

LAS ALTERNATIVAS DE CONTINUACIÓN DE LA EMPRESA Y EL MANTENIMIENTO DE LA FUENTE DE TRABAJO**Francisco JUNYENT BAS****I. La realidad que implica la fenomenología de las empresas recuperadas****I. 1. La reconversión de la relación de empleo.**

Hemos dicho con anterioridad¹ que la fenomenología de las “empresas recuperadas” permite descubrir el nacimiento de una nueva “subjetividad empresaria” y de un nuevo sujeto, “el trabajador asociado”, integrante de la cooperativa de trabajo, más allá de que indudablemente siempre podrá asociarse con otras entidades e incluso reconvertir el modo asociativo si fuera necesario, aún cuando a la luz de los arts. 48 y 189 y 190 de la ley. 26.684 pareciera haber dos tipos de cooperativas, todo lo cual lejos de arrojar claridad a la integración de la entidad solidaria nos deja en un “cono de sombra” de dificultosa inteligencia.

La primera, integrada solamente por los empleados de la concursada, a tenor del texto de la ley que puntualmente dice “... La cooperativa de trabajo conformada por trabajadores de la misma empresa” lo que lo ha llevado a Truffat² a cuestionar la limitación del texto legal y el segundo tipo que nace de la lectura de los textos que reglan la entidad solidaria en la quiebra y que en este caso puntualmente expresa que “la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa si las dos terceras partes del personal en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativas, incluso en formación, la solicitan al síndico o al juez...”

En una palabra, la integración subjetiva de la cooperativa parece modificarse entre el concurso preventivo y la quiebra, aspecto que no ha sido analizado todavía por la doctrina pero que, en una hermenéutica funcional y sistémica del ordenamiento concursal, a la luz de los principios cooperativos, debiera recibir la misma respuesta: ambos tipos de sujetos están legitimados para integrarla en la medida que lo hagan voluntariamente en función del principio de “puertas abiertas”.

En esta línea, las cooperativas de trabajo exitosas son aquellas en donde los ex-trabajadores tenían y tienen, énfasis añadido, una especial “idoneidad técnica” que los habilita a gestionar y producir determinados bienes que son “su propia hechura”.

Así, cabe reconocer que las cooperativas de trabajo no son solución para todos los casos de falencia sino, para aquellos en los que el emprendimiento depende del “background” o si se quiere

1 Junyent Bas, Francisco, Conferencia en el Instituto argentino de Derecho Comercial del 5 de Julio del corriente año.

2 Truffat, Daniel, “La Ley 26.684: ¿Argentina 1Q84?” trabajo remitido por e-mail por el autor, el que al predicar sobre las características de la cooperativa señala la inquietud que le produce la expresión del art. 48 bis. señalando que “La otra inquietud gira en derredor de la aparente limitación a las “cooperativas de trabajadores de trabajadores del mismo establecimiento” (sic). ¿Esto veda proponer contrato a cualquier otra cooperativa, incluida la cooperativa de trabajadores de la misma empresa pero de otro establecimiento? Desde ese punto de vista el silencio de la ley anterior parecía mas generoso (“todas” las cooperativas podían contratar).La solución sería predicar que la ley está estableciendo algo así como una preferencia para los trabajadores del mismo establecimiento, lo que no deja de tener lógica pero –y al mismo tiempo- podría constreñir a celebrar un contrato nada atractivo y dejar en el camino otro mucho más favorable para la quiebra.”

del "know how" que tienen los trabajadores.

Desde esta atalaya, cabe señalar que lo que no han podido descubrir los juristas o al menos no han querido darle la relevancia sociológica que tiene es que la fenomenología de las "empresas custodiadas", que surge a partir de la crisis del 2001, da nacimiento a una nueva figura: "el trabajador asociado".

De tal manera, se alza no un empresario clásico, sino "un nuevo tipo de emprendedor", que se sigue "sintiendo trabajador", aún cuando al asociarse a una entidad solidaria no pueda predicarse la existencia de una relación laboral, sino un vínculo cooperativo que deberá ir siendo comprendido y concientizado también por los ex-trabajadores.

I. 2. El nacimiento del trabajador asociado

En esta inteligencia, uno de los aspectos más relevantes en el proceso de recuperación de empresas es la ruptura que supone en la "subjetividad de los trabajadores" y en las formas de entender "su lugar en el mundo del trabajo".

