascendente las “*cooperativas de trabajo*” que, seguramente, serán sostenidas por el Estado.

e) En tal caso y desde el punto de vista de una norma concursal, debemos considerar, que si el Poder Ejecutivo –elegido democráticamente– tiene decidido políticamente, asistir técnica y financieramente a las cooperativas de trabajo para que continúen con la explotación de las empresas, lo justo y equitativo es que esa estrategia político-económica no se lleve adelante postergando los intereses de los restantes afectados por el proceso (deudor y acreedores), pues esa decisión posterga al crédito y desalienta las inversiones.

f) Igualmente, si la conservación de la empresa se sustrae a los acreedores o por lo menos, se les resta la capacidad final de decidir por la permanencia de la empresa en el mercado o su liquidación, y la tutela de las empresas y por ende de su conservación, pasan (por decisión política), a ser ejercida por el juez, éste siempre deberá tener capacidad plena de decidir en cada caso lo que sea más apropiado para facilitar su conservación y *mantener el equilibrio de los intereses*.

g) La actitud claudicante del legislador, confiriendo al juez la potestad en algunos supuestos y retaceándose en otros, muestran un direccionismo o una inten-

* [Bibliografía recomendada](#). Este trabajo corresponde a la segunda parte del análisis de las reformas introducidas por la ley 26.684 (primera parte publicada en *ED*, 19/8/11).

cionalidad ajena al principio “*puro*” de conservación de la empresa que se expone como enunciado filosófico o paradigma.

h) En la etapa concursal preventiva, he expresado que esta claudicación con el principio de conservación de la empresa, se da en dos supuestos: 1) el pronto pago (art. 16, LCQ) y la retención de porcentual fijo para formar el fondo distribuible (3%) que no permite al juez realizar un análisis de oportunidad o conveniencia o de cuantía, pues bien puede ser que la empresa todavía esté operando a pérdidas por diversas razones entre las cuales milita la ausencia de crédito o capital de trabajo y lo mismo se le deba retener, lo que es claramente contrario al pensamiento de favorecer su permanencia en el mercado; 2) al suprimir la posibilidad que se negocie ante el juez un convenio de crisis para permitir al empresario reestructurar las relaciones laborales en el marco de un acuerdo (art. 20) confiando y confirmando al juez justamente la posibilidad de lograr acuerdos que faciliten la continuación de la explotación, aun cuando éste fuera transitorio. En estos dos supuestos se ve claramente la presión política y el direccionismo o favoritismo de la norma, que se muestra como frontalmente encontrada con el propio postulado conservacionista.

2. Concursos de empresas y liquidación

Considerando que las reformas serán únicamente aplicables en el caso de concursos de empresas, destaco –una vez más–, que nuestro régimen concursal está desactualizado, pues no incorpora los verdaderos institutos conservativos de las empresas que parten de acuerdos de características reorganizativas-rehabilitatorias. En estos institutos, la conservación de la empresa y la liquidación son desarrolladas con otros criterios por las modernas leyes que tratan los concursos de las empresas en forma especializada¹.

Nuestro país debe incorporarse al concierto de los demás países que ya reformaron sus leyes concursales, para dar cabida a la atención de las necesidades de las empresas (empresarios) y, desde allí, estructurar su conservación como un principio trascendente pero no absoluto, dándole a éstas todas las posibilidades, pero con sus límites; en definitiva, todo en un justo equilibrio.

Veamos algunas características de estos nuevos modelos de leyes concursales del derecho comparado que arrancaron desde mediados de la década del 90 y han hecho eclosión a partir del siglo XXI.

a) *El acuerdo reorganizativo*. El esquema central (su estructura) pasa por generar, frente a la insolvencia de una empresa, una etapa de negociación que es el acuerdo reorganizativo donde se darán todas las oportunidades para rescatarla, partiendo de su estudio, su situación en el mercado y sus posibilidades de sobrevivir en condiciones de competencia. O sea, se harán estudios y propuestas para que sea reestructurada (reorganización) y desde esa información, analizar la posibilidad de que sea rehabilitada a fin de transformarse en una empresa viable.

¹ Leyes concursales modernas que tratan el concurso empresario separadamente: Alemania, Francia, Italia, México, Colombia, Perú, Ecuador, Brasil, Bolivia, Uruguay. En estas leyes concursales el “concurso de la empresa” puede estar en una norma independiente; así, Bolivia, o Colombia, y en otros, en capítulos separados dentro de la normativa general, como Brasil e Italia, entre otros.

Durante la etapa de negociaciones, se genera la propuesta para salir de la insolvencia, que se apoya o sustenta en un plan de reorganización², y no sólo y necesariamente se dirige a reestructurar el pasivo y atender su pago, sino a toda la empresa; si fuera necesario, puede desplazar de la administración al empresario o incluso, desplazarlo de la titularidad y ese *plan de empresa* –generado por el empresario, o por los órganos auxiliares del juez del proceso, siempre con intervención y/o conocimiento de los acreedores por medio de sus comités, de los trabajadores y demás– es el que se somete a la aprobación.

En esta etapa se da a la empresa todas las posibilidades para su recuperación; se favorece el crédito posconcurzal a fin de permitirle la reconstitución del capital de trabajo con trato privilegiado a los acreedores que la asistan luego de abierto un concurso³; en igual sentido, un diferente tratamiento de los créditos fiscales⁴ y su comportamiento dentro del concurso y a posteriori, donde el estado puede votar propuestas con quitas⁵; también, sistema de asistencia con créditos “blandos” para empresas en crisis; incentivos y/o sanciones para las presentaciones tempestivas o tardías, técnicas de conciliación, etcétera.

Dentro de las posibilidades para la conservación de la empresa, aparecen novedosos institutos que permiten la *reformulación de propuesta* a fin de evitar la declaración de quiebra por incumplimiento y permiten que el deudor –que es alcanzado por una nueva crisis que le imposibilita seguir adelante con las cuotas del acuerdo–, se vuelva a reunir con los acreedores con créditos insatisfechos y formularles una nueva propuesta (Colombia), o al estar en trámite un proceso liquidativo, si por el cambio de las condiciones del mercado la empresa pudiera volver a ser viable, y revierte la etapa reorganizativa; tal la ley de concursos de Colombia⁶ y Perú. La compra de la empresa por la cooperativa, es de algún modo un instituto similar a éstos, porque en realidad, ella sobrevive con sus empleados y trabajadores y, seguramente, con sus proveedores, entre otros.

Queda claro que la mejor oportunidad para asistir a una empresa y conservarla, es durante el proceso reorganizativo, pues la quiebra es un instituto liquidativo, del cual prácticamente es imposible volver. El énfasis para conservar las empresas, debe ser puesto en esta etapa.

² Algunos países que han adoptado el plan de reestructuración o plan de empresa como eje del proceso reorganizativo son: Francia, Alemania, España, Estados Unidos de América, Perú, Bolivia, Brasil, Colombia, entre otros.

³ Varias leyes de última generación privilegian a los acreedores que apoyan con crédito a las empresas que están tramitando un convenio de reorganización. Así tenemos a Francia (art. L 641.13); Bolivia (art. 2º, inc. 6º) y Brasil (arts. 67 y 84.V).

⁴ Portugal, Título XIII, Beneficios emolumentales fiscales (art. 268, beneficios relativos a impuestos sobre el rendimiento de personas singulares o colectivas; art. 269, beneficios relativos al impuesto al sello; art. 270, beneficio relativo al impuesto municipal sobre las transferencias onerosas de inmuebles).

⁵ Italia, Perú, Bolivia.

⁶ Colombia. Art. 66: “Acuerdo de reorganización dentro del proceso de liquidación. Aprobado el inventario valorado, la calificación y graduación de créditos y los derechos de voto, el liquidador o quienes representen no menos del 35% de los derechos de votos admitidos, podrán proponer la celebración de un acuerdo de reorganización, para lo cual, el juez del concurso, convocará a una audiencia. A este acuerdo, le serán aplicables en lo pertinente las reglas previstas en esta ley para el acuerdo de reorganización. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización, será reiniciado el proceso de liquidación judicial”.

En caso de que la empresa sea objetivamente inviable, el juez dispone el cese de actividad, total o de alguno de sus establecimientos, lo que permite transformar un proceso reorganizativo en un proceso liquidativo⁷.

En definitiva, como es lógico, todas las alternativas para facilitar la preservación de la empresa y su continuidad en el mercado, se ponen en la faz de convenio y sólo se pasa a la faz liquidativa, si no tiene alternativas reales de continuar o sea, si no es rehabilitable⁸.

b) *La liquidación.* La liquidación es entonces, el final del camino de una empresa que no tiene aptitudes para sobrevivir en el mercado, que no puede rehabilitarse y, en tal caso, se procede a su venta. Esta venta se puede realizar de muchas maneras, pero siempre y en todas las leyes, aparece la posibilidad de ser vendida *in totum*, mediante cesión de ella o de sus establecimientos⁹ y una buena parte de las leyes admiten que, si no se contraen nuevos pasivos, continúe la actividad para poder venderla como empresa en marcha¹⁰, tal como prevé nuestra ley.

Algunas de las normas que refiero, tienen regulados los dos institutos concursales con la participación de los acreedores, tanto los reorganizativos (acuerdos reorganizativos) como los liquidativos (acuerdos de liquidación¹¹) donde los acreedo-

⁷ Francia, que ha sido precursora en los modelos de conservación de la empresa, tiene regulada la posibilidad de que el juez del proceso, disponga del mismo transformándolo en liquidativo. Su art. L.631.15.II. En cualquier momento del período de observación, el tribunal podrá ordenar, bien a instancia del administrador, del mandatario judicial, de un interventor (representante de los acreedores), del Ministerio Fiscal, o bien de oficio, el cese parcial de la actividad o dictar la liquidación judicial si se cumplieran con las previsiones del art. 640.1 (saneamiento manifiestamente inviable). En idéntico sentido las leyes de España, Colombia, México, Estados Unidos de América y Uruguay.

⁸ Francia: art. L. 640.1: Se abrirá un proceso de liquidación judicial a todo deudor mencionado en el art. L. 640.2 en estado de insolvencia cuando el *saneamiento de la empresa fuera manifiestamente inviable*.

⁹ Uruguay: cap. III, convenios de cesión de activos, art. 147, cesión total o parcial de activo; Chile, arts. 241 a 250; igualmente Italia y Francia.

¹⁰ Perú: art. 74.2. Sin embargo el juez podrá acordar la continuación de actividades sólo en el caso de que opte por su liquidación en marcha del negocio, por estimar mayor valor de realización bajo esa modalidad. Italia, cap. VI, del ejercicio provisorio y de la liquidación del activo, Sección I, disposiciones generales, art. 104. Ejercicio provisional de la empresa del fallido. "1. Con la sentencia declarativa de quiebra, el tribunal puede promover la continuación provisoria de la empresa, aún limitadamente a un específico ramo de la hacienda, si de la interrupción pudiera derivar un daño grave, y en tanto no genere perjuicio a los acreedores".

¹¹ Portugal: Título IX, Plan de insolvencia, art. 192. Principios generales. El pago de los créditos sobre la insolvencia, la liquidación de la masa insolvente y su distribución entre los titulares de aquellos créditos y el deudor, así como la responsabilidad del deudor una vez finalizado el proceso de insolvencia, pueden ser regulados en un plan de insolvencia dejando de lado las normas del presente Código. Perú: cap. VI. Disolución y liquidación, art. 74, acuerdos de disolución y liquidación; Italia: art. 104 ter. Programa de liquidación (lo presenta el síndico al comité de acreedores para su aprobación). España, art. 148. Plan de liquidación que presenta la administración concursal y es puesto de manifiesto por quince días para que se hagan observaciones.

Perú: art. 74.1. Es la junta de acreedores la que resuelve sobre la liquidación y el plan de liquidación y la continuación del giro de la empresa para mejor venderla (interés por el precio de realización). Se trata y aprueba un "convenio de liquidación" por los acreedores en la junta por mayorías.

Bolivia: cap. VI. Liquidación voluntaria, art. 37. Acuerdo de liquidación y junta de acreedores. El deudor y sus acreedores, a través de la junta de acreedores, realizarán un acuerdo de transición de liquidación voluntaria de la empresa; art. 38.I. La junta de acreedores designará un síndico de liquidación, que tendrá como función principal conducir el proceso de liquidación voluntaria de conformidad

res debidamente asesorados, por sí, en forma directa en las juntas de acreedores, o por medio de sus cuerpos de representación (los comités o comisiones), resuelven sobre ambas variables. En el caso de la norma concursal española, el plan de liquidación se somete a informe de los representantes de los trabajadores a fin de que formulen observaciones o modificaciones (art. 148.3) y si del plan resultaran afectaciones, suspensiones o despidos o modificaciones sustanciales de las condiciones de los contratos de trabajo, deberá realizarse una tramitación especial con conocimiento del juez del concurso (art. 148.4). Tienen el mismo sistema Italia y Portugal¹². O sea, digo que existen también los acuerdos de liquidación, los cuales pueden ser presentados por los órganos auxiliares del juez y aprobados o modificados por las juntas de acreedores o tratados directamente en las juntas. Estos acuerdos de liquidación que normalmente son preparados por la administración concursal (síndico u otros auxiliares del juez del proceso) son aprobados por los acreedores y en los que también toman conocimiento y participación los acreedores laborales, refieren a establecer los caminos, modos y oportunidad a través de los cuales se llevará adelante la liquidación de la empresa y que tiene suficiente amplitud como para comprender todo tipo de negocio jurídico apto o idóneo para la más eficiente liquidación, siendo la cesión de la empresa o de sus establecimientos, una de las opciones importantes.

El centro neurálgico del sistema de los concursos de empresa, pasa por la conservación de la empresa viable, que es la única que tutela eficientemente los intereses de todos los afectados, caso contrario, el interés se desplaza hacia una liquidación consensuada y eficiente, sin que arroje nuevas o mayores pérdidas a los afectados por la insolvencia.

