

Díez Selva, Manuel

*Impacto del convenio 173 de la OIT en el
régimen argentino de privilegios de los créditos
laborales*

Tesis Doctoral
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Díez Selva, M. (2010). *Impacto del convenio 173 de la OIT en el régimen argentino de privilegios de los créditos laborales* [en línea]. Tesis de Doctorado, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/impacto-convenio-173-oit-regimen.pdf>

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS
TRABAJO DE TESIS DOCTORAL

DIRECTOR DE TESIS: DR. HUGO ROBERTO MANSUETI

DOCTORANDO: MANUEL DÍEZ SELVA

REGISTRO: 04-953130-1

TRABAJO TEMA: IMPACTO DEL CONVENIO 173 DE LA OIT EN EL RÉGIMEN ARGENTINO DE PRIVILEGIOS DE LOS CRÉDITOS LABORALES.

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2010

ÍNDICE

Capítulo 1.- Planteo del problema.

Capítulo 2.- La empresa en crisis y la protección del crédito del trabajador.

- 2.1.- La empresa en crisis
 - 2.1.1.- El concepto de empresa.
 - 2.1.2.- La función de la empresa en la comunidad.
 - 2.1.3.- La crisis de la empresa
- 2.2.- La protección del trabajador.
 - 2.2.1.- La autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos.
 - 2.2.2.- La relación laboral en dependencia.
 - 2.2.3.- Desigualdad económica en la relación laboral en dependencia.
 - 2.2.4.- Necesidad de protección del trabajador dependiente.
- 2.3.- La protección del crédito laboral en la empresa en crisis.
 - 2.3.1.- Antecedentes.
 - 2.3.1.1.- De la revolución industrial al mundo actual.
 - 2.3.1.2.- Los privilegios.
 - 2.3.2.- Consideraciones generales sobre los privilegios.
 - 2.3.3.- El privilegio laboral como elemento de protección del dependiente.
- 2.4.- La protección del crédito laboral en el derecho comparado.
 - 2.4.1.- Referencias generales según los países más significativos.
 - 2.4.2.- Referencias específicas según las cualidades del privilegio.
 - 2.4.2.1.- Extensión del privilegio laboral.
 - 2.4.2.2.- Jerarquía del privilegio laboral.
 - 2.4.2.3.- Límites al privilegio laboral.
 - 2.4.2.4.- Ejercicio del privilegio laboral.
 - 2.4.2.5.- Los regímenes de garantía salarial.

Capítulo 3.- Régimen jurídico de los privilegios laborales en la República Argentina.

- 3.1.- Aspectos generales.
- 3.2.- Los privilegios laborales en la quiebra y el concurso preventivo.
- 3.3.- Los privilegios laborales en el orden de prelación del sistema general.
- 3.4.- El pronto pago.
- 3.5.- La Ley N° 23.472 del Fondo de Garantía de los Créditos Laborales.

Capítulo 4.- El Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo.

- 4.1.- La Organización Internacional del Trabajo.
 - 4.1.1.- Reseña histórica.
 - 4.1.2.- Constitución y estructura.
 - 4.1.3.- Órganos que la integran.
 - 4.1.4.- Régimen de producción de normas de la O.I.T.
 - 4.1.5.- Aplicación y control de las normas de la O.I.T.
- 4.2.- Los convenios de la O.I.T. en el derecho interno argentino.
- 4.3.- El Convenio 95 de la O.I.T. como antecedente del Convenio 173.
- 4.4.- El Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo.
- 4.5.- El Convenio 173 de la O.I.T. en acción.
- 4.6.- La obligatoria aplicación en Argentina del Convenio 173 de la O.I.T.

Capítulo 5.- Incompatibilidad del régimen argentino de protección de los créditos laborales en el concurso y la quiebra con el Convenio 173 de la O.I.T.

- 5.1.- Planteo general.
- 5.2.- Distintos cuestionamientos vinculados a la protección del trabajador.
 - 5.2.1.- La derogación del requisito de acreditar el pago de remuneraciones.
 - 5.2.2.- La posibilidad del trabajador de renunciar a su privilegio.
 - 5.2.3.- La ubicación de los créditos laborales en el orden de prelación legal.
 - 5.2.4.- La limitación de efectos reipersecutorios.
 - 5.2.5.- La limitación de la extensión de los privilegios a los intereses.
 - 5.2.6.- La dificultad de concreción del privilegio laboral especial.
 - 5.2.7.- Los créditos laborales con privilegio general y quirografarios.

- 5.2.8.- El contenido actual del derecho de pronto pago.
- 5.3.- Incompatibilidades concretas de la normativa vigente con el Convenio 173 de la O.I.T.
 - 5.3.1.- Incumplimientos específicos.
 - 5.3.2.- La garantía respecto de los créditos laborales.

Capítulo 6.- Conclusión.

- 6.1.- Propuestas concretas de solución a las objeciones planteadas.
- 6.2.- Conclusión general.

Fuentes y bibliografía.

CAPÍTULO 1: PLANTEO DEL PROBLEMA.

En un país como la República Argentina, en el cual, durante las últimas décadas, la crisis económica parece ser la regla y los períodos de prosperidad la excepción, se ha llegado a un punto que parece de inflexión, y que ha sido provocado por una multiplicidad de causas, aunque tal vez la más importante –aunque mediata- sea la mencionada desde hace un tiempo por el Episcopado en cuanta oportunidad se ha ofrecido: la decadencia moral.

Junto con otros múltiples factores más próximos, esa decadencia moral ha llevado, entre otras cosas no menores, a una tasa de desempleo que llegó a ser, como alguien hubo de calificarla, “obscena”¹, término bastante adecuado que significa “impúdica, torpe, ofensiva al pudor”², y que refleja una realidad imposible de soslayar, cual es, la grave tragedia que implica el hecho de que las familias carezcan de recursos para conseguir los medios necesarios para una vida digna.

Esta inhumana e inmoral realidad, que parece haber retrocedido en los últimos años con una notable reducción de las tasas de desempleo, mientras exista sigue siendo preocupante, como lo es cada signo de la realidad social y jurídica que afecte, dificulte o impida los derechos de las personas de carácter alimentario, y cuyo combate no admite excusas, ni dilaciones, ni discusiones partidarias, doctrinarias o ideológicas. Exige la toma de medidas adecuadas para paliar la indigna situación de desprotección del crédito alimentario, que solucionen el problema con seriedad, de manea integral, y conforme al derecho y los principios republicanos.

El gobierno federal (ninguna de las tres funciones del poder escapa a ello), si bien con una evidente intención de atacar los problemas que la crisis económica

¹ Carta publicada por el diario La Nación, sección “Cartas de lectores”, el 12 de abril de 2002, titulada “Reza por la Argentina”, firmada por el Sr. John C. Broome.