Así, el aludido proceso conlleva en todas sus fases cambios de "roles y definiciones sociales" en la configuración de las relaciones laborales pues, las empresas recuperadas plantean "una construcción alternativa" en torno al proceso de producción capitalista, tanto en el modo en que se produce, como así también, en cómo se forman y distribuyen las utilidades; rectius: los excedentes.

Todo lo dicho implica un universo de relaciones distintas a las predominantes más participativas y demandantes de una responsabilidad mayor por parte de los trabajadores.

Por ello, el cimiento social y económico de la cooperación reside en la organización del trabajo en interés de quienes lo suministran, de tal modo que hoy podemos decir que la cooperativa deviene, por su naturaleza, una empresa mediante la cual sus asociados procuran para sí la oferta de su trabajo, en forma individual o articulada colectivamente con sus pares, materializando una fuente ocupacional, permanente o eventual, y obteniendo como beneficio patrimonial, un retorno inordinado de la deducción que del precio de sus servicios se hace en el mercado.

II. Las formas de continuación de la explotación.

II. 1. La convergencia de los medios de continuación.

Así, los nuevos artículos 189, 190 y 187, según texto de la ley 26.684 reglan la posibilidad de que la cooperativa de trabajo requiera hacerse cargo de la explotación de la empresa, ya sea en la continuación inmediata, o en la ordinaria de todas las quiebras, como así también, aún cuando no haya resolución de continuación mediante la contratación de activos.

En realidad, aún cuando la doctrina siempre ha señalado que existen "dos modos de continuación", a tenor de los arts. 189 y 190, nominándolos como "continuación inmediata" y "ordinaria" a todos los procesos; en realidad, esta metodología es sólo una forma pedagógica de explicar "un único proceso" con etapas y momentos diferentes.

En efecto, declarada la quiebra, y producido el desapoderamiento, lo que sucede normalmente es la incautación de los bienes y la liquidación de éstos.

Ahora bien, así como enseñaba Vivante que "las grandes empresas no quiebran", aquí y ahora, se tiene mayor conciencia que aunque aquellos "mega emprendimientos" tienen alternativas de

saneamiento que no son liquidatorios, de todas formas, la falencia es siempre la última "ratio" de los procedimientos concursales.

En consecuencia, también en el caso de las medianas y pequeñas empresas, es razonable que cuando se encuentre en juego una planta de personal de cierta relevancia, se tienda a defender la fuente de trabajo y se permita una metodología de "reversión" de la quiebra.

Entre nosotros, enseña Pesaresi³ que la jurisprudencia se ha mostrado amplia en permitir el desarrollo de las cooperativas valorizando los esfuerzos de los trabajadores a cuyo fin cita entre otros los casos de "Comercio y Justicia, Adzen Sacif, Enrique Sanz, Cerámica Cuyo, La Anunciada SA e Industrias Ganaderas Inga", oportunidades en donde se otorgaron las correspondientes locaciones de los establecimientos e incluso se habilitó la compra directa por parte de la cooperativa.

De tal modo, bajo ciertas condiciones y, en especial, cuando se está frente a una empresa que puede "revertir" la quiebra mediante la idoneidad técnica de los trabajadores nucleados en cooperativas, no existe motivo para negar ésta alternativa de recuperación económica.

Así, lo explica con claridad Alejandra Tevez⁴ quien se dedica a explicar la nueva formulación legal de la ley 26684 en materia de continuación de la explotación en sus diversas modalidades.

En este sentido, cabe destacar que la ley 26.684 no retorna al principio de continuación de la explotación de la ley 19.551, sino que tiene un "régimen tasado" tal como lo veremos a continuación.

II. 2. Los motivos de la continuación

Así, el art. 189, según texto de la ley 26.684, dispone la continuación de la explotación en forma inmediata si de la interrupción de la actividad pudiera derivarse: a) un grave daño al patrimonio y al interés de los acreedores, b) si se interrumpiera un ciclo de producción o el síndico entendiera que el emprendimiento resulta económicamente viable y por último, c) la conservación de la fuente de trabajo como alternativa autónoma que habilita la inmediata continuación de la explotación.

Ahora bien, aún cuando se resuelva la continuación inmediata de la explotación, el síndico debe presentar el informe del art. 190⁵, justamente para que el juez resuelva definitivamente sobre si mantiene la empresa en marcha.