Como podemos apreciar, la idea de la conservación de la empresa, es trascendente, al extremo que muchas de las leyes modernas admiten una sola vía de acceso a los procesos concursales¹³ (sea voluntario o necesario) y una vez presentado el tema al juez del concurso, los caminos se bifurcan. Así, algunas leyes no admiten sino comenzar sólo por un proceso reorganizativo o sea, arrancar siempre por el camino rehabilitatorio y pasar a la faz liquidativa, si en este proceso no se logra superar la crisis; otras leyes, tienen un camino de acceso único, pero es el juez del proceso, quien luego de acceder a completa información sobre las posibilidades de la empresa y su verdadero cuadro de situación, previo generar audiencia y consultas a las partes (acreedores, trabajadores) y cuerpos consultivos del Estado, dispone el tipo de proceso que se desarrollará, con posibilidad de optar por el reorganizativo o el liquidativo.

a las decisiones adoptadas por la junta de acreedores, plasmadas en el acuerdo de transacción de liquidación voluntaria.

¹² Italia: art. 104 ter. Programa de liquidación que es presentado por el síndico a la aprobación del comité de acreedores. El programa constituye el acto de planificación y dirección en orden a la modalidad y a los términos previstos para la realización del activo, especificando entre otras cosas, arrendamiento de la empresa, continuación del giro del negocio, posibilidad de cesión unitaria, etcétera.

Portugal: cap. III. Liquidación, régimen aplicable (art. 156.1.2.3).

¹³ Alemania y España. En España existe unidad de sistema, que la anterior diversificación de tratamientos concursales (quiebra y suspensión de pagos) que actualmente es sustituida por un único procedimiento (el concurso), en el que se distingue una fase común, una fase de convenio y una fase de liquidación, de modo que el convenio y la liquidación no son finalidades alternativas de distintos procedimientos, sino soluciones sucesivas (el convenio como prioridad, la liquidación como opción supletoria) dentro del mismo procedimiento.

Siempre la idea es que, frente a una situación irreversible, no debe postergarse indefinidamente la liquidación de la empresa, pues ello no es eficiente para nadie y menos para el Estado (soporta los costos).

Todas las leyes concursales, sin excepción, tienen un importante compromiso con la *conservación de las empresas*, sólo que admiten que ellas no siempre son recuperables, o sea, no son inmortales. La ley 26.684 está dando una segunda oportunidad a la empresa que está agotada, o a lo que queda de ella, ahora gestionada por los trabajadores y con la finalidad de evitar despidos (protección de la fuente de trabajo), y que ellos mismos la adquieran al liquidarse y la continúen operando.

Según expliqué en la primera parte, el principio de conservación de la empresa tiene su límite en el “derecho de crédito” y cuando la vía para conservarla sea sólo postergando el crédito, el equilibrio concursal se habrá roto y estaremos en presencia de la ley *injusta*.

Con esto llegamos al final de esta introducción diciendo que, si es política del Estado, aun cuando no exista emergencia, mantener a las empresas operativamente a cualquier costo, éste no debe ser soportado por los acreedores, razón por la que, en caso que el Estado quiera sostener financieramente a las empresas mediante las cooperativas de trabajo, esto puede hacerse sólo si se respetan dos premisas, es decir, que el proceso haya ingresado a la etapa liquidativa y que sean pagados los acreedores en el justo valor de sus créditos a moneda de liquidación de la empresa, dándole a la etapa liquidatoria sólo la extensión necesaria para venderla bien.

En síntesis, un proceso liquidativo eficiente y equilibrado.

3. Continuación de la explotación en los concursos de empresas

Si partimos de que, durante la etapa de la negociación (acuerdo reorganizativo) se han realizado todos los esfuerzos para que la empresa pueda mantenerse y rehabilitarse y que la liquidación pasa a ser un instituto al cual se accede cuando ella no es recuperable y los acreedores se expiden negativamente a las propuestas de acuerdo o, que en su caso, el Estado considere igualmente que no debe ser contenida, entonces la liquidación se debe llevar adelante en el menor tiempo posible y resguardando el trabajo y el crédito en los límites razonables, y ello debe obtenerse con la participación de todos los afectados, pero con potestades al juez para resolver sobre el mejor criterio de tutela de todos los intereses.

Los institutos liquidativos (como la quiebra), sólo deben recurrir a la continuación de la explotación con la finalidad de sostenerla en funcionamiento para facilitar la venta en estas condiciones y que otro empresario la adquiera en actividad y con la mayor cantidad de puestos de trabajo conservados, tales los casos de cesión de la empresa¹⁴. En esta mirada, se comprenden simultáneamente todos los intereses comprometidos, pues la venta se realiza de modo tal que alcance el mejor valor y,

¹⁴ Francia: define claramente la situación en su art. L.642.1. “La cesión de la empresa tendrá por finalidad el mantenimiento de actividades susceptibles de explotación autónoma, el mantenimiento de la totalidad o parte de los empleados vinculados a ella y el pago del pasivo”. La cesión podrá ser total o parcial. En este último caso, se referirá a un conjunto de elementos de explotación que formen uno o varios sectores completos y autónomos de actividades.

además, se conserve la mayor cantidad de puestos de trabajos posibles (conservación de la empresa con fin útil).

Se puede admitir filosóficamente que la continuación no sea “excepcional”, pero siempre será un estado provisorio, por el tiempo necesario para alcanzar su venta en funcionamiento y con la condición de que no genere nuevos pasivos durante esta operatoria o sea destructiva de valor (perjuicio a los acreedores). Caso contrario, continuar la explotación y postergar la realización de una empresa inviable, sólo producirá perjuicios a los acreedores con el respectivo traslado de costos para ellos o para la sociedad.

Ya me expedí con respecto a que, cuando, la postergación de la realización de las empresas inviables y de la continuación de la explotación o la conservación de empresas irre recuperables sea definición política del gobierno en ejercicio, ésta no se puede llevar adelante a costa de los acreedores postergando sus derechos de crédito. O sea, me expido claramente indicando que el gobierno elegido democráticamente, puede desarrollar la política económico-social que considere apropiada, pero sin trasladar los costos a los acreedores de esa empresa. Los costos de las políticas de Estado, deben ser soportados, en su caso, por todos los ciudadanos, luego el pueblo puede modificar con su voto las políticas y prioridades de los gobiernos si considera que son equivocados.

4. La participación de los trabajadores y acreedores laborales en la quiebra

En esta segunda parte, comienzo el análisis de los roles que la ley de reforma 26.684 ha dispuesto para los trabajadores y los acreedores laborales en la quiebra, esto es lo que llamo la *participación de los trabajadores en la quiebra*.

Por medio del estudio de la norma reformadora, se trata de determinar en lo posible, si sus previsiones son equilibradas para todos los intereses o si en su caso, se ha desplazado a favor de la cooperativa de trabajo, postergando los derechos de los demás acreedores y si el juez dentro de este marco de perfil publicista, tiene posibilidades en forma razonable, de tutelar equilibradamente los intereses dentro del proceso.

En el proceso de quiebra, los trabajadores de la empresa, que ahora sí, son simultáneamente “acreedores laborales” por haberse declarado la quiebra, tienen participación en los siguientes roles: en el control verificadorio; en la conformación del comité de control de liquidación; en la posibilidad de contratar con la quiebra (locación, cesión de fondo de comercio, etc.); continuación de la explotación y compra de la empresa (realización de los bienes en la quiebra).

a. Control verificadorio

Me remito a lo desarrollado en la primera parte. Este control verificadorio podrá ser realizado por los trabajadores en la quiebra por una doble vertiente: a) porque son acreedores y como tales siempre han tenido legitimación activa para participar en la etapa verificadoria y presentar observaciones a los pedidos verificadorios; b) porque el art. 34 actualmente modificado y que permite a *los trabajadores* pedir vista al síndico de los pedidos de verificación de créditos, es aplicable en la quiebra de

conformidad con la norma del art. 200 que reedita al art. 34 (período de observación de créditos).

b. Conformación del comité de control

La regulación está dispuesta en el art. 201¹⁵, que tiene una pésima redacción y dará lugar a diversas interpretaciones.

No dice cuántos trabajadores deberán integrar el comité de control. Si la quiebra es indirecta se debería haber formado alguno de los comités del concurso preventivo y, en su caso, continuarían éstos (el provisorio, el de categorización o el de control de cumplimiento) en los cuales ya se prevé que los trabajadores que lo integran serán tres. Pero la quiebra puede ser directa y, en tal caso, no está dispuesto en este artículo cuántos trabajadores (acreedores laborales) participan.

El art. 260, que es complementario del art. 201, indica que el comité de control de la liquidación será integrado por tres acreedores elegidos por mayoría de capital y también debe ser integrado por los representantes de los trabajadores de la concursada o fallida, elegidos por los trabajadores, pero sin indicar cantidad. La utilización del plural para la representación de los trabajadores indicaría que son más de uno y debe pensarse que serán los tres que ya tiene previsto en los arts. 42 y 45, y que debería elegirse uno por cada rama de la empresa (administrativos, trabajadores, etcétera).

En fin, como no es el cometido de este trabajo hacer un análisis exegético de cada artículo de la ley de reformas, sino estudiar las características de las modificaciones y su peso específico sobre el resto de los intereses de los concursos, queda el tema expuesto, sólo con las dudas.

c. Contrato de locación y otros contratos

En el derecho comparado, también se da la posibilidad de que mientras se establece o determina la forma y modo de realización, se pueden llevar a cabo contratos sobre los establecimientos o bienes de la empresa fallida, pues ello facilita su conservación y también permite la generación de rentas a favor de la quiebra¹⁶. Aho-

¹⁵ Art. 201, ley 26.684. "Dentro de los diez días contados a partir de la resolución del art. 36, el síndico debe promover la constitución del comité de control que actuará como controlador de la etapa liquidatoria. A tal efecto cursará comunicación escrita a la totalidad de los trabajadores que integren la planta del personal de la empresa y a los acreedores verificados y declarados admisibles, con el objeto que, por mayoría de capital designen a los integrantes del comité".

¹⁶ Brasil: art. 114. Locación y arrendamiento de los bienes de la masa fallida. En el caso de la ley brasilera, los contratos los realiza el síndico con autorización del comité. No se exige la conformidad o autorización del juez. El plazo de duración puede ser interrumpido en cualquier momento si el bien o bienes se vendieran antes del término establecido y el ser contratante no da mejor derecho para la compra. A su vez, el art. 145.2 establece que los empleados del deudor, pueden utilizar los créditos derivados de la legislación laboral para la adquisición o *arrendamiento de la empresa*. De modo que la ley brasilera admite la intervención de los empleados en el arrendamiento y/o compra y permite la compensación de créditos.

Francia: arts. 642.13 y 642.15. La ley concursal francesa admite también el arrendamiento del negocio fallido en la etapa liquidativa y como camino o medio hacia la cesión del establecimiento (venta de la empresa en marcha) y que en caso de arrendamiento del negocio, la empresa deberá ser

ra bien, las normas del derecho comparado citadas, no direccionan quién será en su caso arrendatario y no aparece una cooperativa de trabajadores, si bien tampoco existe prohibición de que fuera una persona jurídica constituida únicamente por trabajadores o juntamente con terceros. Son en tal orden, leyes que contemplan la posibilidad de modo similar a nuestro régimen derogado; está la posibilidad de que sea cualquier interesado, y la ley sólo pone reglas y condiciones para que la locación o arrendamiento de una o más unidades de negocios o establecimientos de la empresa fallida puedan realizarse.

De modo, que vemos aparecer en el derecho concursal latinoamericano esta posibilidad expresa de que fueran personas jurídicas constituidas por los trabajadores en actividad, ya que Italia, Francia, España¹⁷ admiten el arrendamiento, pero no establecen esta mención específica o como en nuestro caso, no sólo la mención, sino la vía operativa para posibilitarlo, lo que sería, en definitiva, la facilitación del acceso al contrato.

De modo que, es el derecho concursal latinoamericano el que viene avanzado más en la dirección de la conformación de sociedades integradas por trabajadores para la protección de sus fuentes de trabajo y/o la continuación de la empresa y en definitiva, una más directa participación en la suerte futura de la empresa que ha entrado a la liquidación.

En el capítulo IV de la ley de concursos y quiebras, se regulan los actos de incautación, conservación y administración de los bienes de la quiebra. El art. 185 dispone que mientras se prepara y lleva adelante la venta de los bienes, la quiebra puede administrar los bienes de tal modo que faciliten su conservación o generen rentas¹⁸.

Entre los contratos posibles que pueden realizarse para la obtención de rentas (frutos), está la locación de los bienes ya sea individualmente o directamente el establecimiento. En los términos del art. 187 de la LCQ, los contratos (incluido el de locación) no podrán exceder los plazos de la realización. El criterio de la ley 24.522 fue siempre que estos contratos eran transitorios, sin respetar plazos mínimos de los ordenamientos que los regulan, por ejemplo, la locación de cosas o inmuebles tanto de vivienda como de comercio. El plazo siempre estuvo vinculado con el tiempo que el proceso requiere para alcanzar la venta de los bienes. El juez tiene la facultad de resolver el contrato en cualquier momento a fin de recuperar su disponibilidad. La situación es idéntica en las provisiones similares del derecho comparado, el término de los contratos no puede exceder el necesario para la liquidación de la empresa.

cedida de modo definitivo en los dos años siguientes a la resolución de aprobación del plan (plan de cesión de empresa en marcha art. 642.1 y siguientes).

Italia también admite la "locación de hacienda o ramos de la hacienda" (art. 104 bis).

¹⁷ Francia: art. L.642.15. En caso de arrendamiento de negocio, la empresa deberá ser cedida de modo efectivo en los dos años siguientes a la resolución de aprobación del plan. Italia: art. 104 bis, locación de hacienda, la locación se autoriza a pedido del síndico, el juez delegado, previo parecer favorable de la comisión de acreedores, autoriza la locación de la hacienda a terceros.

¹⁸ Art. 185, LCQ: "El síndico puede realizar los contratos que resulten necesarios, incluso los de seguro, para la conservación y administración de los bienes, previa autorización judicial. Para otorgársela debe tener en cuenta la economía de los gastos y el valor corriente de esos servicios. Si la urgencia lo hiciere imprescindible puede disponer directamente la contratación, poniendo inmediatamente el hecho en conocimiento del juez".

De la ley 24.522 no resulta ni individualización ni prohibición de que fueran los mismos trabajadores organizados según ellos lo establecieran, quienes alquilaran el establecimiento o determinados bienes, o sea, era factible que los trabajadores con o sin otros acreedores laborales y/o asociados con terceros, pudieran ofertar y contratar la locación del fondo de comercio, de un establecimiento o de determinadas máquinas o bienes.