² Según el Diccionario de la Lengua Española.

provocaron en los trabajadores argentinos, urgido por el apuro y una crisis de dimensiones exorbitantes cual fue la de fines del año 2001, dispuso medidas que supusieron soluciones para paliar tan grave situación, aún mantiene pendiente una deuda con los empleados en relación de dependencia, cual es la de dar adecuada protección al crédito laboral en el caso de la insolvencia del empleador, sobre todo frente a los compromisos asumidos en la ratificación de normas internacionales.

Y es así como, frente a la crisis de la empresa y su insolvencia, corresponde proteger, ante todo, de manera razonablemente suficiente, y de acuerdo con las normas internacionales a las cuales la República Argentina ha adherido, el crédito laboral, siendo para ello un instrumento de primer orden el de la prelación de los privilegios laborales. Pero analizar cualquier tema vinculado a los privilegios laborales, y más aún si se lo considera como elemento de protección del trabajador en relación de dependencia, supone realizar algunas disquisiciones previas acerca de la justificación de la existencia de una disciplina positiva comúnmente denominada “derecho del trabajo”, el basamento que la sostiene, y la naturaleza de los hechos que la han originado históricamente, no necesariamente en el orden señalado.

Separado del derecho comercial en razón de la materia particular, a saber, la regulación de las relaciones jurídicas entre empleadores y empleados –lo cual se extiende a sus representantes naturales-, el derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma cuenta con un ordenamiento positivo privativo, así como tribunales con competencia específica, pero fundamentalmente con principios que, si bien inspirados en los generales del derecho, en su aplicación a las mentadas relaciones adquieren una fisonomía propia.

Merced a la ciencia histórica, no parece discutirse actualmente que las relaciones entre empleadores y asalariados han tomado verdadera difusión a partir de la revolución

industrial operada en el siglo XIX. No porque la historia de la humanidad no haya registrado tales relaciones con anterioridad, pues éstas existen desde muy larga data en todas las civilizaciones antiguas, como la surgida alrededor de la ciudad de Babilonia, o bien en Egipto, Persia, Grecia o Roma, por citar algunos ejemplos clásicos, sino porque hasta la aparición del maquinismo, el trabajo manual había sido patrimonio primordial – no siempre a su gusto- de los esclavos, quienes corrieron diversa suerte a lo largo de la historia en cuanto a trato y tareas.

Por lo tanto, el trabajo dependiente es un concepto típicamente moderno, que implica la existencia de una relación de sujeción del trabajador al empleador, merced a la cual el empleado percibe una remuneración por poner a disposición del patrono su fuerza de trabajo, y éste puede impartir órdenes a aquél, con la potestad de sancionarlo en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, parece existir acuerdo en que esta relación de dependencia no se dio, desde su origen moderno, en los términos deseables, esto es, con respeto a la persona del trabajador, en virtud de su especial dignidad de hijo de Dios, hecho a su imagen y semejanza³, dignidad del hombre que no otorga el Estado, sino que es propia de su naturaleza y de su vocación trascendente, porque la ha recibido de su Creador, y que debe ser resguardada y garantizada por la sociedad en la cual la persona se desarrolla.

Así, no es difícil hallar múltiples referencias acerca de los abusos cometidos por los empleadores en el período decimonónico, exigiendo la prestación de trabajo de sus dependientes en condiciones muchas veces infrahumanas, con jornadas interminables de labor, sin descansos de ningún tipo y con salarios insuficientes que ni remotamente permitían una vida económicamente digna, como no sea la ganancia ilimitada de quien era dueño del capital, y se valía del esfuerzo ajeno para enriquecerse.

³ Génesis 1, 26.

Es por ello que algunos célebres escritores han reaccionado contra esta situación, durante la primera parte del siglo XX, señalando las graves consecuencias que ella provocaría de no ser corregidos los abusos, marchando la cultura occidental a la restauración del antiguo instituto de la esclavitud en tanto no se esfuerece por restaurar otro más antiguo e importante como el de la propiedad privada de los medios de producción difundidos adecuadamente⁴.

Sabido es que el propio sistema, fundamentalmente en la primera mitad del siglo XX, hubo de hallar la reacción frente a tan inicua situación de los dependientes, y de alguna manera alejándose de la controvertida propuesta de solución marxista⁵. Es así como se sucedieron los reclamos de mejoras y los trabajadores, reunidos en sindicatos, comenzaron a obtener conquistas sociales que ya no tendrían retorno, y terminarían configurando un cuerpo de instituciones jurídicas propias para regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, en temas como seguridad en el trabajo, descanso diario, semanal y anual, reconocimientos salariales, y otras muchas cuestiones, que en la actualidad, y con diferencias según la particular situación de cada comunidad, han conformado la disciplina autónoma que se conoce como derecho del trabajo, y que hoy nadie seriamente se atreve a discutir en cuanto a la formulación de sus principios generales.

A ello contribuyó noble y notablemente la doctrina de los Santos Padres que, desde Roma, hace ya más de un siglo que vienen definiendo una serie de principios claves para arrojar luz sobre el tema en cuestión, desde que León XIII diera su famosa

⁴ La obra de Hilaire Belloc es constante en tal sentido, bien secundado por Gilbert Keith Chesterton. Nótese al respecto trabajos como “El Estado Servil” o “La restauración de la propiedad”, del primero, y las referencias del segundo en obras como “La Eugenesia y otros males”, por citar sólo unos pocos ejemplos.

⁵ Bien señala Carlos A. Sacheri: “*La posición de la Iglesia frente al comunismo es de todos conocida: hay una total oposición entre la doctrina y la praxis del comunismo internacional y el sentido cristiano de la vida.*” (El Orden Natural, Ediciones del Cruzamante, Buenos Aires, 1980, pág. 46). En tal sentido, es clara la declaración del Papa Pío XI en el número 68 de la Carta Encíclica Divini Redemptoris, al calificar al marxismo como intrínsecamente perverso.

Carta Encíclica *Rerum Novarum*, en el año del Señor de 1891, a partir de la cual comenzaron a aparecer documentos de vital importancia, con un último ejemplo en la *Caritas in Veritate*, Carta Encíclica del Papa Benedicto XVI sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, del 29 de junio de 2009.