En esta línea, resulta evidente que la continuación inmediata es una simple modalidad que se introduce en el esquema del art. 190 y ss. de la ley concursal, articulándose en forma definitiva la

3 Pesaresi Guillermo Mario, Ley de concursos y quiebras, Abeledo Perrot, 2008, pág 676.

4 Tevez Alejandra, La cooperativa de trabajo como continuadora de la empresa en quiebra, La ley, 25 de Julio de 2011, pag. 1 y ss

5 Tevez Alejandra, ob cit. "El informe del síndico debe expedirse concretamente sobre los siguientes aspectos: 1. La posibilidad de mantener la explotación sin contraer nuevos pasivos; 2. la ventaja que resultaría para los acreedores de la enajenación de la empresa en marcha; 3. la ventaja que pudiere resultar para terceros del mantenimiento de la actividad; 4. el plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado; 5. los contratos en curso de ejecución que deben mantenerse; 6. en su caso, las reorganizaciones o modificaciones que deben realizarse en la empresa para hacer económicamente viable su explotación; 7. los colaboradores que necesitará para la administración de la explotación; 8. explicar el modo en que se pretende cancelar el pasivo preexistente. El juez a los efectos del presente artículo y en el marco de las facultades del art. 274, podrá de manera fundada extender los plazos que se prevén en la ley para la continuidad de la empresa, en la medida en que ello fuere razonable para garantizar la liquidación de cada establecimiento como unidad de negocio y con la explotación en marcha".

explotación recién con la resolución judicial que fija las pautas de la explotación.

En esta línea, Alejandra Tevez⁶ entiende que en el caso de la continuación inmediata es necesario el requerimiento expreso por parte de la cooperativa, aclarando que la norma establece un término a la solicitud de la cooperativa que puede comparecer a formularla desde la fecha de la sentencia de quiebra y hasta 5 días desde la última publicación de edictos.

La autora citada destaca que el proyecto de ley “correctivo” del Senado, permite que el juez disponga la continuación en forma oficiosa cuando se configuren las circunstancias pautadas en el art. 189.

De todas formas, cabe insistir que la continuación inmediata se “une” a la alternativa del 190 por el informe sindical descripto precedentemente y finalmente por la resolución del juez.

En este caso, nuevamente la ley insiste en el art. 191 en los recaudos que el juez debe tener en cuenta para disponer la continuación de la actividad, reiterando que ellos son: el evitar una grave disminución de realización, o si se interrumpiera un ciclo de producción que pueda concluirse, siempre que lo estime viable económicamente, o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa.

Tal como se advierte, deben darse determinados presupuestos receptados congruentemente en los arts. 189 y 191 para que se justifique la continuación de la explotación, los que serán informados por la sindicatura en especial con relación al plan de explotación propuesto por la cooperativa de trabajo y ponderados por el juez.

Aquí entonces una observación esencial: la viabilidad de la empresa como presupuesto fundamental.⁷

II. 3. La viabilidad de la empresa y la fuente de trabajo.

La viabilidad de la empresa es el presupuesto fundante que justifica la continuación de la explotación, aún cuando lógicamente se requiera su reorganización para tornarla eficaz y esto se sigue de una adecuada hermenéutica legal.

En efecto, así como el art. 190 le requiere al síndico una serie de pautas que se reflejan en su alongado informe, éstas también deben estar presentes en el caso de que la gestión empresaria la asuma la cooperativa de trabajo.

La ley 26.684 requiere puntualmente, en el artículo 190, que los trabajadores presenten un proyecto de explotación⁸, conteniendo las proyecciones referentes a la actividad económica que

6 Tevez Alejandra, ob cit

7 Truffat, Daniel, op. Cit. El muy delicado tema de la continuación de la explotación se considera modificado intensamente y, en mi parecer, no es así. Se sostiene que ha perdido el carácter “excepcional” por la supresión de los artículos que la consagraban. Disiento con tal modo de ver. Todo lo que se aparta de la regla es una excepción. Y la regla sigue siendo el inicio inmediato de la liquidación (art. 203). Se dirá que no porque este menciona supuestos donde no es así, pero los menciona con un “salvo que”, lo que demuestra que el artículo que porta la regla también hace explícitas las excepciones. 1. Creo que el debate entonces no gira sobre si la continuación es “excepcional” (que lo es, pero se trata de una discusión nominalista) sino si debe encararse con criterio “restrictivo”. Hoy la ley no lo trae y favorece la posibilidad de explotación por cooperativas. Pero lo hace sujeto a un sinfín de previsiones (la más importante: que la continuación no genere quebranto (art. 190, inc. 1), ergo no se trata aplicar un criterio restrictivo, pero tampoco otro amplio. Se esta ante una situación “reglada” y será el ajuste o no, a la regla lo que determine este modo de continuación.