Como dije anteriormente, la reforma que introduce la ley 26.684 lo que hace (al igual que en el salvataje) es mostrar la posibilidad de que los trabajadores puedan contratar con la quiebra¹⁹ y a partir de allí, regula como intervendría la cooperativa de trabajadores. Desde ya, no obstante que la ley habla de la *cooperativa de trabajadores*, igualmente éstos, y todos o algunos, podrían organizarse a través de otro modelo contractual o asociativo y también contratar con la quiebra.

La ley facilita enormemente la posibilidad de que la cooperativa de trabajo contrate con la quiebra, al permitir que sus integrantes garanticen con sus créditos el canon locativo y todo lo relativo al contrato. De otro modo, sería difícil para los trabajadores otorgar garantía para poder alquilar, por ejemplo, un establecimiento industrial. Por su parte, la misma regulación también facilita al juez aceptar dichas garantías, ya que lo autoriza; esto no significa que el juez no deba valorar la entidad de los créditos cedidos en garantía por los trabajadores y además, ponderar adecuadamente el resto de los intereses en juego frente a este contrato.

Al no modificarse el art. 186, las características del contrato –aun cuando éste fuera realizado con la cooperativa de trabajadores– permanecen inalteradas. Es transitorio, de plazo perentorio, no puede tener una vigencia superior al término necesario para encauzar la realización de los bienes y puede ser resuelto por el tribunal.

Conforme se ha visto entonces, la diferencia radica en el aspecto vinculado con las garantías, que de no ser por el sistema implementado por la ley, prácticamente la cooperativa de trabajadores tendría dificultades para calificar con la *garantía suficiente* que el mismo art. 186 obliga al juez a evaluar. Se advierte que la garantía con afectación de sus derechos de créditos, la otorga cada empleado en persona y con asistencia de la asociación sindical, o sea, la ley se asegura de que el trabajador tenga adecuado asesoramiento y a la vez, tratándose de una renuncia o afectación de créditos laborales, éstos deben llevarse a cabo, no obstante la presencia judicial, frente a la autoridad sindical.

¹⁹ Art. 187. “De acuerdo con las circunstancias el juez puede requerir que se presenten diversas propuestas mediante el procedimiento que estime más seguro y eficiente y que se ofrezcan garantías. *La cooperativa de trabajo de trabajadores del mismo establecimiento podrá proponer contrato. En este caso se admitirá que garantice el contrato en todo o en parte con los créditos laborales de sus asociados pendientes de cobro en la quiebra que éstos voluntariamente afecten a tal propósito, con consentimiento prestado en audiencia ante el juez de la quiebra y con intervención de la asociación sindical legitimada. La sindicatura fiscalizará el cumplimiento de las obligaciones contractuales. A esos fines, está autorizado para ingresar al establecimiento para controlar la conservación de los bienes y fiscalizar la contabilidad en lo pertinente al interés del concurso.* Los términos en que el tercero deba efectuar sus prestaciones se consideran esenciales, y el incumplimiento produce de pleno derecho la resolución del contrato. Al vencer el plazo o resolverse el contrato, el juez debe disponer la inmediata restitución del bien sin trámite ni recurso alguno” (la bastardilla corresponde al texto de la reforma).

La garantía con los créditos privilegiados de los acreedores laborales que voluntariamente dispusieran de todo o parte de ellos, implica que, si la cooperativa no cumple con el pago del canon locativo, no paga los seguros, daña los bienes o no restituye en tiempo, estos créditos se verán afectados a la reparación del daño o del incumplimiento. Diversos autores se han preguntado ¿cómo se efectivizará esta garantía?²⁰ Conjeturo, que en tal caso deberá entenderse, que se les retendrá del producido de la liquidación, la parte de sus créditos privilegiados que fueran necesarios para resarcir o reparar los daños causados. Entonces la *garantía suficiente* se vinculará con un estudio que deberá mandar realizar el juez para saber cuál sería el valor probable que cobrarían los acreedores laborales por la realización de los bienes afectados a su privilegio (especial o general) y luego, ver cuántos son y por qué montos, los acreedores que ofrecen sus créditos en garantía.

Se verá en la práctica, si realmente los trabajadores que integren la cooperativa estarán dispuestos a “apostar” a la continuación de la explotación por el sistema de contrato de locación de la empresa, afectado sus créditos. En este punto, comparto el análisis de situación que realiza Truffat²¹ en el sentido de que con las regulaciones de la continuación inmediata y la posibilidad de compra de la empresa con compensación, no se ve que la cooperativa pueda interesarse en la locación de la empresa para mantenerla en marcha. En primerísimo lugar, porque para la locación la ley le exige “garantizar” con sus créditos, cosa que “insólitamente”, no lo exige para la continuación de la explotación.

Considero entonces, que el instituto de la locación sólo será requerido por los trabajadores, para hacer uso de algunos bienes de la empresa, en los casos que ellos analicen razonadamente que la continuación sea inviable.

Por último, la ley 26.684 introdujo un párrafo que es de aplicación al régimen de los contratos, más allá de que el co-contratante de la quiebra sea o no la cooperativa, pues de su redacción no resulta una limitación en su alcance. Conforme a este párrafo, la sindicatura controlará el cumplimiento de las obligaciones contractuales, situación que de hecho ya operaba, pues el síndico es el administrador de los bienes. Lo mismo se aplica con respecto al ingreso al establecimiento y el control de la conservación de los bienes. Ambos aspectos resultan habituales en los contratos de locación que el síndico suscribe con los terceros (con autorización del tribunal).

La ley también faculta al síndico dentro del concepto de controlar las obligaciones contractuales, a ¿“fiscalizar la contabilidad en lo pertinente al interés del concurso”? Lo primero que debe destacarse, es que esta previsión se aplicaría a cualquier contratante (la ley no distingue). Con la genérica redacción utilizada parecería que la sindicatura pudiera investigar toda la contabilidad del locador, sea cooperativa o un tercero, lo cual es absolutamente impropio y antijurídico y excede en mucho lo “pertinente al interés del concurso”. Comparto entonces la interpretación acotada que hace Tropeano en el sentido que refiere sólo a los bienes desapoderados en cuanto a la regularidad en el pago de los seguros, impuestos y tasas, reparaciones o man-

²⁰ Rubín, Miguel, *Las reformas a la ley de concursos y quiebras del año 2011 y el fenómeno de las cooperativas de trabajo*, ED, 1/8/11. Truffat, Daniel, *La ley 26.684: ¿Argentina 1Q84?*, ED, 16/8/11.

²¹ Truffat, *La ley 26.684: ¿Argentina 1Q84?*, ED, 16/8/11.

tenimiento y no otra cosa²². En realidad esto no es *fiscalizar una contabilidad* sino, modestamente, exigir la constancia de cumplimiento de los costos y gastos a cargo del locador, respecto de los bienes locados.

De algún modo, el sistema es distinto en el régimen italiano, donde se exige al locatario, no sólo acreditar solvencia, sino un plan de prosecución de la actividad empresarial, *teniendo en cuenta la conservación de los niveles ocupacionales*²³ y por ende, la posibilidad de fiscalizar del síndico es razonable para saber si está cumpliendo las pautas del plan de actividad. La ley le confiere preferencia de compra al locatario que ha continuado explotando la empresa (derecho de prelación). El sistema es realmente interesante.

Cerrando el comentario a esta disposición de la reforma y analizando si la misma influye o modifica el juego de los intereses del concurso, considero que de la redacción de la ley, tomando a ésta en sentido estricto, no se advierte perjuicio para los acreedores. Ahora bien, deberá estarse a su aplicación práctica, y a la “*tolerancia*” de los jueces en el alongamiento de estos contratos que la quiebra suscriba. La suspicacia está siempre a la vista cuando se trata de la cooperativa de trabajadores como contratante de la quiebra y la presión que esta situación siempre genera en el proceso, para el síndico y para el juez. Pero como digo, no sería un problema de redacción sino de aplicación de la norma.

d. De la continuación de la explotación

Lo primero que debo decir es que, prácticamente todas las leyes de concursos tienen previsiones para facilitar la venta de la empresa como unidad y en funcionamiento, lo que hace necesario que el instituto de la continuación de la explotación esté presente, citando a título de ejemplo las leyes de Chile, Estados Unidos de América, Italia, México, Perú, Portugal, Uruguay²⁴, entre otras. No obstante, una lectura atenta de las distintas normas, permitirá apreciar las diferencias de objetivos que se persiguen en cada una de ellas.

En las leyes de contenido privatista, el énfasis de la venta de la empresa como unidad y en funcionamiento se centra en la mejora de las expectativas de cobro por parte de los acreedores, o sea, un aspecto de conveniencia económica (mejores resultados distribuibles). Las leyes más recientes muestran como los acreedores disponen de la facultad de decidir por voto lo relativo a la liquidación y al “*plan de liqui-*

²² Tropeano, Darío, *La reforma laboral a la ley de quiebras. Luz y sombras en el horizonte*.

²³ Italia: art. 104 bis. 1) También antes de la presentación del programa de liquidación referido en el art. 104 ter, a propuesta del síndico, *previo parecer favorable de la comisión de acreedores* se autoriza la locación...2) La elección del locatario es efectuada por el síndico según el art. 107... La elección del locatario debe tener en cuenta, además del monto del canon ofrecido, las garantías presentadas y la *factibilidad del plan de prosecución de la actividad empresarial, teniendo en cuenta la conservación de los niveles ocupacionales*... 4) La duración de la locación debe ser compatible con la exigencia de liquidación de los bienes. 5) El derecho de prelación a favor del locatario puede ser concedido convencionalmente, previa expresa autorización del juez delegado y *previo parecer del comité de acreedores*.

²⁴ Chile, arts. 99, 111 y ss. (muy trabajado); Estados Unidos de América, cap. VII, sub-sección II, sección 724, autorización para realizar operaciones comerciales; Italia: ejercicio provisional de la empresa del fallido, art. 104; México, arts. 197, 211 y 214; Perú, art. 74 y ss.; Portugal, art. 155 c. y otros; Uruguay, arts. 169, 171 y 174.

dación”, pero es casi imposible que el plan de liquidación y/o en la cesión de la hacienda y/o de algunas de sus unidades de negocios o establecimientos, sea realizado sin intervención de la representación de los trabajadores. Aún en las leyes donde la tutela del crédito es más acentuada, el juez, previo a aprobar el plan, escucha a las partes y sólo algunas pocas resuelven el tema y el plan de liquidación, directamente a través de la votación en las juntas y sin intervención del juez del proceso.

Las normas que muestran una mayor presencia del interés público (publicismo) tienen más tarifado el proceso liquidativo y le dan poca participación a los acreedores en la toma de decisión sobre la empresa en liquidación. El modo, forma y tiempo de la realización de los bienes es puesto en manos del juez del proceso, tal cual nuestra ley.

Lo cierto es que en las leyes del derecho comparado que he tenido oportunidad de leer²⁵, en las cuales existen perfiles filosóficos distintos, ninguna tiene un avance tan marcado a favor de la presencia y posibilidades de los trabajadores y acreedores laborales en el proceso liquidativo, como la nuestra a partir de la reforma de la ley 26.684.

En el tema de la continuación de la explotación, es donde se muestra más nítidamente el importante cambio de filosofía entre el legislador de 1995 y el del 2011 (con sus reformas intermedias). Cuanto más nos alejamos de la oportunidad en que fue sancionada la ley 24.522, más se profundiza el cambio de modelo; del privatismo al publicismo y a su vez, más se acentuó la filosofía del Estado en la conservación de la empresa para preservar puestos de trabajo, minorando las potestades de los acreedores. Veremos conforme está redactada la ley reformadora, que el mayor valor de venta de la empresa en marcha, si bien sigue existiendo, se ha transformado en un postulado o principio liquidativo de segundo rango, siendo la preservación del empleo, el que ha ascendido a primerísima prioridad.

La visión originaria del instituto estaba puesta en el “mejor valor” o sea, venderla como unidad en funcionamiento para obtener un mejor precio por los bienes. Luego, comenzó a pesar lo relativo a la conservación de las fuentes de trabajo y entonces, el instituto de la continuación de la explotación seguía siendo restrictivo y de carácter excepcional, pero tomándose en consideración ambos aspectos. Por último, el aspecto laboral ha ido ganando espacio en las regulaciones concursales y la continuación de la explotación es una muestra de ello ya que la mayor parte de las leyes toman muy en cuenta, tanto la venta como unidad, como la cesión de la empresa y los derechos y posibilidades de los trabajadores de no perder la fuente de trabajo, o por lo menos, que sea afectada en la menor medida posible. Lo que sí, esas leyes dan posibilidad al juez de resolver valorando la situación, o sea, un juez con información realista de las posibilidades y pudiendo obtener de la etapa liquidativa lo mejor en procura de todos los intereses. Digo que esta disponibilidad judicial no se la ve tan cómoda dentro de nuestro traje legal (ley 26.684).

La ley reformadora altera definitivamente las prioridades en la etapa liquidativa, introduciendo dos modificaciones que son esenciales para consolidar el cambio de

²⁵ Alemania, Italia, Francia, España, Portugal, Estados Unidos de América, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Chile, Uruguay, Paraguay y Brasil, muchas de ellas con perfiles filosóficos diversos.

filosofía: 1) le quita el carácter de excepcional a la continuación de la explotación, y 2) admite que, tanto en la continuación inmediata como en la común, deba contemplarse el *pedido de los trabajadores para preservar la fuente de trabajo*.

El esquema de continuación de la explotación de la ley 24.522 era de carácter restrictivo, donde primaba la *excepcionalidad* y con una clara finalidad, que era la de evitar perjuicios inmediatos a la quiebra (continuación inmediata) o menos excepcional o restrictivo cuando se podía continuar la explotación sin generar nuevos pasivos y con la sola finalidad de vender la empresa en funcionamiento²⁶ cuidando de no causar perjuicio a los acreedores.

Como vemos, la ley 24.522 tenía en mira dos aspectos: a) en la continuación inmediata, la decisión se tomaba para evitar un perjuicio a la quiebra y al patrimonio²⁷; b) en la continuación “común” a todos los procesos, la decisión se tomaba primeramente con mayores resguardos y debiendo cumplirse múltiples recaudos, dado que no existía el peligro inminente al patrimonio de la quiebra, pero el objetivo final se centraba en la posibilidad de vender la empresa en marcha, sin contraer nuevos pasivos.