Es así como se dio formación a una doctrina jurídica positiva con el fin de regular las relaciones entre trabajadores y empleadores, intentando poner en un pie de igualdad jurídica a ambos, equiparando la desigualdad económica lógica que implica ser el dueño del capital y, por ende, de los medios de producción, frente a quien sólo puede vivir de su trabajo, lo cual no supone una equiparación con olvido del reconocimiento del derecho como objeto terminativo de la virtud de la justicia⁶, la cual debe asegurar para cumplir su real cometido, sino que supone, entre otras cosas, armónicas relaciones entre trabajadores y empleadores dentro de la empresa en cuanto célula de la vida económica, la cual necesita de todos sus recursos humanos –capitalistas, inversores, personal de dirección y trabajadores dependientes- para desarrollarse.

Y dicha doctrina se ha plasmado, ante todo, en una serie de principios que confluyen en un denominador común, cual es, la protección del trabajador en relación de dependencia, lo cual sirve de basamento a todo el andamiaje del derecho del trabajo. Entre dichos principios, no puede sino citarse en primer lugar a aquél que resulta el tronco central, el comúnmente llamado *principio protectorio*, *principio protector*, o *principio de protección del trabajador*, debiendo notarse aquí que la primera de las denominaciones apuntadas resulta, a no dudarlo, la más popular, aún cuando, equivocadamente, se la ha criticado desde el aspecto idiomático. Es que dicho principio da forma y fundamento a la disciplina jurídica laboral, y constituye el elemento en que ella se funda, en tanto pretende otorgar al dependiente -quien se presenta como la parte económicamente débil de una relación laboral- una serie de prerrogativas a fin de que le

⁶ Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, II, II, q. LVII, a. 1.

auxilien para contrarrestar posibles abusos por parte del empleador, quien, naturalmente y en tanto dueño del capital, constituye la parte más fuerte desde el punto de vista económico. En él se basa todo el derecho del trabajo como modernamente es concebido. Es más, puede y debe decirse que todos los principios habitualmente enunciados por la doctrina en general se resumen en el protectorio, o bien, que cada uno de ellos es una aplicación distinta de éste.

En efecto, y a modo de ejemplo, puede decirse que el denominado *principio de irrenunciabilidad* –contemplado en el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, t.o. 1976 (LCT)⁷-, según el cual el trabajador no puede renunciar a los derechos o beneficios que las normas laborales le reconocen, y cualquier renuncia en tal sentido implica su insalvable nulidad –a menos que exista de por medio la homologación de alguna autoridad administrativa o judicial que declare que se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes-, no es otra cosa que una aplicación del principio protectorio, para evitar, a través de una resignación o un despojo de facultades o garantías en cabeza de un dependiente, que éste sufra un abuso por parte del empleador, basada en una posición dominante. Lo propio sucede con los principios denominados *de continuidad, de primacía de la realidad, de no discriminación, de gratuidad*, etcétera.

Ahora bien, el elemento fundamental para lograr armonía entre los distintos actores de las relaciones laborales está dado por la correcta definición, interpretación y aplicación del principio protectorio del derecho del trabajo, así como por la adecuación de cada instituto jurídico laboral a dicho principio, o aquello que es lo mismo, a la protección del trabajador. Ello hará posible, por tanto, la existencia de justicia, equidad y equilibrio en los vínculos entre los dueños del capital y quienes ponen su fuerza de

⁷ Dice el artículo 12 LCT: *Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.*

acción a disposición de ellos, lo cual permitirá la mayor aproximación posible a la armonía entre los empleadores y los dependientes, si acceder a ella fuera imposible, dando a cada uno lo suyo, en aras de la paz social. Y cualquier falta de adecuación en tal sentido, así como la distorsión entre los institutos jurídicos que conforman el derecho del trabajo y su finalidad protectora o el principio que lo fundamenta, podría derivar en una situación de injusticia provocadora de abusos y desorden social.

Esta protección necesariamente incluye el resguardo de los créditos laborales, es decir, de toda aquella suma a que tenga derecho el trabajador dependiente derivada de su relación con el empleador, y que debe concretarse, naturalmente, en las condiciones del desarrollo normal de contrato laboral en dependencia, pero también debe darse –tal vez con mayor celo aún- frente a la insolvencia del empleador.

Y en tal escenario, importante papel cumple el régimen establecido en el derecho interno del país a los fines de salvaguardar y garantizar la percepción de esos créditos del trabajador dependiente frente al caso de la insolvencia, ejecución o falencia del empleador, en especial ante un proceso de concurso preventivo o de quiebra de éste, lo cual se verá preponderantemente plasmado en un sistema de privilegios laborales, esto es, la preferencia de cobro de los créditos en cabeza de los dependientes frente a casos de insolvencia, resultando de vital importancia el lugar que los privilegios en cuestión ocupan en el orden de esa preferencia, sin que sea posible aceptar su falta de adecuación a una real protección del trabajador dependiente, so peligro de tornar en un elemento que, en lugar de favorecer la concreción de la virtud de la justicia entre empleadores y dependientes, atentará contra ella, más aún si dicha omisión de protección del trabajador se verifica a través de la inobservancia del derecho internacional expresamente aceptado o reconocido por la Nación.

Conforme lo hasta aquí expuesto, he aquí el objeto del presente trabajo, en apretada síntesis: su intención es desentrañar, con un método descriptivo, las compatibilidades e incompatibilidades del régimen jurídico argentino de protección de los créditos laborales frente a la insolvencia del empleador, en los casos de concurso preventivo y quiebra -dado fundamentalmente a través del sistema de los privilegios laborales, en especial en cuanto al orden de preferencia de los mismos respecto de otros créditos-, respecto del Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por nuestro país a través de la Ley N° 24.285, norma internacional expresamente reconocida por la República Argentina, y con ello, como corolario necesario, si dicha conformidad se da en relación a una real, cierta y adecuada protección del trabajador, núcleo esencial del derecho del trabajo, que debe observarse siempre en las relaciones entre los empleadores y los trabajadores que son sus dependientes, a fin de lograr la concreción de la justicia entre dichos actores del escenario laboral, y a la vez, la salvaguarda del respeto de los naturales derechos de los trabajadores, impidiendo la posibilidad de que ellos sufran abusos de sus patronos, siempre respetando los razonables intereses de los empleadores, evitando de esta manera incurrir en situaciones injustas que puedan violar la necesaria y relativa igualdad que debe imperar en las relaciones laborales, esencialmente desiguales en cuanto a la posición de los contratantes desde su punto de partida. Todo ello, debiendo reservarse, para el caso de la detección de incompatibilidades, la formulación de propuestas de solución al respecto.

Conviene, pues, señalar cuáles son los pasos a seguir a fin de llevar a cabo el objetivo propuesto.