8 Tevez, Alejandra, ob cit. La autora citada expresa que "... es plausible la exigencia legal de la presentación de un "proyecto de explotación" que avale la seriedad del pedido que formule la cooperativa. Resulta de trascendental

desarrollará, todo lo cual implica explicar la viabilidad del emprendimiento, sobre el cuál se dará traslado al síndico para que emita opinión al respecto.

De tal forma, la legitimación para hacerse cargo de la explotación en forma inmediata se justifica por una elemental máxima de experiencia pues, tiende a evitar mayores daños al patrimonio, al ciclo de producción y a la marcha de la empresa.

A todo evento, siempre el síndico deberá presentar el informe del art. 190, para que sea el juez quien resuelva la continuación definitiva de la empresa y, en su caso, otorgue a la cooperativa de trabajo la explotación autorizando el plan de explotación e imponiendo los informes y controles que estime pertinentes, art. 191 y 192 de ley 26.684.

En esta alternativa, también se habilita que “en caso de disidencias o dudas el tribunal puede convocar a una audiencia para resolver las contingencias planteadas”, todo lo cual demuestra la razonabilidad de este aspecto de la reforma.

Esta alternativa de dialogo resulta fundamental para que la cooperativa pueda ajustar su planificación a los requerimientos técnicos que le formule la sindicatura o el juez en su caso.

A todo evento, cabe tener presente siempre que una cosa es la continuidad de la empresa por el síndico que implica un régimen de administración “ex lege”, art. 192 de la 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 ésta última entidad, art. 192 infine.

Así, en el caso de la explotación de la empresa por parte de la entidad solidaria nunca puede confundirse a la quiebra con aquella.

Todo lo dicho, se ratifica con los arts. 196 y 197 infine en cuanto la decisión del juez de otorgar la explotación a la cooperativa de trabajo no impide la disolución de la relación laboral, en atención a que se produce la conversión del vínculo jurídico por la incorporación de trabajador como asociado cooperativo.

II. 4. La resolución judicial.

En igual sentido, cabe enfatizar que en la resolución de autorización el juez debe pronunciarse sobre el plan de explotación, y especialmente, sobre el plazo necesario para la enajenación de la empresa, a cuyo fin se tomará en cuenta el ciclo de producción.

Además, se debe disponer el tipo y periodicidad de la información que deberá suministrar el síndico, y en su caso, el coadministrador o la cooperativa de trabajo.

De tal forma, no se trata de volver a la “empresa inmortal”, como se dice equivocadamente, sino de otorgar una oportunidad “in extremis” a los trabajadores para que demuestren que son capaces de “revertir” la quiebra y defender así su fuente de trabajo.

Una alternativa de “solidaridad social” mucho menos gravosa que los fideicomisos deportivos que ostentan un plazo de 9 años y una quita legal del 40% que en la realidad implica una “licuación” del pasivo por el efecto cancelatorio que otorga el art. 18 de la ley 25.284 a las distribuciones de fondos.

importancia este plan de empresa pues corresponderá que allí, con miras a la superación de la crisis patrimonial o económica, la entidad explique cómo llevará a cabo la recuperación, con qué medios y a través de qué medidas. Una vez presentado este plan en el expediente, del mismo debe correrse traslado al síndico por cinco días, para que el funcionario emita opinión fundada...".

Es cierto que aquí estamos en “el campo de los sentimientos” y no existe un problema de “clase” como en el caso de las cooperativas.

En esta línea, es certera la observación de Rubín⁹, en el sentido de que la norma sigue integrando a la cooperativa con las dos terceras partes de los acreedores laborales y de los trabajadores, en un “mix” de difícil articulación que puede llevar a disidencias como en el caso “Ghelco S.A. s/Quiebra”¹⁰.

Ahora bien, el encuentro o desencuentro entre los trabajadores exige tanto de la sindicatura como de la judicatura una adecuada tarea de integración y obviamente, que los acreedores laborales y los mismos trabajadores tienen la libertad de no incorporarse a la cooperativa y cobrar sus acreencias con el privilegio que les asiste, aspecto que veremos al tratar la enajenación del emprendimiento.