Ante la crisis de los años 2001 y 2002, que arrastró al cierre a una gran cantidad de empresas, y con ello, al crecimiento de la desocupación en términos alarmantes, se produce una primera flexibilización al criterio con que debe mirarse la continuación de la explotación en las quiebras. La continuación inmediata, quedó sin modificación. Pero en la continuación “común”, la ley 25.589 introduce el párrafo segundo del cual resulta que para resolver sobre la continuidad de la explotación se tomará en cuenta *el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia... los que deberán actuar bajo la forma de una cooperativa de trabajo*. A su vez incorpora un último párrafo que abre la posibilidad de que el juez amplíe el plazo de continuación de la explotación *en la medida que ello fuera razonable para garantizar la liquidación de cada establecimiento como unidad de negocio y con la explotación en marcha*. Se pueden advertir dos elementos de flexibilización en el esquema de continuación de la explotación, que es una alteración en la pauta de ponderación, que permite tomar en cuenta el pedido de los trabajadores en actividad y luego, un margen elástico para decidir el tiempo de duración de la continuación de la explotación de la empresa, aun preservado el criterio de que es para vender con la explotación en marcha. Obviamente, comienza el cambio de paradigma respecto de la continua-

²⁶ Los arts. 189 y 190 de la ley 24.522 preveían la posibilidad de continuación de la explotación; art. 189: El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos sólo *excepcionalmente* si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave *al interés de los acreedores* y a la *conservación del patrimonio*. Destaco que el interés a ser tenido en cuenta por el síndico y por el juez referencia al de los acreedores y del patrimonio, no de los trabajadores ni de la conservación de la empresa. El art. 190: El trámite común para todos los procesos. En toda quiebra... el síndico debe informar... la posibilidad excepcional de continuar con la explotación de la empresa del fallido o alguno de sus establecimientos y la conveniencia de enajenarlos en marcha. El art. 191 le da el marco, estableciendo que el juez autorizará “sólo en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización o se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse”. Art. 192, párr. último, conclusión anticipada. El juez puede poner fin a la continuación de la explotación antes del vencimiento del plazo fijado si ella resultare deficitaria o de cualquier otro modo resultare *perjuicio para los acreedores*.

²⁷ Art. 189, ley 24.522. El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos sólo excepcionalmente si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio.

ción de la explotación y también, respecto de la conservación de la empresa dentro del proceso liquidativo y, en su caso, del interés de los acreedores. Este régimen todavía no pospone de “iure” el interés de los acreedores “no laborales” (el cual queda todavía cubierto con el ropaje de la ley 24.522), pero la ley ha recibido un primer impacto profundo en su línea filosófica, pues la flexibilización de criterios y objetivos, en períodos de alta sensibilidad social, producen un cambio en las prioridades y de hecho así ocurrió con todo lo conocido sobre “expropiaciones” y “empresas recuperadas” o “tomas de fábricas”.

Desde el 2002 a la actualidad, ingresaron al Congreso múltiples proyectos de reforma de la ley de concursos vinculados con el tema trabajadores y conservación de la empresa en la quiebra, que tuvieron estado legislativo pero lo perdieron sin alcanzar a concretarse en una reforma. Esta crisis fue el “gran despertar”, porque al haber un altísimo grado de desocupación, cada empresa que cerraba dejaba sin trabajo a una gran cantidad de trabajadores que, a su vez, en ese contexto recesivo y de desempleo, tampoco podían conseguir nuevo trabajo, o sea, los empleados pasaban a engrosar las filas de los desocupados. En este contexto, perder el trabajo implicaba entonces, no tener ninguna posibilidad de generar ingresos, y allí comenzaron las “tomas” de fábricas; fueron los albores de la autogestión o empresas autogestionadas por los trabajadores. La decisión de quedarse en las empresas que habían quebrado y seguir trabajando en ellas, fue la respuesta al contexto económico y social que se vivía en la crisis. En el año 2002 y como respuesta a esta situación de crisis de desempleo, se modifica por primera vez lo relativo a la continuación de la explotación y hacen su aparición en la ley concursal, las *cooperativas de trabajo* que son un modelo de sociedad horizontal de autogestión por los trabajadores. Los años 2003 y 2004 fueron los máximos exponentes de las tomas de fábricas, expropiaciones y nacimiento de cooperativas de trabajo.

En definitiva, la continuación de la explotación en la quiebra a través de las cooperativas de trabajo, fue una *reacción* a las quiebras de empresas que dejaban a los trabajadores sin empleo y sin posibilidad de volver a trabajar. Los cambios legislativos de aquellos años (expropiaciones de fábricas y modificación de la ley de concursos), estuvieron signados por el cambio socio-económico que sufrió el país. Pero los acreedores, que también son parte interesada, quedaron postergados, aun con expropiaciones mediante.

Como expresaba en la primera parte de este trabajo, las leyes de concurso deben ser analizadas dentro del contexto socio-económico en que son dadas. Los períodos de prosperidad muestran leyes que se orientan más a la protección del crédito y en los períodos de crisis, las leyes concursales apuntalan más la conservación de la empresa y del empleo.

De todos los proyectos de reformas presentados desde 2004 en adelante, ha sido la ley 26.684 la que en definitiva llega a transformarse en “*ley reformadora*” y los cambios que produce en esta materia son importantes y han modificado profundamente el perfil de la ley de concursos en la etapa liquidativa.

Reitero que el marco socio-económico actual en Argentina, que es de crecimiento de las empresas y del empleo, no daba lugar al dictado de estas reformas, propias de las crisis, lo que con claridad muestra que se trata de un cambio definitivo de filosofía y la posición actual del legislador frente a los procesos concursales.

La reforma relativa a la continuación de la explotación se realiza sobre los arts. 189 a 193, 195, 197 y 199 e incorpora el art. 191 bis.

Veamos los cambios:

1) Continuación inmediata (art. 189²⁸). El perfil de la continuación inmediata ha sufrido un cambio radical. Con la redacción actual puede decirse que la continuación inmediata deja de ser un régimen de absoluta excepción para transformarse casi en una posibilidad normal que dependerá sólo de la decisión y organización de los trabajadores. Para ser coherente con el nuevo criterio, se quitó de su texto la expresión continuar “*excepcionalmente*”.

Entre los aspectos que el síndico deberá tener en cuenta para tomar la decisión de llevar adelante la continuación inmediata, están el daño grave al interés de los acreedores, la conservación del patrimonio, e incorpora esta ley “*si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiendo que el emprendimiento resulta económicamente viable*” que eran pautas para definir la continuación en el trámite común.

Esta primera definición de las causales que habilitan llevar adelante la continuación de la explotación, mantuvo las dos primeras que eran las que estaban en la ley 24.522, y dos nuevas: si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, situación que ya está comprendida dentro del primer mandato (grave daño al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio), con lo que quiero decir, que si no estuviera expresado, igualmente está operativo porque no concluir un ciclo de producción, es causar un perjuicio. La otra causal, que es que el síndico entienda que el emprendimiento resulta económicamente viable, es absolutamente “inoperativa”, dado que éste, recién asumido y sin conocer la empresa con toda su complejidad, nunca estará en condiciones, tan tempranamente, de decir que la empresa sea *económicamente viable* como para decidir una continuación inmediata.

Además, la ley faculta a la cooperativa de trabajadores (en formación) a pedir la continuación de la explotación para la “*conservación de la fuente de trabajo*”.

Conforme la actual redacción, a la continuación inmediata puede accederse de tres maneras: a) por *decisión del síndico* al momento de aceptar el cargo y asumir sus funciones si viera que la situación encuadra en alguna de las cuatro pautas des-

²⁸ Art. 189 reformado por ley 26.684. “El síndico puede continuar de inmediato con la explotación de la empresa o alguno de sus establecimientos, si de la interrupción pudiera resultar con evidencia un daño grave al interés de los acreedores y a la conservación del patrimonio, si se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse o entiendo que el emprendimiento resulta económicamente viable. También la conservación de la fuente de trabajo habilita a la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos, si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, incluso en formación, la soliciten al síndico o al juez, si aquél todavía no se hubiera hecho cargo, a partir de la sentencia de quiebra y hasta cinco días luego de la última publicación de edictos en el diario oficial que corresponda a la jurisdicción del establecimiento. El síndico debe ponerlo en conocimiento del juez dentro de las veinticuatro horas. El juez puede adoptar las medidas que estime pertinentes, incluso la cesación de la explotación, con reserva de lo expuesto en los párrafos siguientes. Para el caso que la solicitud a que refiere el segundo párrafo del presente, sea una cooperativa en formación, la misma deberá regularizar su situación en el plazo de cuarenta días, plazo que podría extenderse si existiesen razones acreditadas de origen ajeno a su esfera de responsabilidad que impidan tal cometido”.

criptas por la ley; b) por *decisión del síndico* a pedido de los trabajadores en proporción mayor a los 2/3 (trabajadores o acreedores laborales) para conservar la fuente de trabajo; c) por decisión del juez en iguales circunstancias, si el síndico aún no hubiera aceptado el cargo. En este supuesto el tiempo que tendrían los trabajadores para pedirlo, sería desde la sentencia de quiebra hasta cinco días posteriores a la última publicación de edictos.

El cambio de criterio es notorio y se refleja en la nueva redacción del art. 203, el cual muestra que no comienza de inmediato la realización de los bienes cuando se trate de la quiebra de una empresa, si se ha dispuesto la continuación de la explotación, lo que por otra parte era lógico y aplicable aun al régimen anterior.

Puede preverse entonces que frente a la declaración de quiebra de un empresario, la continuación de la actividad empresarial (continuación de la explotación) será una situación con altas posibilidades de ocurrencia. O sea, se dispondrá la continuación de la explotación y luego se ve su factibilidad en términos económicos y de donde conseguir los recursos, dado que el Estado ha fijado esta prioridad en el mismo cuerpo normativo de la reforma de brindarle “asistencia técnica” (art. 191 bis)²⁹ que como dice Pereyra³⁰ cuenta con marco regulatorio desde enero del 2011 por res. INAES 4156.

Como ha quedado redactado y en el orden dispuesto, todo indica que primero se continúa a pedido de la cooperativa de trabajadores o acreedores laborales (en formación) y luego, en el párrafo siguiente, el juez puede disponer medidas e incluso el cese en caso que fuera dañoso para el patrimonio.

La “causal objetiva” de continuación de la explotación con sustento en la “*conservación de la fuente de trabajo*” implica que ella sólo depende de la voluntad y consenso de los trabajadores, lo que muestra el crecimiento trascendente de la participación de los trabajadores en la quiebra. No obstante, habrá que ver si ellos reúnen recursos como para arrancar con la actividad de inmediato.

¿Es de aplicación en este supuesto de continuación inmediata, la inapelabilidad a la resolución del juez que no hace lugar al pedido de los trabajadores de continuar la explotación (art. 273, inc. 3°), o es apelable y con efecto suspensivo, como resulta de la actual redacción del art. 191 *in fine*? Creo que debe ser considerado inapelable por dos razones: 1) porque la ley concursal dispone que sólo son apelables las resoluciones en las que ella misma establece tal posibilidad; 2) porque no causa daño irreparable, dado que está corriendo el término para lo que sería la continuación común u ordinaria, donde el juez contará con mayores elementos de información y prueba para valorar si la continuación de la explotación se ajusta a los recaudos y tutelas previstas, en este caso, la denegatoria es apelable.

²⁹ Reforma ley 26.684. Art. 191 bis: “En toda quiebra que se haya dispuesto la continuidad de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos por parte de las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativas, incluso en formación, el Estado deberá brindarle la asistencia técnica necesaria para seguir adelante con el giro de los negocios”.

³⁰ Pereyra, Alicia, *La participación de los acreedores laborales y los trabajadores en el concurso preventivo del empleador*, trabajo recibido vía email (agosto/2011) “El capital de giro. Por otro lado, la resolución INAES 4156 publicada en BO el 4/1/11, aprueba las pautas para el otorgamiento de préstamos y subsidios a las cooperativas y mutuales; además de brindar asistencia técnica que permita a los trabajadores llevar adelante con éxito la recuperación de empresas”.

¿Es apelable la resolución del juez que dispone el cese de la explotación?

Este sí es un problema mayúsculo, porque si bien no hay previsión normativa, la jurisprudencia viene abriendo la vía apelativa en los casos que pueda causarse un daño irreparable y el cese de la continuación podría serlo, pero por otro lado, si el juez dispuso el cese, lo será por razón de que opera a pérdidas o causa un daño a la quiebra y un perjuicio a los acreedores (art. 192) situación frente a la cual tiene mandato expreso de disponer el cese. Se trata de un verdadero conflicto de prioridades aplicable tanto a la continuación inmediata como a la ordinaria.

2) Trámite común para todos los procesos (art. 190 al 199). El síndico debe dictaminar en todos los casos sobre la posibilidad de la continuación de la explotación, aun cuando ésta estuviera operando en razón de una *continuación inmediata* y en dicho informe deberá expedirse sobre los recaudos que el art. 190 de la LCQ le exige en sus ocho incisos, entre los cuales milita presentar un plan de explotación que demuestre que ésta podrá llevarse adelante sin generar nuevos pasivos.

Nuevamente, se le quita el carácter de *excepcional* al suprimir el término de la redacción del artículo. De modo que, en ninguno de los dos supuestos de continuación de la explotación, ésta puede ser considerada como excepcional, sino que en todo caso, su operatividad dependerá del régimen establecido y de la posibilidad material de llevarla adelante.

Cuando la continuidad de la explotación sea pedida por los trabajadores, éstos deberán presentar al síndico dentro del plazo de 20 días, un proyecto de explotación (plan de explotación) que explique las proyecciones de la actividad económica, y éste deberá expedirse al respecto. En cuanto a la continuación por la sindicatura, lo relativo al plan de recursos, la reestructuración y la viabilidad en la continuación, ya lo tenía establecido el art. 190 de la LCQ. Como puede advertirse, el legislador ha incorporado un reclamo de una parte de la doctrina, entre la que me incluyo, que es la necesidad de que la cooperativa también presente un plan de negocios que justifique razonablemente que podrá continuar la explotación. Precisamente, porque es la viabilidad la que justifica la suspensión de la liquidación y, por sobre todas las cosas, porque considero que será justamente este plan que demuestre que va a ser viable, lo que permitirá el crédito de proveedores a la cooperativa y también a los recursos que el Estado va a transferirles.