En tal sentido, debe decirse que luego de la presente introducción, que conlleva un esfuerzo por plantear el problema a tratar a fin de realizar un primer acercamiento a

él, conviene reflexionar acerca de la situación que se establece en la empresa que debe afrontar una crisis o situación de insolvencia, y los fundamentos de la protección del trabajador en relación de dependencia, específicamente en este tema, en sus nociones generales, a saber, la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos, la relación laboral, la desigualdad económica en la relación entre empleador y trabajador, la necesidad de protección de éste último como medio de evitar abusos. Superado dicho estadio, deberá estudiarse el tema de los privilegios laborales de manera específica, comenzándose por los antecedentes de la protección del crédito laboral, circunscribiéndose el análisis a los tiempos de la Revolución Industrial y el mundo actual, considerando también un breve desarrollo histórico de los privilegios, para luego centrarse en las consideraciones generales sobre el régimen jurídico de los privilegios, tratar posteriormente el tema de los privilegios laborales como elemento de protección del trabajador dependiente, y finalizar el capítulo con un estudio de los privilegios laborales en el derecho comparado.

Luego, penetrando aún más en la cuestión, conviene abordar el tema del sistema jurídico de los privilegios laborales en la República Argentina, incluyendo la protección del crédito laboral, el análisis del tema en la quiebra y el concurso preventivo de empleador, y un estudio sobre el estado de la legislación en cuanto a la garantía de los créditos laborales.

Debe avanzarse después en el análisis particular del Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, precedido por el aspecto general del organismo en cuestión, así como los aspectos preponderantes de los convenios que se generan en su ámbito, para luego estudiar la obligatoriedad de la aplicación del mencionado convenio particular en la República Argentina.

Para finalizar, se impone la realización de un análisis comparativo y crítica sobre la relación entre el régimen de protección de los créditos laborales frente a la insolvencia del empleador en nuestro país y el Convenio 173 de la O.I.T., y las correspondientes conclusiones que sean producto del análisis desarrollado, junto con una propuesta de solución al respecto.

En suma, la propuesta que aquí se ofrece consiste en volver a meditar concretamente acerca de si el sistema jurídico argentino vigente de protección de los créditos laborales en caso de quiebra o concurso preventivo del empleador, resulta conforme al Convenio 173 de la O.I.T., y con ello, a la protección del trabajador que es fundamento del derecho laboral, aportando una propuesta de solución en caso negativo, en todo lo cual radica la novedad del tema.

Y a esa tarea es necesario abocarse.

CAPÍTULO 2: LA EMPRESA EN CRISIS Y LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO DEL TRABAJADOR.

Sumario: 2.1.- La empresa en crisis. 2.1.1.- El concepto de empresa. 2.1.2.- La función de la empresa en la comunidad. 2.1.3.- La crisis de la empresa. 2.2.- La protección del trabajador dependiente. 2.2.1.- La autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos. 2.2.2.- La relación laboral en dependencia. 2.2.3.- Desigualdad económica en la relación laboral en dependencia. 2.2.4.- Necesidad de protección del trabajador dependiente. 2.3.- La protección del crédito laboral en la empresa en crisis. 2.3.1.- Antecedentes. 2.3.1.1.- De la revolución industrial al mundo actual. 2.3.1.2.- Los privilegios. 2.3.2.- Consideraciones generales sobre los privilegios. 2.3.3.- El privilegio laboral como elemento de protección del dependiente. 2.4.- La protección del crédito laboral en el derecho comparado. 2.4.1.- Referencias generales según los países más significativos. 2.4.2.- Referencias específicas según las cualidades del privilegio. 2.4.2.1.- Extensión del privilegio laboral. 2.4.2.2.- Jerarquía del privilegio laboral. 2.4.2.3.- Límites al privilegio laboral. 2.4.2.4.- Ejercicio del privilegio laboral. 2.4.2.5.- Los regímenes de garantía salarial.

2.1.- La empresa en crisis.

Se expresaba al comienzo del presente trabajo que en la República Argentina, durante las últimas décadas la crisis económica parece ser la regla y los períodos de prosperidad la excepción. Sin embargo, no es posible identificar las expresiones *crisis económica* con *empresa en crisis*.

Si bien el derecho del trabajo se encuentra íntimamente ligado a las variables económicas, dentro de las cuales se enmarcan la producción de bienes y servicios que supone, en buena parte de los casos, la existencia de relaciones laborales en dependencia, es evidente que la expresión *crisis económica* tiene un sentido general, dado por una serie de factores que afecta a una parte substancial de las personas de una comunidad social más o menos amplia (país, región, ciudad, pueblo, etcétera), sin que por ello deba ser la mayoría absoluta, frente a la expresión *empresa en crisis*, que se circunscribe específicamente a una comunidad productiva que puede o no repercutir en otras, pero siempre mucho más acotada en su ámbito.

El hecho del acostumbramiento a la primera situación no resulta óbice para que ello influya, en más de un caso, en la situación de crisis particular de una empresa determinada, pero es esto último aquello que aquí importa, la situación de la empresa en crisis, es decir, que no puede afrontar sus obligaciones propias y cae en insolvencia, caso en el cual se impone la protección de los créditos de sus dependientes, en tanto resultar ellos de naturaleza alimentaria.

2.1.1.- El concepto de empresa.

La única disposición que, en el derecho positivo argentino vigente, define la empresa es, curiosamente, una norma de materia laboral. En efecto, si bien circunscripto a la propia ley que la define, expresa el artículo 5° de la LCT que se entiende por *empresa* la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos, reservando la denominación de *empresario* para la persona que dirige la empresa por sí mismo, o a través de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, independientemente de la participación que dichos empleados puedan tener en la gestión y dirección de la empresa.⁸

No obstante ello, desde antiguo se discute acerca de la naturaleza del concepto de empresa. Y la discusión se centra, básicamente, en una cuestión esencial, cual es, si el concepto de empresa es jurídico o económico. Pero a fin de desentrañar dicha cuestión, conviene definir, en primer lugar y precisamente, el concepto de empresa.

⁸ Expresa el art. 5° de la LCT: *A los fines de esta ley, se entiende como "empresa" la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se llama "empresario" a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa".*

En tal sentido, y ante todo, debe señalarse que *empresa* es un término análogo, que se predica en sentidos diversos, pero no de manera absoluta sino, por el contrario, relacionados entre sí.