En consecuencia, es en éste punto donde la ley aparece sumamente rígida cuando requiere una mayoría de las dos terceras partes de ambos sectores, cuando en realidad, lo relevante debió ser la magnitud de la planta e personal que se mantiene en actividad, aspecto a ponderar por el órgano jurisdiccional, sin un cartabón matemático como establece el art. 190.

En este sentido, aún cuando el precepto es deficiente, debe inculcarse a los trabajadores la necesidad de ponderar las pautas de solidaridad que implica la entidad que integran.

II. 5. La llamada "continuación atípica".

A su vez, en los supuestos de contratación de activos, será la sindicatura la que elaborará el contrato pertinente y controlará su cumplimiento, a tenor del nuevo texto del art. 187 de la ley 26.684.

Esta vía ha sido mal “llamada continuación atípica”, pues, muchas veces permite “salvar” un establecimiento que sea viable y, de esta forma, otorga una oportunidad de reconvertir el giro empresario para bien de la fuente de trabajo, aún cuando el resto de la empresa se liquide.

En una palabra, la contratación de activos, sea que se realice por la vía de la locación o de cualquier otro tipo de convenio, puede ser propuesto por la cooperativa de trabajo con la finalidad de sanear una de los aspectos del quehacer económico de la empresa fallida.

En esta línea, Alejandra Tévez¹¹ explica detenidamente los distintos aspectos que debe

9 Rubín, ob. cit.

10 “Ghelco S.A. s/Quiebra”, Juzgado Nacional de Comercio N° 4, 01/03/2005, Lexis N° 70021305.

11 Tevez, Alejandra, “La cooperativa de trabajo como continuadora de la empresa en quiebra”, La Ley On Line 25/7/2011, “Paralelamente, el contrato debe a nuestro juicio necesariamente establecer: 1. El importe dinerario a abonar por la cooperativa por el uso y goce de la empresa (que involucre a los inmuebles, muebles, intangibles, marcas, según sea el caso). 2. La obligación de la cooperativa de pagar los impuestos, tasas y contribuciones sobre el inmueble y las maquinarias, así como los correspondientes a todas las operaciones que realice en el establecimiento. 3. El compromiso de mantener vigentes todas las habilitaciones y permisos para las operaciones que la empresa realice, en su caso. 4. La asunción por parte de la cooperativa de todos los pagos, liberando a la quiebra de todo reclamo que pudieren efectuar los asociados de aquella y/o personal contratado por la misma y/o terceros con quienes contrate, por cualquier concepto. 5. La contratación de seguros de vida y el pago de los premios correspondientes, que cubran a las personas que trabajen en el establecimiento con cláusulas similares a las de las ART. 6. La obligación de mantener en buen estado el inmueble y los bienes muebles propiedad de la quiebra existentes en aquél. 7. La presentación de las pólizas de seguro endosadas a favor de la quiebra y la acreditación del pago de los premios, cubriendo los siniestros que puedan afectar a los bienes de la quiebra. 8. La asunción de los honorarios y gastos del controlador designado por el juez, en su caso. 9. El compromiso de presentar al tribunal y a la sindicatura la información y documentación que se le

contener el contrato en orden a asegurar el canon locativo para la quiebra, como así también, todas las obligaciones que asume la cooperativa de trabajo, liberando a la falencia de todo reclamo que pudieran efectuar los asociados de aquella y/o terceros con quienes contrata por cualquier concepto.

De allí que la autora señala la necesidad, no sólo de mantener en buen estado las instalaciones, sino de realizar la contratación de los seguros del personal con cláusulas similares a las A.R.T. y demás daños que pudieran derivarse.

Por último, agrega la necesidad de contratar un seguro de caución por los cánones locativos y el compromiso de desalojar la planta en caso de mora.

Va de suyo que el contrato debe ser aprobado por el juez, y la suerte de ésta alternativa dependerá de la eficacia de la actividad que se desarrolle y de la eventual reorganización del establecimiento que asegure una fuente de trabajo pero, además, se convierta en una unidad productiva de utilidad para la comunidad.

requiera, en cualquier oportunidad. 10. El compromiso de desalojar inmediatamente la planta en caso de mora. 11. La contratación de un seguro de caución por los cánones locativos...".