Decíamos con Junyent Bas³¹, en una comunicación que presentamos en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, que en el Proyecto de Reforma a la ley de concursos enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso en marzo de 2010, “la continuación de la explotación ordinaria, exige la acreditación de la viabilidad económica, tal cual lo requiere la norma actual, en este caso se le exige a la cooperativa de trabajadores que presenten un proyecto de explotación o plan de explotación”.

Se trata de un doble análisis sobre la viabilidad de la continuación.

³¹ Junyent Bas, Francisco - Raspall, Miguel A., *Las cooperativas de trabajo en los concursos. Proyecto de modificación de la ley de concursos argentina*, comunicación al VI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Rosario, octubre de 2010.

1) El síndico, por sí mismo, debe expedirse en 20 días sobre la posibilidad de continuación y expedirse por el sí o el no fundadamente y, en caso que sea por el sí, además armar el plan de explotación.

2) Al mismo tiempo, si la cooperativa pide la continuación, deberá presentar un proyecto de explotación con las proyecciones de la actividad económica, sobre el cual deberá expedirse el síndico.

Para ambos supuestos se requiere que la empresa, durante la continuación, sea viable, dado que el ordenamiento impide que la continuación sea ejecutada trabajando a pérdidas, o sea, generando nuevos pasivos o que produzca perjuicio a los acreedores (arts. 190, incs. 1° y 5°; 191, inc. 1°, el juez puede hacerse asesorar sobre el plan; art. 192 *in fine*, conclusión anticipada).

Claramente, está expresado en la ley que en caso de disidencias o dudas respecto de la continuación de la explotación, el juez, si lo estima necesario, puede convocar a una audiencia a los intervinientes en las articulaciones y al síndico para que comparezcan a ella con toda la prueba de que intenten valerse. Las disidencias pueden ser con el síndico o por la opinión negativa del comité de acreedores (cuya presencia sería imprescindible contar como contrapeso del sistema de control) con lo que se genera un abreviado “*contradictorio*” en el cual el juez los convoca juntamente con el síndico, los escucha, valora la prueba y luego resolverá. Como ya he dicho, en el derecho comparado existen institutos similares en los procesos liquidativos, donde el juez antes de tomar una decisión trascendente y que puede afectar considerablemente las relaciones laborales, se informa adecuadamente, escuchando a todos los que están interesados y también a sus asesores técnicos e incluso en muchos casos al Ministerio Fiscal o Laboral y luego decide. Frente a una quiebra, que produce el cese definitivo de la actividad, en atención a las consecuencias que se generan en el orden social, es lógico que el juez pueda decidir, no sólo mirando el mayor valor del precio de venta, sino la conveniencia de continuar la explotación para venderla en funcionamiento y con la preservación de la mayor cantidad posible de empleos, con justa ponderación de que no se genere perjuicio a los acreedores y permitiéndolo sólo por el tiempo necesario para poder llevar adelante la venta de ésta.

La continuación de la explotación no debe transformarse en un fin en sí mismo, digamos, un cambio de empresario para que la empresa siga adelante ahora con la cooperativa, sino sólo un puente provisorio entre la quiebra (cese de actividad) y la venta de la empresa, que es el destino mismo de todo proceso liquidativo. Durante ese lapso, es condición que no se incremente el pasivo (giro equilibrado como mínimo) y/o que no se cause perjuicio a los acreedores.

El juez tiene en la ley, directivas y previsiones suficientes como para que no ocurran ninguna de estas dos cosas, ni continuación a pérdida (incremento del pasivo) ni postergación *sine die* (postergación del cobro), ya que ambos supuestos son perjudiciales para los acreedores.

El gran temor de la doctrina –hay que expresarlo tal cual– es que el juez, a pedido de la cooperativa y con la presión de los trabajadores, postergue la venta de la empresa y con ello, impida que los restantes acreedores puedan cobrar sus acreencias.

El régimen establecido por la reforma para la continuación de la explotación, analizándolo desde la perspectiva del “*equilibrio*” de los intereses en juego, tiene disposiciones que son favorables, otras que son perjudiciales y algunas que son contradictorias. Veamos.

1) *Disposiciones favorables al equilibrio del concurso.* Mejoran el régimen que regía en la ley 24.522.

a) El art. 190 le exige a la cooperativa de trabajo que presente un proyecto de explotación (plan de negocios) conteniendo las proyecciones referentes a la actividad económica.

b) Que se dé traslado al síndico de este plan de negocios a fin de que se expida, lo que indica que el órgano sindical deberá someterlo a un análisis de coherencia y viabilidad. Tendrá que indicar al juez sobre si existe por parte de la cooperativa, la posibilidad de continuar la explotación sin causar perjuicios a la quiebra, mientras él prepara la venta de la empresa en marcha y como unidad.

c) Asimismo, en caso de dudas, el juez puede escuchar a la cooperativa, al comité de acreedores y al síndico; analizar las pruebas y, además de ello, el juez –como tiene esa facultad–, hacerse “asesorar por expertos” (art. 191, inc. 1°), antes de decidir. Ello es correcto, dado que si se tiende a la conservación de la empresa y de los puestos de trabajo como un importante valor social a ser preservado, la decisión debe ser tomada por el juez con conocimiento de causa.

Es importante destacar que una empresa –que el síndico no puede llevar adelante sin producir pérdidas en razón de los costos operativos–, puede ser viable para la cooperativa, donde el valor de la mano de obra pueda ser sensiblemente inferior sobre la formación de los costos totales (ocupación intensiva de mano de obra), lo que produce una diferencia sustancial, que le permite, justamente, operar sin pérdidas, de todo lo cual, el plan de explotación deberá dar acabadas muestras y ello constatado, justamente, por las pruebas que la cooperativa aporte sobre el diagrama de retribución del trabajo que alcance con todos los cooperativistas. Además, las cooperativas suelen tener ventajas tributarias que también pueden incidir en los costos de explotación³². Lo mismo puede decirse de la ayuda económica del Estado para las cooperativas de trabajo en estos supuestos (subsidios, planes de complementación de remuneraciones, ventajas fiscales, etcétera). En definitiva, puede ser perfectamente cierto que la cooperativa pueda operar con menores costos de producción y con facilidades para obtener capital operativo desde el Estado, con respecto a la continuación que lleva adelante el síndico (la quiebra)³³.

d) Que los pasivos que genere la cooperativa en la continuación de la explotación, no sean considerados créditos del concurso (art. 192 *in fine*) o sea, no tendrán la preferencia del art. 240 de la LCQ, debiendo entenderse lisa y llanamente que no serán pasivos de la quiebra.

³² Deberá analizarse si estas ventajas también pueden utilizarse cuando la cooperativa explota para la quiebra y no para sí misma, aunque es de suponer que sí pues el Estado está proponiendo esta forma de continuación y por ende, sería una coherencia mínima que los haga extensivo.

³³ Estas ventajas económicas que puede tener una cooperativa, es indispensable que lo sean por un corto lapso de tiempo, porque son deformadora de la competencia y de los precios, produciendo dificultades en otros operadores del mercado, o sea, sólo debe aceptarse para superar una emergencia.

e) El art. 191, inc. 2º, establece un límite temporal para la continuación de la explotación, indicado que “el plazo por el que continuará la explotación; a estos fines se tomará en cuenta el ciclo y tiempo necesario para la enajenación de la empresa; este plazo podrá ser prorrogado por una sola vez, por resolución fundada”. Si bien era más contundente el texto del mismo inciso antes de la reforma, queda alguna duda a que *ciclo* refiere la reforma. O sea, es un concepto algo ambiguo. Está también el párr. último del art. 190 (ley 25.589) que también ronda sobre similares límites, si bien las definiciones no son idénticas.

f) Que no se haya suprimido el párr. último del art. 192 que permite al juez la conclusión anticipada en casos en que la explotación resultare deficitaria o causare un perjuicio a los acreedores.

Conforme a todo lo expresado, la línea estructural del sistema de continuación de la explotación por la cooperativa debería ser la siguiente:

1) Que el síndico o la cooperativa acrediten la existencia de la posibilidad de continuar como empresa viable y sin generar nuevos pasivos y sin causar perjuicios a los acreedores (plan de negocios).

2) Que en caso que continúe la cooperativa, los pasivos que genere con la actividad sean exclusivamente a su cargo y constituidos por ésta con sus acreedores, o sea, sin comprometer los bienes de la quiebra.

3) Que el juez decida con información suficiente para resolver fundadamente, debiendo tener en consideración que la continuación no causará perjuicio a los acreedores.

4) Que el juez disponga con claridad cuáles serán los actos permitidos y el régimen por el cual continuará la cooperativa.

5) Que la continuación deberá extenderse tan solo el tiempo necesario para que el síndico realice la venta en funcionamiento y no extenderla sólo para que la cooperativa continúe como nuevo empresario.

6) Que el juez pueda disponer en cualquier momento el cese de la explotación, si se dan las causales legales.

Utilizada la continuación de la explotación en estos términos, la presencia de la cooperativa llevándola adelante no debería causar perjuicio a los acreedores y por ende, el equilibrio de los intereses estaría respetado: se protege el créditos en sus límites y se mantiene la conservación de la empresa y las fuentes de trabajo procurando la venta de la empresa en funcionamiento y como unidad, punto sobre el cual la ley se ha expedido (art. 190 *in fine*). Las dudas a esta línea pura, son lógica y fácilmente suposibles y las experiencias habidas, no han sido buenas para los acreedores.

2) *Disposiciones desfavorables al equilibrio del concurso.* Existen regulaciones que son desfavorables al equilibrio de los intereses en juego y que muestran la postergación del crédito, o sea, de los restantes acreedores.

a) La ley reformadora ha introducido lo que debe considerarse como una causal objetiva para la continuación de la explotación, tanto para la inmediata como para

la ordinaria; la “*conservación de la fuente de trabajo*”. Digo que es objetiva, porque en realidad esta causal no requiere ninguna pauta de valoración o ponderación de la situación de la empresa al momento de dictarse la sentencia de quiebra ni de la posibilidad de quienes lo pretenden. Sólo requiere que haya empleados y que éstos pidan continuar para preservar el trabajo. La ley cuando describe las causales, dice *o, a pedido de los trabajadores para conservar la fuente de trabajo*, lo que la presentaría como una causal autónoma. ¿Esta causal objetiva, admite dejar sin efecto las demás consideraciones de procedencia, tales como la viabilidad de la continuación o que no se generen nuevos pasivos? Considero que si bien está expresada como una causal autónoma, no puede ser sacada del contexto general del instituto –compartiendo la visión de Junyent Bas en el mismo sentido³⁴–, ya que el juez para dictar resolución de continuación debe ponderar que se cumplan los demás recaudos de los arts. 190 a 192, pero no tengo claro si esto no es sólo una manifestación de deseo, más que una realidad.

b) Se ha modificado el art. 191 *in fine*. La resolución que rechace el pedido de continuación, sea por el síndico como por la cooperativa, es apelable, pero se ha cambiado el efecto de la concesión del recurso, pues se suprimió que lo era con efecto devolutivo y entonces, ahora es con efecto suspensivo (art. 273, inc. 3°). El único sentido que puede atribuirse al cambio del efecto del recurso, es prolongar la continuación inmediata que viene operando por aplicación del art. 189 y respecto de la cual el juez –con todos los estudios a la vista– deniega la continuación ordinaria; o sea, que debe cesar la explotación y de este modo, al ser con efecto suspensivo, continuará hasta que sea resuelto por la alzada. En este orden, en vez de interrumpirse la explotación tal cual el juez estaría ordenando al no autorizarla, permitiría que siga por haberse interpuesto recurso de apelación con efecto suspensivo.

c) Ha sufrido una importante modificación el tema relativo a los derechos de los acreedores con garantías reales, sobre los bienes necesarios para la explotación. Las modificaciones están contenidas en el art. 195, inc. 2°³⁵ y en el último párrafo.

El inc. 2° es modificador del art. 126 de la LCQ, en tanto le exige al acreedor que tiene crédito vencido, para ejecutar la garantía, que cuente con resolución firme que acredite la calidad de acreedor prendario o hipotecario. O sea, se trata de una postergación de la posibilidad de ejecutar el bien afectado a la garantía, mediante el mecanismo de obligar al acreedor a tener que concluir el trámite de reconocimiento del crédito logrando sentencia firme. El derecho de los acreedores prendarios e hipo-

³⁴ Junyent Bas, Francisco, *La continuación de la explotación por la cooperativa de trabajo y el régimen de enajenación de la empresa en marcha. A propósito de las reformas producidas por la ley 26.684*, trabajo remitido por el autor vía email. El autor indica, que la considera una causal autónoma y que el juez debe ponderar que se reúnan todos los demás recaudos de procedencia para la continuación.

³⁵ Art. 195, ley 26.684. “En caso de continuación de la empresa, los acreedores hipotecarios o prendarios no pueden utilizar el derecho a que refieren los arts. 126, segunda parte, y 209, sobre los bienes necesarios para la explotación, en los siguientes casos: 1) cuando los créditos no se hallen vencidos a la fecha de la declaración y el síndico satisfaga las obligaciones posteriores en tiempo debido; 2) cuando los créditos se hallen vencidos a la fecha de la declaración, mientras no cuenten con resolución firme que acredite su calidad de acreedor hipotecario o prendario; 3) cuando exista conformidad del acreedor hipotecario o prendario para la suspensión de la ejecución. Son nulos los pactos contrarios a las disposiciones de los incs. 1° y 2°. Por decisión fundada y a pedido de la cooperativa de trabajadores, el juez de la quiebra podrá suspender las ejecuciones hipotecarias y/o prendarias por un plazo de hasta dos años”.

tecarios ha perdido la inmediatez y prelación temporal que le confiere el concurso especial.