Resulta evidente que la realidad está compuesta por multiplicidad de cosas, ya sean éstas iguales, distintas o semejantes entre sí, que ha impuesto al hombre la utilización de una variedad de términos para designarlas, los cuales pueden referirse a una sola cosa, de manera específica, determinada y siempre igual, motivo por el cual son términos unívocos, o bien pueden nombrar varias completamente distintas entre sí, que nada tienen en común, y que por mera casualidad se designa de manera idéntica cosas sin ningún tipo de relación, y por ello son términos equívocos. Sin embargo, en cuestiones terminológicas, no sólo existe la univocidad y la equivocidad, sino asimismo la analogía. En efecto, también a causa de la propia multiplicidad de las cosas, hay términos que no son unívocos ni equívocos, sino *análogos*, en los cuales la misma voz designa cosas semejantes en relación a otras, ni idénticas ni completamente diferentes. Es decir, que dichos términos implican una atribución en relación a cosas distintas pero que se relacionan entre sí, lo cual implica una identidad relativa, por tener dichas cosas una esencia distinta, pero se vinculan entre sí a través de algún elemento común.

Por otra parte, corresponde aclarar que, al ser el término una expresión del concepto, y es éste el resultado de la simple aprehensión, que es la primera operación lógica, resulta evidente que la analogía no sólo es una propiedad lógica de los términos sino también de los conceptos, al igual que la univocidad pero no la equivocidad, pues ella deriva del carácter convencional propio del idioma, que admite la utilización de una misma palabra para designar cosas que nada tienen que ver entre sí, pero no permite pensar de igual manera dos conceptos totalmente diferentes. De tal manera, puede

decirse que los conceptos análogos indican cosas parcialmente idénticas y parcialmente distintas a la vez.

El propio Diccionario de la Lengua Española muestra y demuestra la analogía del término *empresa*, al dar seis definiciones de dicho término. Esas definiciones son las siguientes: i) acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza; ii) cierto símbolo o figura enigmática que alude a lo que se intenta conseguir o denota alguna prenda de la que se hace alarde, para cuya mayor inteligencia se añade comúnmente alguna palabra o mote; iii) intento o designio de hacer alguna cosa; iv) casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia; v) obra o designio llevado a efecto, en especial cuando en él intervienen varias personas; vi) entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad.

Si intentamos hallar una definición o una delimitación del concepto de empresa en el cuerpo de la Doctrina Social de la Iglesia, el esfuerzo resulta infructuoso. Sólo pueden citarse referencias y aproximaciones o, en el mejor de los casos, la referencia a ciertos elementos que podrían ayudar a hallar una definición. Baste al respecto citar aquí como ejemplo el caso de la Carta Encíclica *Centesimus Annus*, dada por el Papa Juan Pablo II en el año 1991, la cual señala en su punto 32 que “... *muchos bienes no pueden ser producidos de manera adecuada por un solo individuo, sino que exige la colaboración de muchos. Organizar ese esfuerzo productivo, programar su duración en el tiempo, procurar que corresponda de manera positiva a las necesidades que debe satisfacer, asumiendo los riesgos necesarios: todo esto es también una fuente de riqueza en la sociedad actual.*”

Por su parte, resultan interesantes al respecto las reflexiones de Sacheri, al señalar que dentro de los temas relacionados con el orden económico, se han establecido debates apasionados en torno al concepto de empresa, su naturaleza, fines, estructura interna y función dentro de la sociedad moderna, expresando acerca del concepto de empresa cuanto sigue:

“Puede decirse que así como la familia es la célula viva del orden social, la empresa constituye la célula primaria del dinamismo económico. La actividad productora de bienes y servicios se inicia a través de la empresa, para luego canalizarse a través de múltiples instituciones de complejidad, recursos y funciones diferentes.”

“En líneas generales puede decirse que es la institución en la cual concurren el trabajo y el capital para la producción y/o distribución de bienes y servicios económicos.”⁹

A su vez, buena parte de la doctrina del Derecho Comercial más autorizada parece coincidir en que la empresa constituye un concepto económico más que jurídico, aunque resulta ésta una discusión ardua a raíz del perfil bifronte del tema.¹⁰

Así, luego de analizar el tema de la empresa, en cuanto a su noción conceptual, partiendo de la definición que del término en cuestión da el Diccionario de la Real Academia Española, refiriéndose a la doctrina tradicional de la República Argentina, a la doctrina de comienzos del siglo XX, la Doctrina Social de la Iglesia y las modernas doctrinas sobre el tema, bien concluye Etcheverry que el concepto de *empresa* es

⁹ Sacheri, Carlos A. *El orden natural*. Ediciones del Cruzamante. Buenos Aires, 1980, pág. 89.

¹⁰ Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo R. *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*. Depalma. Buenos Aires. 1987. Tomo I, pág. 371.

económico, extrajurídico, una noción económico-política, que sólo en el futuro puede llegar a constituir un verdadero concepto jurídico.¹¹

Concepto económico que, en el decir de Fernández y Gómez Leo¹², citando a Zabala Rodríguez, Satanowsky, Olivencia, Siburu y Fontanarrosa, es aquél que ha adoptado la legislación nacional y extranjera respecto del concepto de empresa.

Y así, siguiendo las enseñanzas del mencionado Fontanarrosa¹³, puede definirse la empresa como la actividad de organización de los factores de la producción, el ejercicio de una actividad económica organizada para ciertos fines, y que no puede confundirse con el concepto de empresario, persona física o jurídica que crea la empresa, la organiza, explota, soporta sus pérdidas y aprovecha sus beneficios.

Por todo lo hasta aquí expuesto en el presente acápite, es necesario señalar que la empresa, en tanto organización de bienes y servicios para producir bienes y servicios, no es un concepto jurídico sino económico, y se encuentra conformada esencialmente por dos factores fundamentales, a saber, el capital y el trabajo, es decir, una cantidad de bienes que aporta el empresario, y el esfuerzo personal que –en algunos casos también puesto por el propio dueño del capital- es aportado por las personas que trabajan en relación de dependencia en la producción de los bienes o servicios objeto de la empresa en cuestión.

En otras palabras, la empresa es una comunidad conformada a través del aporte de capital que hace un empresario, ya sea una persona física o jurídica, para producir y vender bienes o proporcionar servicios, y mediante la contraprestación correspondiente obtener una ganancia, que en principio es ilimitada, y para ello, cuando no lo hace en soledad, se vale del trabajo personal de uno o varios empleados en relación de

¹¹ Etcheverry, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico. Parte General*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1987. Págs. 485 y ss.

¹² Op. Cit., págs. 375 y 376.

¹³ Fontanarrosa, Rodolfo O. *Derecho Comercial Argentino. Parte General*. Víctor P. De Zavalía Editor. Buenos Aires. 1979. Pág. 175.

dependencia, quienes ponen su fuerza física o intelectual y desarrollan tareas participando en la actividad general de la empresa, sin resultar dueños del producido de su trabajo –el cual es de propiedad del empresario empleador- y por ello reciben una remuneración como retribución por sus tareas, la cual es, en principio, limitada. En tal sentido, el empresario arriesga su capital, es decir, corre con los riesgos propios de la inversión, que puede arrojar una ganancia o una pérdida, y el dependiente suele ser ajeno a dicha situación, ya que habitualmente no participa en las ganancias sino que su contraprestación está constituida por una remuneración determinada.

Pero parece útil el bosquejo de la definición descriptiva de la empresa dada por Casares, al señalar, respecto de la empresa, que “... *se manifiesta hoy como una unidad económica de producción de bienes y servicios, que se distingue por de pronto, de las demás de su especie por su magnitud, consistente en una concentración de capital y trabajo, determinada por la aplicación de recursos técnicos que requieren dicha concentración, y determinante de la constitución de un organismo económico-social.*”

14

Se observa, así, una similitud con la definición dada por la LCT comentada al comenzar el presente acápite, observándose idéntico resultado con el comentario de Martínez Vivot, para quien la empresa es una entidad, “... *que como económica supone una actividad organizada de producción con un fin normal de lucro, y que como social supone un entramado de relaciones interpersonales ...*”¹⁵, poniendo énfasis Sardegna, al comentar la disposición del artículo 5° de la LCT, en la distinción entre capital y trabajo, al expresar: “*Al primero se le concede la propiedad, la dirección y el lucro, mientras que el trabajo asume un papel meramente secundario y dependiente. Sus*

¹⁴ Casares, Tomás D. *Naturaleza y responsabilidad económico-social de la empresa*. Itinerarium. Buenos Aires, 1987, págs. 45 y 46.

¹⁵ Martínez Vivot, Julio J. *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992, pág. 60.

marcadas diferencias, sus respectivas responsabilidades y sus decisiones originan los conflictos que luego esta ley deberá paliar. Para evitar aquéllos no puede el obrero hallarse marginado de la empresa. Porque en definitiva el hombre es el fundamento, el fin y el sujeto del mundo económico. La empresa debe por ello ser un organismo técnico y económico integrado por ambos factores, donde el trabajador pueda advertir la posibilidad de asociarse a la propiedad, la gestión y los frutos del trabajo. Para la instauración de una economía humana y comunitaria que propicie el logro del bien común y la justicia social, se hace necesario en el plano de la empresa impulsar la dirección a fin de que no permanezca toda la responsabilidad en los detentadores del capital, permaneciendo los trabajadores sólo como meros instrumentos.”¹⁶ Marca así, una función social que parece conveniente analizar por separado.

2.1.2.- La función de la empresa en la comunidad.

Ahora bien, ese ente económico que es la empresa, célula primaria del desarrollo económico, cumple una función social de primer orden, cual es la de conformar un medio de creación de riqueza¹⁷, directa o indirectamente, en beneficio de toda la comunidad, organizando los distintos factores de la producción, a saber, el capital y el trabajo. Pero para cumplir dicha función requiere dos condiciones indispensables: un sistema jurídico válido, integrado por normas conformes a la Constitución Nacional, y

¹⁶ Sardegná, Miguel Á. *Ley de contrato de trabajo. Comentada – anotada – concordada*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1995, pág. 30.

¹⁷ Es interesante el párrafo contenido en la obra citada de Tomás D. Casares (págs. 47 y 48), al decir, respecto de la relación de la empresa con la riqueza que por medio de ella se produce, que lo es en orden a la disposición de espíritu y la conducta del hombre a su respecto, agregando algunas palabras que vale citar literalmente: “*Por otra parte es obvia la necesidad de los bienes materiales y las posibilidades de bien humano que le son inherentes. No es temerario decir que se debe promover al máximo la expansión de la economía, que ninguna posibilidad nueva a este respecto ha de ser desestimada. La abundancia de bienes materiales obtenida por el trabajo del hombre, traduce, si así puede decirse, la magnificencia de la Creación. El hombre no crea riquezas, hace humanamente útiles las que Dios ha creado. No cabe hablar de un límite moral en la producción de bienes útiles. El límite es puesto por Dios en la medida de la creación, y esa medida es inimaginable; la inteligencia humana descubre a cada paso un estrato nuevo de cosas o fuerzas útiles en el depósito inconmensurable de la naturaleza.*”

que, a su vez, permita el desarrollo pleno de sus potencias presentándola como un elemento apto para generar bienes y servicios.

Parece claro, entonces, que para ello, y en términos razonables, la empresa debe producir bienes o brindar servicios con el costo más bajo posible, a fin de obtener una mayor ganancia que permita la reinversión, la cual, correctamente ordenada a la producción y, fundamentalmente, a brindar un servicio a la comunidad -aporte propio de la empresa al bien común- es no sólo lícita sino beneficiosa.

Así, la empresa -ya sea explotada por una persona física o por una jurídica- que obtiene una mayor ganancia, puede no sólo distribuir más dividendos entre sus integrantes, sino también realizar inversiones, expandirse, incrementar la contratación de trabajadores, dar ocupación a un número superior de personas con ella vinculadas como proveedores, etcétera. Negar este beneficioso influjo, como así también el aporte que ello significa al bien común, parece verdaderamente temerario y hasta imposible.

Y para ello, la legislación laboral juega un papel destacado, pues ordenado en sus justos límites y dentro del marco de la Ley Fundamental las relaciones entre la empresa y los trabajadores, permite el sano crecimiento y desarrollo de ambos, en beneficio del bien común.

Sin perder de vista dichos principios, es que conviene analizar brevemente el tema de la crisis de la empresa, no sólo para la empresa como actividad económica organizada para la creación de riqueza, sino en orden a la situación, dentro de ella, del empleado en relación de dependencia, en miras a su protección.

2.1.3.- La crisis de la empresa.

Para que pueda cumplir con su función propia dentro de la comunidad, es decir, a fin de que le sea posible desarrollarse como célula básica de la sociedad en el aspecto

económico, es necesario que la empresa, como producto de su actividad, perciba una ganancia que le permita la reinversión y la prolongación de su existencia en el tejido social. Ello constituye la situación de normalidad en la vida de un emprendimiento económico, que podrá ser más o menos floreciente, pero en cualquier caso indistinto a los fines del tema que aquí se trata.