Y en el último párrafo se establece la posibilidad de que el juez, a pedido de la cooperativa de acreedores, pueda suspender las ejecuciones hipotecarias y/o prendarias por un plazo de hasta dos años. Esta previsión muestra dos aspectos negativos: 1) que el legislador ya está pensando que la continuación de la explotación puede durar dos años, lo que debe ser visto como un tiempo excesivo para que el síndico venda la empresa pues, mientras tanto, los acreedores están esperando la liquidación para cobrar; 2) no se expide sobre el régimen de los intereses durante dicho lapso de tiempo y tampoco ordena que deban ser pagados por la cooperativa. Varias cosas al respecto: a) qué pasa si como consecuencia de la postergación, el valor del bien es insuficiente para pagar los intereses, ¿son créditos del art. 240? o ¿se aplica el art. 129 que dispone que los intereses compensatorios posteriores a la quiebra se devengan sólo hasta la concurrencia del valor del bien?; b) los intereses impagos, ¿los ha perdido el acreedor con privilegio o son un pasivo de la quiebra o de la cooperativa que ha usufructuado los bienes sin atender sus cargas que pesan sobre ellos (intereses en este caso)?; c) ¿Qué sería lo justo? ¿Qué los pierda el acreedor con garantía real? no, porque esto sería sacarlo del marco normativo que regula estos créditos preferidos y porque la postergación no es en su beneficio. ¿Qué sean a cargo de la quiebra? No, porque la explotación por la cooperativa no puede generarle pasivos (no se aplica el art. 240 a los pasivos de la continuación). Lo justo será que sean a cargo de la cooperativa, que debe asumirlos como un costo de su operación.

Como puede apreciarse, se modifica en forma trascendente un instituto (el concurso especial) y no regulan las previsiones mínimas de dichas consecuencias. Seguramente va a ser un tema sujeto a discusiones.

Esta modificación al sistema de cobro de los acreedores con garantías reales en la quiebra, es muy perjudicial para el crédito y producirá un agravamiento de la restricción crediticia que ya sufren las “pymes”, dado que las instituciones de crédito verán en estas previsiones una gran dificultad para asegurar la cobrabilidad de sus préstamos. Es sin duda una clara definición del legislador respecto de dónde pone sus preferencias, puesto que esta disposición, perjudica al crédito.

La ley de quiebras de Chile, en su art. 126 establece que acordada la enajenación como unidad económica, se suspende el derecho de los acreedores hipotecarios, prendarios, retencionarios y otros acreedores para iniciar o proseguir en forma separada las acciones dirigidas a obtener la realización de los bienes comprendidos dentro de la unidad económica, afectados a la seguridad de sus créditos. La ley no establece plazo de suspensión, pero se entiende que es el necesario para lograr la venta como unidad, que durará el tiempo que hubiere sido fijado en el plan de explotación aprobado por la junta que es la que establece el tiempo y la forma en que se lleva adelante.

d) Lo relativo a la interpretación del nuevo art. 199³⁶. El artículo repone, de algún modo limitado, el régimen de la ley 19.551³⁷, que establece que debe considerarse al comprador del establecimiento o de la empresa en la quiebra, *como sucesor del concurso con respecto a los derechos laborales de los trabajadores cuya relación se mantuvo en este período*, explicando la ley a reglón seguido que “*en consecuencia, no es sucesor del fallido sino en ese concepto y los importes adeudados con anterioridad a la quiebra serán objeto de verificación o pago en el concurso*”.

La primera mención para este artículo y para todo el régimen de la Sección III –Efectos de la quiebra sobre el contrato de trabajo–, era que merecía un tratamiento especial para la cooperativa. Un artículo que regulara qué pasará con los contratos de trabajo si es la cooperativa la que continúa y no este económico y muy modesto emparchado sobre artículos escritos para otros fines. Nuevamente, el juez será quien tenga que arreglárselas con la clarificación de las relaciones laborales frente a la cooperativa y a la continuación.

Esta regulación no es aplicable cuando sea la cooperativa quien llevó adelante la continuación de la explotación, excepto para los trabajadores que fueran empleados de ésta y no socios de la cooperativa, aun cuando el art. 197 no se aplica para las cooperativas de trabajo, lo que parecería querer significar que todos los empleados serán trabajadores de la cooperativa.

El artículo no distingue si la continuación se llevó adelante por la quiebra (sindicatura) o por la cooperativa, lo cual abre dos vías de análisis distintas.

Si es la cooperativa la que continúa, los trabajadores que integran la cooperativa no son empleados, y por ende debe interpretarse en el sentido que lo hace Gebhardt³⁸, que el comprador será considerado sucesor sólo respecto de los trabajadores que son empleados de la cooperativa y no asociados. Respecto de los trabajadores cooperativistas, el contrato de trabajo se disolvió al ingresar éstos a la cooperativa y trabajar para ella dentro de su propio régimen. Debería pensarse entonces que respecto de los trabajadores cooperativistas, no se aplicaría la preservación de derechos cuando resulte comprador un tercero. Truffat también analiza esta situación que –como digo– es de difícil lectura e interpretación y se pregunta; “¿qué ocurrirá cuando la empresa continuada por una cooperativa de trabajadores, pero no

³⁶ Art. 199 (reformado por ley 26.684). “Obligaciones laborales del adquirente de la empresa. El adquirente de la empresa cuya explotación haya continuado sólo será considerado sucesor del concurso con respecto a los derechos laborales de los trabajadores cuya relación se mantuvo en este período. En consecuencia, no es sucesor del fallido sino en ese concepto y los importes adeudados con anterioridad a la quiebra serán objeto de verificación o pago en el concurso. En caso de que la adquirente sea la cooperativa de trabajo deberá estarse al régimen de la ley 20.337”.

³⁷ Ley 19.551 derogada por la ley 24.522. El art. 189 de la ley 19.551 disponía: “Obligaciones laborales del adquirente de la empresa. El adquirente de la empresa cuya explotación haya continuado, es considerado sucesor del fallido y del concurso respecto de todos los contratos laborales existentes a la fecha de la transferencia a su favor. Los importes adeudados a los dependientes por el fallido o por el concurso, serán objeto de verificación o pago por el concurso”.

³⁸ Gebhardt, Marcelo, *La reforma concursal (ley 26.684) sobre cooperativas de trabajo y protección del crédito*, trabajo remitido por el autor por email. “Y así ocurrió, previéndose ahora que quien adquiera el establecimiento que fue operado por los trabajadores después de la quiebra, debe ser considerado sucesor del fallido respecto solamente de quienes continuaron la relación laboral original. No así, creemos, respecto de los que ingresaron a trabajar después de la quiebra, ya que a su respecto juega la regla del art. 198, no reformada conforme llevamos dicho”.

adquirida por ésta? Durante la explotación continuada no hubo vínculos laborales, sino asociativos/cooperativistas. ¿Qué pasivo laboral por la continuación asumirá el adquirente, si es que asume alguno? ¿Qué dirán sobre el punto los jueces del trabajo?”³⁹.

Si se continúa por la quiebra (sindicatura o coadministradores), entonces serán considerados sucesores por los derechos de todos los trabajadores cuya relación se mantuvo durante dicho período, porque se aplica el art. 197 que produce el cese excepto que la adquirente fuera la cooperativa. ¿Cuáles derechos? Debe entenderse que todos los derechos patrimoniales anteriores a la quiebra son objeto de verificación y pago por el concurso y entonces, ¿qué es a cargo del comprador? Suponemos que la relación laboral, o sea la preservación del trabajo, la categoría, la antigüedad a los fines remuneratorios, de vacaciones y demás. ¿Será esto entonces lo que debe entenderse?

Al respecto resta decir que la ley 24.522⁴⁰ había suprimido esta responsabilidad para el comprador de una empresa fallida, con la finalidad de facilitar su venta; por tanto, la reinstalación del sistema puede verse como una dificultad para conseguir comprador, dado que cualquier interesado prefiere compra libre de personal y volver a tomar a los que desee, y como nueva relación laboral. Por de pronto, ya sólo con las dudas que genera la regulación, desalentará a la aparición de oferentes interesados, lo que quizá deba ser visto como una forma de favorecer a las cooperativas, y quizá entonces, una intencionalidad oculta de la norma. Esto implica que el comprador deberá ofertar un menor precio, pues deberá hacerse cargo de estos conceptos y lo que influye sobre la compra y sobre el precio, lo cual perjudica a los acreedores que esperan para cobrar.

El modelo italiano, por ejemplo (art. 105.4), excluye expresamente la responsabilidad del adquirente por las deudas relativas al ejercicio de la hacienda (explotación) nacidas antes de la transferencia, lo cual es idéntico cualquiera sea el modo de transferencia (art. 105.5).

En el modelo español, por el contrario, en principio existe sucesión laboral, la que puede ser dejada sin efecto por resolución judicial y admite que se acuerde también entre los representantes de los trabajadores y el cesionario, modificación del régimen de trabajo y de las convenciones colectivas a fin de asegurar el empleo⁴¹.

³⁹ Truffat, *La ley 26.684: ¿Argentina 1Q84?, ED*, 16/8/11.

⁴⁰ Ley 24.522, art. 199. Obligaciones laborales del adquirente de la empresa cuya explotación haya continuado, no es considerado sucesor del fallido y del concurso respecto de todos los contratos laborales existentes a la fecha de la transferencia. Los importes adeudados a los dependientes por el fallido o por el concurso, los de carácter indemnizatorio y los derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con causa u origen anterior a la enajenación, serán objeto de verificación o pago en el concurso, quedando liberado el adquirente respecto de los mismos.

⁴¹ España. Art. 149.3... Cuando como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1º del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial... Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario

e) Por último, un análisis para explicar, lo que expresé al tratar lo relativo a la locación y es que en este caso de continuación, la ley no exige a la cooperativa que garantice de modo alguno por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar a la quiebra con su actividad, ni tampoco regula los derechos de control que pudiera tener el síndico sobre el uso de los bienes, los seguros, mantenimientos y demás.

En la locación, la cooperativa explota a riesgo propio, pero con los bienes de la quiebra, paga el canon locativo, el síndico controla los bienes y su conservación y tiene obligación de restituir en el momento en que el juez lo disponga. Para ello, debe dar garantías (art. 187), para lo cual, los trabajadores cooperativistas, podrán afectar sus derechos de cobro en la quiebra.

En la continuación de la explotación nada de esto existe, no obstante que todo es muy similar, es decir, la cooperativa continúa por su cuenta y riesgo, pero con los bienes de la quiebra, no paga un canon y tiene obligación de restituir. El síndico ¿tiene facultades de control y supervisión de la explotación, de los bienes, de los seguros y todo eso? Y tampoco dice con qué garantiza. Rápidamente y sin mayores desarrollo vemos que es más eficiente para la quiebra, la continuación por medio de la locación, que por el instituto propio que estamos analizando.

Los dos institutos son muy similares, la cooperativa usa los bienes y la empresa en un caso a título oneroso (locación) y el otro a título gratuito (comodato), y luego las diferencias anteriormente indicadas.

Conforme puede apreciarse, en la continuación, el único “reaseguro” para la quiebra, es que la cooperativa funcione bien, que sea viable y no opere a pérdidas. Porque en realidad la única razón de ser para que el juez dispusiera el cese de la explotación si la cooperativa opera deficitariamente, no es porque los pasivos sean a cargo de la quiebra (incremento del pasivo), sino porque en realidad, no habrá ninguna garantía para los daños y perjuicios que pudieran producirse durante la posesión de los bienes y su utilización por la cooperativa.

Entonces, si la cooperativa no da garantías para continuar con la explotación y los activos que pudieran haberle aportado los trabajadores (exiguos sin duda) se están evaporando por operar a pérdidas, los bienes de la quiebra y los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la cooperativa, no tendrán como ser reparados.

El juez, deberá suplir estas ausencias y establecer con claridad el rol y función que deberá cumplir el síndico y las exigencias que requerirá a la cooperativa bajo apercibimiento de cese en la continuación, justamente para *evitar causar perjuicios a los acreedores* y no porque opere a pérdidas, pues las pérdidas no se trasladan al pasivo falencial.

3) *Disposiciones que resultan contradictorias.* Creo que nadie tiene dudas, que la reforma ha sido realizada con una muy deficiente técnica legislativa. La mayor parte de las normas que incluyen la continuación de la explotación por la cooperativa de trabajadores, ha sido directamente escrita sobre los textos ya redactados para la

y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.

continuación de la explotación por la quiebra (sindicatura o administradores), lo que genera un mar de confusiones y de normas inaplicables.

De este modo, pareciera que pueden aplicarse todas las previsiones de cada uno de esos artículos, indistintamente, ya sea a la continuación por la quiebra o por un tercero ajeno (la cooperativa) lo cual no es correcto y los jueces van a tener que identificar que existe un doble régimen de continuación, que tienen “diferencias sustanciales” entre uno y otro y desde esa claridad, disponer cómo se continúa, modos y alcances, y con qué efectos respecto de los bienes de la quiebra, de los acreedores que contraten con la cooperativa y el rol y facultades de la sindicatura en cada caso.

Lo técnicamente correcto, hubiera sido tratar por separado el régimen de explotación de la empresa (o establecimiento) por la sindicatura y en otro artículo, todo lo relativo a la explotación por la cooperativa o si se quiere una nueva sección que se hubiera titulado continuación de la explotación por la cooperativa de trabajadores. Es la forma correcta de hacerlo y hubiera evitado disposiciones que quedan carentes de sentido, contradictorias o que generan dudas sobre el verdadero régimen obligacional y de responsabilidad.

Veamos algunas situaciones puntuales, donde se advierten incongruencias que deberán ser suplidas por el juez.

Debemos entender que según el art. 190, el informe del síndico que debe expedirse sobre lo que requieren los 8 incisos, deberá presentarse única y exclusivamente cuando sea la quiebra la que continuará la explotación y no la cooperativa, pues casi ninguno de esos recaudos tienen sentido si es la cooperativa la que continúa con el giro, por ejemplo, lo requerido por el inc. 1° (posibilidad de contraer pasivos mínimo necesarios para el giro); inc. 7° (colaboradores que necesitará para administrar), o el inc. 8° (explicar el modo en que se pretende cancelar el pasivo existente). Ninguna de estas previsiones puede darse en el caso de la cooperativa, ya que ésta no puede contraer ningún pasivo por mínimo que fuera que pese sobre los bienes de la quiebra, ni tampoco tiene que cancelar con el producido los pasivos de la quiebra, ni se le designaran los colaboradores.