En tal situación, que según se ha expresado, podría calificarse de normalidad o de desarrollo normal, esa comunidad de factores conocidos como trabajo y capital que se denomina empresa lleva adelante su actividad, sea de producción y venta de bienes o de prestación de servicios (o ambas), y en virtud de ello los trabajadores perciben una remuneración justa y adecuada por la prestación de su trabajo personal en aras de obtener resultados que no le pertenecen en propiedad, así como el empresario, sea una persona física o jurídica, obtiene una ganancia razonable que, como mínimo, debe permitirle la reinversión y la continuidad de la empresa, según también se ha señalado. Y en tales circunstancias, en general, el dependiente resulta completamente ajeno a la ganancia de la empresa –que puede ser, en principio, ilimitada-, sin participar de ella, percibiendo sólo su retribución periódica acordada y preestablecida, y por ello debe ser también ajeno a sus pérdidas.

Frente a ello, sin embargo, en una situación que, por contraposición a la anterior podría calificarse de anormal o anormalidad, puede darse el caso de la crisis de la empresa. Conforme el Diccionario de la Lengua Española, el término crisis significa, entre otras acepciones, situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese; momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes; escasez o carestía; y situación dificultosa o complicada.

En otras palabras, puede decirse que una empresa se encuentra en crisis cuando atraviesa una situación difícil, complicada, que puede implicar un momento decisivo y

hasta puede suponer una duda sobre su continuación, lo cual se da, habitualmente, cuando no puede obtener una ganancia razonable que permita la reinversión y su continuidad, generándose un pasivo abultado dado por las pérdidas que ella sufre, respecto de las cuales el dependiente resulta tan completamente ajeno como lo es en relación a las ganancias, y por tal motivo, si no participó de éstas, tampoco deberá afrontar los riesgos propios de la inversión ni verse afectado por las pérdidas, respecto de las cuales debe ser preservado. Y dicha crisis se suele concretar en una situación que se expresa bajo el término *insolvencia*, es decir, falta de solvencia o incapacidad de pagar una deuda, conforme la definición que del término da el Diccionario de la Lengua Española, situación también conocida como cesación de pagos en términos jurídicos.

Es decir, que una empresa puede atravesar momentos difíciles desde lo económico y financiero, que pueden o no derivar en una situación de insolvencia, en la cual no le es posible hacer frente con normalidad a sus obligaciones laborales y previsionales. Y así como en cualquier situación se protegen los derechos de los dependientes en general, y sus créditos en particular, resulta obvio que también debe existir una protección de los créditos del trabajador en caso de insolvencia de la empresa empleadora.

En suma, el empresario invierte capital y asume un riesgo de éxito o fracaso con el objeto de desarrollar una actividad de producción de bienes o prestación de servicios, creando así riqueza en la comunidad, con el objeto de obtener una ganancia, y para ello puede valerse del trabajo de personas que participarán de la actividad en cuestión sin hacerlo respecto de la propiedad de los bienes producidos ni de los derechos sobre los servicios brindados, y por ello ni de las ganancias ni de las pérdidas que pudieran obtenerse, sino sólo percibiendo una contraprestación determinada, pactada de antemano con el patrono, que se constituye en una acreencia del dependiente, que en

caso de crisis o insolvencia de la empresa debe ser protegida, al igual que el resto de los derechos de que goza el trabajador, en virtud de las disposiciones legales.

2.2.- La protección del trabajador dependiente.

Al referirse al trabajo como condición propia del hombre, y expresar así su necesidad de trabajar para satisfacer sus necesidades personales, Rodríguez Mancini y Rocha¹⁸ refieren un elemento esencial de la cuestión, cual es la situación de criatura del ser humano, y la imposibilidad de separar la actividad de quien la realiza. En tal sentido, por ser el trabajo una actividad humana, es decir, desarrollada por el hombre, sólo puede decirse propiamente que éste trabaja –y no las máquinas o los animales, a quienes el trabajo se refiere por analogía metafórica- y que, por ello, el trabajo participa de los atributos del hombre, en especial de su dignidad y libertad, los cuales posee por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios.¹⁹

No obstante ello, debe reconocerse que la doctrina más adecuada para explicar la cuestión de la dignidad del trabajo humano ha sido expuesta por Benito R. Raffo Magnasco hace casi sesenta años, y rescatada muchos años después por el célebre filósofo del derecho Justo López²⁰. Se trata del *principio de antropía*, según el cual debe observarse cómo interviene la dignidad humana en la esencia de una relación jurídica, y cómo influye sobre su régimen de derecho.

En tal sentido, siguiendo la cita de Raffo Magnasco hecha por López, es posible señalar que en el ámbito del derecho existen algunas relaciones jurídicas en las cuales el sujeto reviste mayor importancia no sólo que el contenido de la obligación que asume, sino también que el régimen de derecho de los vínculos generados, importancia que

¹⁸ Rodríguez Mancini, Jorge y Rocha, Armando. *El trabajo humano*. (En Rodríguez Mancini, Jorge - Director- *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Astrea. Buenos Aires, 1996), pág. 1.

¹⁹ Gn. 1, 26.

²⁰ López, Justo. *Los principios de la justicia social y el derecho*. Moenia N° XXVI/XXVII. Centro de Estudios Tomistas. Buenos Aires, septiembre-diciembre de 1986, págs. 105 a 107.

resulta decisiva para otorgar a la relación jurídica en cuestión un trato especial. Son aquellas en las cuales el sujeto es la persona humana, que en la propia relación asume ese rol, actúa como hombre, y precisamente la calidad humana del sujeto que participa de su celebración se proyecta sobre el acto dándole su impronta.

Y así, debe reconocerse que si bien el hombre como tal no puede ser objeto de relación jurídica en calidad de “cosa”, en algunas, como el matrimonio, la adopción o el contrato de trabajo, el sujeto que interviene en ellas como persona humana (u hombre, del griego “ánthroopos”) lo hace de manera tan íntima que se aproxima a su esencia y se transforma en parte de la misma, y en esos casos su especial dignidad no puede ser indiferente a la regulación jurídica del instituto. Ello constituye aquello que Raffo Magnasco denominó *antropía* de ese tipo de relaciones jurídicas, calificándolas de “antrópicas”, y que lo pueden ser de dos modos, formando la prestación misma de, por lo menos, una de las partes, como en el matrimonio y la adopción; o bien prestando, una de las partes, una actividad humana que no puede separarse ni escindirse de la propia persona y, por ende, de su especial dignidad, como es el caso del contrato de trabajo.