Con respecto al art. 191 de la LCQ, que trata la resolución judicial dando autorización para continuar, se debe entender que se aplica tanto a la continuación por la quiebra como por la cooperativa. Lo digo primero, porque se entiende que el juez debe dictar la autorización permitiendo que la cooperativa continúe y segundo porque el inc. 7° (periodicidad en que deberá informar la cooperativa) y el último párrafo (apelación por la cooperativa) la involucran. Siendo que este artículo se aplica a ambos regímenes de continuación, es absurdo que cuando continúa la cooperativa, el juez se expida sobre: inc. 3°, cantidad y calificación del personal que continuará con la explotación; inc. 5°, designación de uno o más coadministradores; inc. 6°, los contratos en curso que deben quedar resueltos; inc. 7°, seguramente será distinta la información que debe exigirle que presente el síndico, que la que deberá informar la cooperativa; ello en razón de que la cooperativa *opera a riesgo propio y se obliga contrayendo el pasivo para sí*.

El art. 192 también es aplicable a los dos modos de continuación, por la sindicatura o coadministradores (la quiebra) y por la cooperativa. Lo dice en el último párrafo “*en caso que la explotación de la empresa o de alguno de los establecimientos*

se encuentre a cargo de la cooperativa de trabajo será aplicable el presente artículo". Nuevamente, este modo promiscuo de incluir a la cooperativa en un artículo que era exclusivamente para la continuación por la quiebra, genera situaciones absurdas que el juez deberá separar según quien explota. El primer párrafo de este artículo muestra que se deja el tema a la resolución del juez, al expresar, "de acuerdo a lo que haya resuelto el juez, el síndico, el coadministrador o la cooperativa de trabajo, según fuera el caso, actuarán de acuerdo al siguiente régimen"... y siguen los cinco incisos.

A diferencia de la generalización de su último párrafo, sólo veo aplicable a la continuación por la cooperativa, los incs. 1° y 5° (este limitadamente); veamos por qué ninguno de los otros es aplicable: inc. 2°, para los actos que excedan dicha administración, necesitan autorización judicial (administración ordinaria), la que sólo será otorgada en caso de necesidad y urgencia evidente. En dicho caso ¿el juez puede autorizar la constitución de garantías especiales cuando resulte indispensable para asegurar la continuidad de la explotación? Qué sería, ¿qué se gravan con hipoteca bienes libres de la quiebra, para que la cooperativa obtenga crédito o pueda continuar? es inaplicable; el inc. 3°, según lo expresa el párrafo final; inc. 4°, en caso de revocación o extinción de la quiebra, ¿el deudor asume de pleno derecho las obligaciones contraídas legalmente por el responsable? Esto es también todo un tema y de dudosa o conflictiva aplicación a poco que lo piensen si es la cooperativa quien está girando. En su caso, el fallido reapoderado, como máximo deberá pagar las mercaderías, productos, existencias o mejoras necesarias realizadas por la cooperativa, pero no su pasivo, por lo que venimos expresando; inc. 5°, sólo podrá disponerse de los bienes afectados con privilegio especial, desinteresando al acreedor preferente o sustituyendo dichos bienes por otros de valor equivalente. Este inciso puede tener aplicación limitada y el juez puede ver que implica la sustitución de bienes libres para desafectar bienes gravados y la conveniencia de la quiebra, etcétera.

Respecto del inc. 3°, el último párrafo de este artículo indica que cuando la que contrata es la cooperativa, será aplicable todo el artículo, excepto este inc. 3°, de modo que los acreedores de la cooperativa, no contarán con dicha preferencia para sus créditos. La doctrina entiende esta redacción, *como debe ser*, se trata de una previsión que está indicando claramente que las obligaciones que asuma en la explotación son de la cooperativa y que no responden los bienes de la quiebra⁴². Se

⁴² Gebhardt, *La reforma concursal (ley 26.684) sobre cooperativas de trabajo y protección del crédito*. Las obligaciones asumidas por la cooperativa de trabajo no serán a cargo del concurso. De resultas del nuevo art. 192 (redactado ahora con una técnica más cuidada y clara que el original, con una buena división conceptual a través de los incisos), la cooperativa de trabajo en su desarrollo comercial, no genera pasivos a cargo del concurso. Se mantiene el criterio o principio general que si el síndico o coadministrador generan pasivos (naturalmente post-falenciales) ellos tienen la preferencia del art. 240 de la LCQ y repercuten sobre la masa concursal. Ello, en cambio, no ocurre si quien desempeña la actividad de continuidad de la empresa es la cooperativa de trabajo. En tal caso las deudas son ajenas al concurso y recaen sólo sobre la cooperativa. Truffat, *La ley 26.684: ¿Argentina 1Q84?*, ED, 16/8/11. Cuando la explotación está a cargo de la cooperativa no rige el art. 192, inc. 3° (lo que es lógico; los gastos del concurso se generan cuando la explotación está a cargo del síndico), no hay reconducción del contrato de trabajo ni normas sobre elección del personal (arts. 196 y 197). Junyent Bas, *La continuación de la explotación por la cooperativa de trabajo y el régimen de enajenación de la empresa en marcha. A propósito de las reformas producidas por la ley 26.684*. La cooperativa como "tercero" que no compromete a la quiebra. A tal evento, cabe tener presente siempre que una cosa es la continuidad de la empresa por el síndico que implica un régimen de administración "ex

entiende claramente que diciendo que no tienen el privilegio del art. 240, no se los considera gastos del concurso y como todo gasto posterior a la quiebra lo es, su exclusión no admite otra interpretación. Hubiera sido también de mejor técnica decirse directamente que, las obligaciones que contraiga la cooperativa para continuar con la explotación, son a su exclusivo cargo y riesgo. Este tipo de redacción impide toda duda o argumentación.

Lo que realmente ocurre, es que la continuación de la explotación está legislada para que la misma sea llevada adelante por la quiebra, a costo y riesgo de la quiebra y de sus activos y ejecutada por el síndico o algún coadministrador y entonces, los que contratan con el síndico en realidad están contratando con el patrimonio en liquidación y es éste el que responde y por ello todo lo relativo a que; no se generen nuevos pasivos, poder usar los bienes de la liquidación y afectarlos para poder continuar con el giro si fuere menester, poder sustituir bienes afectados a garantías reales, puede el juez disponer el cese inmediato y en cualquier momento y como consecuencia de todo esto, aparece lógicamente la garantía del art. 240 para las obligaciones legalmente asumidas en la continuación por el síndico o el coadministrador, todo tiene sentido y responde a una lógica.

Por el contrario, la gran mayoría de estas previsiones, no tienen sentido si es la cooperativa la que continúa la explotación y sin embargo, allí están, cohabitando en forma promiscua sin permitir discernir con claridad cuál es la verdadera realidad de esta forma de continuar con la actividad empresarial.

No obstante que no estamos frente a una emergencia, que hubiera admitido el dictado de una ley a los apurones con los tolerables errores propios de esas circunstancias, el legislador no trabajó la reforma con el cuidado mínimo que tan trascendentes modificaciones ameritaban, sobre todo, por lo que será la posterior implementación operativa de estos artículos. La aplicación va a requerir un nuevo esfuerzo de los jueces y de la doctrina, que deberán realizar un cuidadoso estudio de ambos modos continuativos y dictando resoluciones de continuación que dispongan claramente su régimen, límites, posibilidades y demás. El contenido de las resoluciones, va a ser todo para este modelo de las cooperativas en la continuación.

Corolario de la continuación de la explotación. Si continúa la quiebra a través del síndico, permanece inalterado el régimen anterior o sea el viejo sistema, de continuar sin contraer nuevos pasivos.

Si lo hace la cooperativa, lo hace bajo su cuenta y riesgo, y los pasivos que generen son propios por ser quien contrata, que si se suspenden las ejecuciones de garantías reales, sean a su cargo los intereses que se devenguen, que los trabajadores asociados a la cooperativa pongan sus créditos en garantía o que capitalice con los mismos a la cooperativa en forma significativa o razonable como mínimo y que no se postergue innecesariamente la venta de la empresa.

Considero que regulación jurídica que mayores certezas y claridad generan, es contratar con la cooperativa (art. 187) por el tiempo necesario para que el síndico

lege", art. 192 LC que obliga a la quiebra y una muy distinta es la que se viabiliza a través de la cooperativa que es por cuenta y riesgo de esta última entidad, art. 192 *in fine*. Tropeano, *La reforma laboral a la ley de quiebras. Luz y sombras en el horizonte*.

venda: allí pueden comprar compensado o pasar a otro empleador y se cubrió el interés de todos. En definitiva, ha sido una de las soluciones adoptadas por la judicatura a partir de 2002 en adelante.

El sistema, tal como ha quedado regulado, es confuso, impreciso, contradictorio y por sobre todo, su equilibrio y la protección del crédito quedan muy debilitados.

Si bien el juez –como director del proceso–, tiene herramientas dentro de la normativa para no permitir la continuación o disponer su cese, la enorme duda es si podrá soportar la presión a la cual será sometido. Como he dicho antes, este es un país que tolera las “vías de hecho” como manifestación de disconformismo u oposición, aun cuando le asiste razón a Truffat, en el sentido que esta posibilidad de que los trabajadores posterguen los plazos legales, ya existía, y no es patrimonio que pueda adjudicarse a la ley 26.684.

5. Realización de los bienes

Por último, para concluir con el análisis de la reforma y la participación de los trabajadores en la etapa de la quiebra, procedo sumariamente a describir el régimen actual y la intervención que les cabe a los trabajadores y acreedores laborales, que a modo de “apretada síntesis”, refiere a la habilitación para que los mismos sean compradores del o de los establecimientos que conforman la empresa y la posibilidad de pagar el precio de realización, ejerciendo la compensación con sus créditos privilegiados contra la quiebra, tal cual lo tienen reconocido desde siempre los acreedores con garantías reales (art. 211) sobre los bienes asiento del privilegio.

Corresponde comenzar destacando en este caso, que la posibilidad de comprar la empresa en funcionamiento o como unidad ya la tenían los acreedores laborales en el régimen de la ley 24.522, o sea, ya desde antes, los trabajadores (devenidos en acreedores laborales producto de la declaración de quiebra) podían conformar o constituir sociedades o asociaciones y presentarse a pujar en la subasta y/o liquidación.

Al igual que en los demás supuestos que han sido modificados por la ley 26.684, lo significativo de la reforma es la facilitación que la ley implementa para que los trabajadores puedan participar, en este caso, mediante el instituto de la compensación.

Como refería en título anterior, la mayoría de las leyes de concursos de empresa, admiten la continuación de la explotación para la venta de la empresa en marcha o de sus establecimientos, y una de las primordiales finalidades de la cesión o venta de la empresa, es que lo sea con la mayor cantidad de empleados conservando sus trabajos.

Diversas leyes exigen que tanto al plan de cesión o venta de la empresa, como la propuesta del oferente debe acompañar un plan de negocios que acredite la idoneidad técnica-económica, las fuentes de financiamiento y la cantidad de despidos o de personal que se compromete a mantener en la explotación, tal cual lo resuelve

satisfactoriamente el *equilibrado* modelo Francés⁴³; por su parte, Italia⁴⁴ en el “programa de liquidación” el síndico debe presentar el programa a la aprobación del comité de acreedores, en el cual contempla la posibilidad de la cesión unitaria de la hacienda, debiendo realizarse también consultas sindicales; Portugal⁴⁵ al igual que Perú, España (art. 148)⁴⁶, Bolivia (art. 38) tienen establecido los “*acuerdos de liquidación*” que son sometidos a las juntas de acreedores o comisiones y aprobados previo a su ejecución. En estos acuerdos, se establecen las formas y modos me-

⁴³ Francia: en este país la realización del activo se lleva a cabo por dos modalidades: la cesión de la empresa (art. L. 642.I) y la cesión de los activos del deudor (art. L. 642.18) que es la venta singular de los bienes. Cesión: 642.2. Cuando el Tribunal considere posible prever la cesión total o parcial de la empresa, autorizará la continuidad de la actividad...II. Toda oferta deberá hacerse por escrito y deberá incluir la siguiente información: ...2°. Previsiones de actividad y financiación...3°. El precio ofertado, las modalidades de pago, la calidad de los aportantes de capital y, eventualmente, sus garantías...5°. El nivel y perspectivas de empleo justificadas por la actividad considerada...6°. Las garantías suscriptas para asegurar la ejecución de la oferta. IV. El liquidador o el administrador, cuando éste hubiere sido nombrado, informará al deudor, *al representante de los trabajadores* y a los interventores acerca del contenido de las ofertas recibidas. Art. 642.5. Tras recabar el dictamen del Ministerio Público y oír o citar en debida forma al deudor, al liquidador, al administrador cuando haya sido nombrado, *a los representantes del comité de empresa o en su defecto a los delegados del personal y a los controladores*, el Tribunal seleccionará la oferta que garantice las mejores condiciones para asegurar lo más durablemente el empleo vinculado al conjunto cedido, el pago a los acreedores y que presente las mejores garantías de ejecución...Cuando el plan previera despidos por motivos económicos, el Tribunal no podrá resolver hasta que haya sido consultado el comité de empresa o, en su defecto, los delegados del personal...y hasta que haya sido informada la autoridad administrativa competente en las condiciones previstas en el art. L 321.9 del Código del Trabajo...Art. L.642.6.

⁴⁴ Italia. Art. 105. Venta de la hacienda, de ramos, de bienes y relaciones en block. 105.3. En el ámbito de las consultas sindicales relativas a la transferencia de hacienda, el síndico, el adquirente y los representantes de los trabajadores pueden convenir la transferencia sólo parcial de los trabajadores a la dependencia del adquirente y las ulteriores modificaciones de la relación de trabajo admitidas por normas vigentes.

⁴⁵ Portugal. Art. 156. Deliberación de la asamblea de acreedores sobre la apreciación del informe (de liquidación). 156.1. En la asamblea de apreciación del informe deberá otorgársele al deudor, a la comisión de acreedores y a la comisión de trabajadores o a los representantes de los trabajadores oportunidad para pronunciarse sobre el informe. 156.2. La asamblea de acreedores de valoración del informe deliberará sobre el cierre o mantenimiento de la actividad del establecimiento o establecimientos comprendidos en la masa insolvente. 156.3. Si la asamblea le indicare al administrador de la insolvencia el encargo de elaborar un plan de insolvencia podrá determinar la suspensión de la liquidación y la participación de la masa insolvente... El plan presentado puede no ser aprobado y por ende cesa la suspensión del proceso de liquidación el cual renace y...el administrador de la insolvencia podrá proceder al cierre de los establecimientos del deudor.

⁴⁶ España. Art. 148. Dentro de los 15 días posteriores a la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones, y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios. Si la complejidad del concurso lo justificare el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá acordar la prórroga de este plazo por un nuevo período legal...148.3. Asimismo, el plan de liquidación se someterá a informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones a propuestas de modificación aplicándose lo dispuesto en el apartado anterior...149.2. En caso que se lleve adelante la liquidación por no aprobarse un plan, se procurará la venta conjunta de los establecimientos. Las resoluciones que el juez adopte en estos casos deberán ser dictadas previa audiencia por el plazo de 15 días de los representantes de los trabajadores. 149.2. En caso que las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación en las condiciones de trabajo, se estará a las previsiones del art. 64 de esta ley.

diante los cuales se llevará adelante la liquidación de la empresa, prefiriéndose siempre la venta como unidad y la cesión de la empresa.

Lo importante en diversas normas, es que el cesionario (que adquiere por cesión o compra) debe acreditar con un plan de negocios y recursos, la cantidad de trabajadores que permanecerán en sus puestos de trabajo y lo relativo al plan y también a las garantías de compra, se vincula justamente con el compromiso de preservación a posteriori de dichos puestos de trabajo, factor éste muy tomado en cuenta por el juez del proceso al momento de adjudicarle la empresa, situación que en nuestro régimen no está prevista. Si bien es considerado uno de los elementos que integran la oferta el relativo a las fuentes de trabajo, no existen previsiones para que esa situación permanezca o perdure.

Ahora bien, que sean los empleados organizados a través de una persona jurídica quienes puedan comprar la empresa o sus unidades de negocios (sociedades o asociaciones), sólo lo muestran tres leyes sudamericanas, que tuvieron su precedente en la ley 25.589 (año 2002) que permite que los trabajadores organizados en forma de cooperativa pidan la continuación de la explotación, pero esta ley nada dijo sobre lo relativo a la posibilidad de que los trabajadores compraran el establecimiento. Fueron las leyes brasilera (2005) y uruguaya (2008) las que introdujeron esta modificación y la posibilidad de compensar créditos. El resto de las normas consultadas, no tiene prevista esta posibilidad.

Veamos los dos casos sudamericanos.

a. Brasil

Ley 11.101 de febrero de 2005. Art. 145.2: *“En caso de la constitución de una sociedad formada por los empleados del propio deudor, éstos podrán utilizar sus créditos derivados de la legislación del trabajo para la adquisición de la empresa”*.

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. El artículo transcrito, no obstante lo breve de su redacción, va un paso más adelante, al admitir que sus créditos derivados de la relación laboral, sean utilizados para la compra de la empresa, o sea, sugiere la idea de la compensación y también de la adquisición de la empresa.

La posibilidad de compra está ínsita en nuestra ley 25.422 y 25.589, pero nada refiere a la compensación del precio con los créditos, lo que ya ha sido admitido por la jurisprudencia en varios casos, siendo el primero el precedente cordobés, “Comercio y Justicia Editora SA”.

b. Uruguay

Ley 18.387 de noviembre de 2008. Arts. 172 y 174.

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. De su redacción podemos colegir que esta ley ha tomado en cuenta –para su redacción– las críticas, debates doctrinales y resoluciones jurisprudenciales que mereció el instituto en nuestro país. O sea, es una versión ampliada y más completa que la de nuestra propia normativa.

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 inciso tercero del numeral 2 del art. 174’.*”

Art. 174, inc. 2°: *En caso de que exista riesgo de que los créditos laborales comprendidos en el numeral 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° de la 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.*

La ley reformadora 26.684, va tras estos cometidos, principalmente en un nuevo artículo que incorpora y que es el art. 203 bis, siendo las demás reformas introducidas en otros artículos, adecuaciones a estos fines (tal el art. 205, inc. 1°)⁴⁷, y/o complementarias de este nuevo artículo y/o ajustes para que las previsiones puedan ejecutarse, excepto el “exabrupto” que resulta del art. 205, inc. 2°⁴⁸ respecto del cual me expediré en forma puntual más adelante. Tanto la ley brasilera como la uruguaya, alcanzan el mismo cometido que la nuestra, diciendo menos y sin mostrar un equilibrio adecuado, tratando a la cooperativa, como un oferente más; está la posibilidad y también la compensación y respecto del resto, no existen diferencias de tratamiento, es una más y es como debe ser. Considero que el sistema de compra con compensación, es justo y también apropiado, en tanto y cuanto se respete el orden

⁴⁷ Art. 205, inc. 1°: “El designado para la enajenación, tasa aquello que se proyecta vender en función de su probable valor de realización en el mercado; de esa tasación se corre vista a la cooperativa de trabajadores en el caso que esta se hubiera formado y al síndico, quien además informará el valor a que hace referencia el art. 206”. Como vemos, la situación no es ajena al contexto de las leyes del derecho comparado que he citado, en las cuales también los trabajadores participan activamente sobre la modalidad de venta, valores y bienes afectados, despidos, suspensiones y cuanto más hace a la afectación que sus derecho puedan sufrir en estos procesos liquidativos.

⁴⁸ Art. 205, inc. 2°: “En todos los casos comprendidos en el presente artículo la cooperativa de trabajo podrá realizar la oferta y requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación de acuerdo al inciso anterior”.

de privilegios y rangos dispuestos por la ley, y se permita la libre e igualitaria competencia en el interés y puja por la compra.

c. Las reformas de la ley 26.684

1) El art. 203 bis. La médula del nuevo sistema está en el art. 203 bis: *“Los trabajadores reunidos en cooperativa de trabajo están habilitados para solicitar la adquisición de conformidad con el art. 205, incs. 1° y 2°, y podrán hacer valer en ese procedimiento la compensación de los créditos que le asisten a los trabajadores de la fallida, de conformidad con los arts. 241, inc. 2° y 246, inc. 1° de la ley concursal, no siendo aplicable en este caso la prohibición del art. 211. El monto de las indemnizaciones será calculado, a los fines de la compensación, de conformidad con el art. 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976), los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, según el que resultare más favorable a los trabajadores. A tal efecto, podrán utilizarse total o parcialmente los créditos laborales de los que resulten titulares trabajadores que voluntariamente los cedan a la cooperativa. La cesión se materializará en audiencia a celebrarse ante el juez de la quiebra con intervención de la asociación sindical legitimada. El plazo del pago del precio podrá estipularse al momento de efectuarse la venta”*.

Se destacan entonces dos aspectos que son los ejes de la reforma tal cual anticipara: 1) que los empleados organizados como cooperativa de trabajo puedan comprar la empresa cuando es vendida como unidad en producción; 2) que puedan pagar el precio, total o parcialmente, ejerciendo el derecho de compensación con sus créditos de privilegio especial y privilegio general.

La compensación con créditos privilegiados, aun cuando no está dicho, se descuenta que lo será con respeto de los derechos de los acreedores con créditos preferentes y nada habilita a pensar que pudiera ser distinto, pues tampoco ha habido modificación alguna en la normativa que permita suponer una pretensión o posibilidad distinta.

Lo que sí y como lo anticipa Rubín⁴⁹ no va a ser fácil poder determinar todo ello tempranamente, pues se requerirá haber concluido la etapa verifcatoria en la quiebra, de modo que queden adecuadamente expresados y representados todos los derechos de créditos y privilegios que concurren sobre los bienes a liquidarse.

Para aumentar el valor de los créditos, la ley ha modificado el art. 294 que permitía que fuera el juez quien indicara si al declararse la quiebra correspondía la indemnización del art. 245 o 247 de la LCT. Actualmente en forma directa, se aplica el régimen del art. 245, que es la indemnización que corresponde a la extinción del contrato de trabajo por culpa del empleador o sea, causa que le es imputable y no casual. Indiscutiblemente la ley busca que los derechos de créditos de los trabajadores, sean los máximos posibles, cometiendo allí una “injusticia”, porque bien puede ser que la quiebra no hubiera sobrevenido por causa del empleador, sino por contingencias fortuitas o no culpables y de este modo se alteran los derechos de los restantes acreedores que se ven perjudicados con el mayor valor asignado a los créditos privilegiados laborales.

⁴⁹ Rubín, *Las reformas a la ley de concursos y quiebras del año 2011 y el fenómeno de las cooperativas de trabajo*, ED, 1/8/11.

La otra situación que también está dirigida a facilitar la compra por los trabajadores organizados en cooperativa, es el último párrafo de este artículo, que deja abierta la forma de pago del precio, modificando lo que ha sido una constante en el derecho concursal argentino, que es que el precio, en principio se paga de contado, o sea luego de haber quedado firme la venta y en su caso, siempre el juez fija las condiciones de venta al momento de llevarla adelante, como no podría ser de otra forma y como tampoco podrá obviarlo en este caso. La forma de pago deberá estar fijada antes de que salga a la venta y todos los oferentes deberán tener derecho a conocerlo en tiempo y forma, de lo contrario la norma es inaplicable. La redacción dada a ese último párrafo es incorrecta y allí debe decir “*El plazo del pago del precio será establecido por el juez, al momento de fijar las condiciones de la venta*”. Con esta redacción se consigue establecer que puede haber distintas modalidades de forma de pago del precio y que no se requiere como única modalidad el pago de contado (contra aprobación) que en realidad conspira contra la venta de la empresa en condiciones de mercado. Esto favorece tanto a la cooperativa, como a cualquier otro interesado, sólo se requiere que existan adecuadas garantías de pago del precio, uno de los cuales son los propios bienes sometidos en forma automática (*ope legis*) a garantías reales hasta la cancelación y/o como pide la ley francesa y otras, que el comprador acredite el modo por el cual se proveerá de los recursos (financiamiento).

Digo entonces, que se profundiza la vocación del legislador de que sea la cooperativa quien tenga las mejores posibilidades para comprar la empresa en venta. Se parece a esos pliegos de licitaciones donde la lectura de sus términos y condiciones están obviamente confeccionadas como un traje a la medida de determinada persona o sujeto.

En este caso, el juez deberá evitar la utilización de pautas que sean supresoras de los derechos de los restantes interesados a participar en condiciones de paridad y aplicar criteriosamente todas las previsiones que esta ley 26.684 ha incorporado, desbalanceando la puja en las ofertas, porque es únicamente mediante el procedimiento de apertura a los interesados y a la competencia por el precio, que se aseguren las mejores condiciones para la quiebra, interés que debe tutelar el magistrado.

2) El art. 205. Este artículo amerita diversos comentarios, pero toda la doctrina se encuentra nuevamente sorprendida ante la redacción terriblemente “desafortunada” (dicho así si fuera no intencionado, lo que duda la doctrina mayoritaria) del inc. 2º, que dispone que “*en todos los casos comprendidos en el presente artículo la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación de acuerdo al inciso anterior*”.

Si se aplicara el texto tal cual está redactado, se habría finiquitado el proceso licitatorio, la puja y las mejoras de oferta, que es la única garantía de un proceso limpio y transparente de realización de los bienes de la quiebra. Que la cooperativa pueda requerir la adjudicación ofreciendo sólo el valor de tasación y que ello fuera razón suficiente como para que se le adjudique sin puja ni otros oferentes, es inaceptable y espero realmente que los jueces no convaliden este mecanismo de transferencia de los bienes de la quiebra. En su caso, podrá ser objetado y tachado de inconstitucional por cualquier acreedor del concurso, pues la oferta de la base, no es necesariamente la mejor oferta y tampoco permite asegurar que sea la más adecua-

da para el resto de los acreedores laborales que no integran la cooperativa, para los acreedores con garantías reales y tantos otros notorios déficits. También podría cuestionar el mecanismo de adjudicación, cualquier tercero interesado en ofertar que se vea excluido por este procedimiento. Supongo con convicción, que los jueces no van a aplicar el artículo en su versión literal y que sólo adjudicarán al valor de tasación en caso que no hubiera otros oferentes que alcancen dichos mínimos.

Veo como desvalioso el hecho de que estas redacciones confusas, dubitativas, indecisas y demás, sean la antesala o la puerta de ingreso a discusiones y controversias dentro del proceso de quiebra que postergaran los términos. Dudas, trabas, preferencias, artículos de oscura o dudosa redacción e interpretación, son todas dificultades que obstruyen, apartan, espantan, desalientan a cualquier interesado ya que mientras los interesados o los acreedores presentan sus dudas al tribunal y éste resuelve y se suscitan recursos con sus consabidas demoras, estaremos transitando la continuación de la explotación y su alongamiento.

Hay mucho más para decir, la forma de pago del precio (contado, financiado, cuando se establece), las garantías, si hay financiación, que la habrá sin dudas, cuando se entrega la posesión de la empresa, que seguramente ya estará entregada en la continuación de la explotación y el alongamiento de los términos notoriamente dispuestos en la ley.

En fin, acá el legislador ha escrito lo suficiente como para que sea la cooperativa la “dueña” del traje a medida y la postergación de los derechos de los acreedores que podrán agotarse en arduas e interminables faenas legales que impedirán el cobro de sus créditos, la obtención del verdadero valor por la empresa y cuanto más.

La liquidación, en los términos en que está redactada por la ley reformadora, permite el manipuleo de los tiempos y condiciones, lo que descompensa el derecho de los acreedores y por ende, un importante abandono del crédito, lo que va en sentido contrario al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Antes, he tenido la oportunidad de explicar abreviadamente, otros modelos de leyes, donde el equilibrio y la tutela de los derechos laborales y de los acreedores, está trabajado adecuadamente. Nuestra ley es, en el modelo actual, la antítesis de esas equilibradas leyes y permitirá todo tipo de abusos.

Una vez más, esta redacción nos obliga a poner en manos de los jueces el control del equilibrio y la equidad de los intereses en juego. Si bien es su función, seamos también conscientes de que es exponerlos a las presiones no siempre fácilmente superables.

© Editorial Astrea, 2012. Todos los derechos reservados.