Así, en el contrato de trabajo, la actividad del trabajador no puede separarse de la persona misma del empleado, ya que no le es posible cumplir con sus obligaciones sino a través de la presencia física de su propia humanidad, y por ello su actividad lo convierte en el objeto mismo de la relación laboral, a la cual traslada su especial dignidad, y así como en cualquier relación jurídica debe dispensarse al objeto de la relación el trato adecuado, en la laboral debe dársele al trabajador, en cuanto ser humano, el trato que le corresponde de acuerdo a su dignidad de criatura hecha a imagen y semejanza de Dios, más aún cuando, normalmente, dicha prestación personal es el único medio para procurarse los medios de vida que tiene esa persona, y que le

impone una dependencia personal de otra, cual es el empleador. Como bien expresa Santoro-Passarelli:

*“La persona del lavoratore é implicata nell’attività prestata ad altri sia per la subordinazione del lavoratore al-l’imprenditore e la sua immissione nell’impresa, sia per la dispenza della vita del lavoratore e della sua famiglia dalla retribuzione, che é il suo solo mezzo di sostentamento.”*²¹

Y es esta antropía, sin duda, la característica especial de la relación de trabajo, y uno de los elementos que impone la protección del dependiente, a fin de salvaguardarlo de posibles abusos de parte del empleador, violentando su especial dignidad.

2.2.1.- La autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos.

Se entiende por contrato, conforme lo dispuesto por el artículo 1137 del Código Civil de la Nación, el acto por el cual una o varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. En tal sentido, Garrone ha dicho que es el acto jurídico de contenido obligacional, el acuerdo de varias personas manifestado de conformidad a la ley sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos²². Definición distinta a la del artículo 1101 del Código Napoleón, según el cual el contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan, hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa²³.

Garrido y Zago, por su parte, siguiendo el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, definen el contrato como el pacto o convenio

²¹ Santoro-Passarelli, Francesco. *Nozioni di diritto del lavoro*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Nápoles, 1952, pág. 13.

²² Garrone, José Alberto. *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1986, pág. 486.

²³ *“Le contrat est une convention para laquelle une ou plusieurs persones s’obligent envers une ou plusieurs autres, a doner, a faire ou a ne pas faire quelque chose.”*

entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.²⁴

Por otra parte, debe señalarse que todo el derecho civil continental decimonónico en materia de contratos se basó, fundamentalmente, en la doctrina de la autonomía de la voluntad, expresada en el Código argentino bajo una fórmula consignada en el artículo 1197, según el cual las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

En otras palabras, el principio de la autonomía de la voluntad es aquél que justifica la fuerza de los contratos, estableciéndose una obligatoriedad de dicho acto jurídico que implica la facultad de sujetarse libremente, de modo tal que la libertad contractual es la regla, y las prohibiciones legales al respecto resultan siempre de carácter excepcional²⁵. Es decir que la persona tiene entera libertad para comprometerse, atarse y obligarse como mejor le plazca, y una vez constreñido, sólo puede liberarse mediante el cumplimiento de la obligación.

En tal sentido, han dicho Planiol y Ripert:

“La notion de la liberté individuelle, s’exprime habituellement dans l’adage «Tout ce qui n’est pas défendu est permis». Mais elle a, dans le domaine du droit, revetu un caractere plus précis et plus étroit, sous le nom du principe de l’autonomie de la volonté. Celui-ci a été considéré, depuis le Code civil, comme ayant atteint, dans les rapports d’obligation, une importance plus fondamentale encore que dans les autres parties du droit et comme impliquant les conséquences les plus étendues, dont voici les principales : 1° Les individus sont libres de conclure des contrats ou de ne pas se lier par de nouveaux engagements. 2° Ils sont libres également de discuter sur le pied

²⁴ Garrido, Roque Fortunato y Zago, Jorge Alberto. *Contratos civiles y comerciales. Parte General*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989, pág. 27.

²⁵ Conf. Belluscio, Augusto C. (director) y Zannoni, Eduardo A. (coordinador). *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990, págs. 889 y 890.

*d'égalité les conditions du contrat, et d'en déterminer le contenu, notamment l'objet, sous la seule réserve du respect de l'ordre public. A ce titre, ils peuvent combiner d'une manière inédite des types de contrats prévus par la loi ou en inventer d'entièrement nouveaux. 3° Ils peuvent choisir à leur gré, entre les législations de divers Etats, celle qui sera compétente pour régir le rapport de droit privé noué volontairement par eux ou même écarter l'application de toute loi de caractère supplétif pour se référer à des règles types (infra, n° 30). 4° La liberté d'expression des volontés se rattache encore à la même règle. En principe, aucune forme rituelle n'est prescrite ni pour la manifestation de la volonté interne de chaque contractant, ni pour la constatation de leur accord. La volonté tacite vaut la volonté expresse; les solennités sont exceptionnelles (infra, n° 95). 5° Enfin les effets des obligations contractuelles sont ceux qui ont été voulus par les parties. En cas de litige sur leur portée, la mission du juge consiste à interpréter, à découvrir directement ou par induction, les intentions des parties, non à faire prévaloir sa volonté (art. 1136, C. civ.). La puissance publique doit veiller au respect de la convention, comme s'il s'agissait d'une loi (infra, n°s 378 etc.). En résumé, suivant l'énergique expression de l'art. 1134. C. civ., «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».*²⁶

²⁶ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Tome VI (Obligations). Avec le concours de Paul Esmein. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Paris, 1930, págs. 19, 20 y 21. Puede traducirse dicho texto en los siguientes términos: "El concepto de libertad individual, se expresa habitualmente en el adagio <<todo lo que no está prohibido está permitido>>. Pero tiene, en el ámbito del derecho, un carácter más preciso y más estrecho, bajo el nombre del principio de la autonomía de la voluntad. Éste se ha considerado, a partir del Código civil, como habiendo alcanzado, en el vínculo obligacional, una importancia más fundamental incluso que dentro de las otras áreas del derecho, implicando consecuencias más amplias, de las que he aquí las principales: 1° Los individuos son libres para concluir contratos y para no contraer nuevos compromisos. 2° Son libres también de discutir los términos del contrato en un pie de igualdad y para determinar el contenido, incluido el objeto, con la sola reserva del respeto al orden público. Como tal, pueden combinar de una manera inédita los tipos de contratos previstos por la ley, o inventar enteramente nuevos. 3° Pueden elegir a su agrado, entre las leyes de distintos Estados, aquella que será competente para regular el derecho privado elegido voluntariamente por ellos, o incluso excluir la aplicación de cualquier ley de naturaleza supletoria para referirse a esas reglas típicas (infra, punto 30). 4° La libertad de expresión de las voluntades aún tiene la misma regla. En principio, ninguna forma ritual se prescribe para la manifestación de la voluntad interna de cada contratante, ni para el reconocimiento de su acuerdo. La voluntad tácita es como la voluntad expresa; las solemnidades son excepcionales (infra, no 95). 5°

Y así, con un criterio estrictamente basado en el derecho civil, debería decirse, según lo hizo el liberalismo en las postrimerías decimonónicas, que en el contrato de trabajo, como en cualquier otro, el principio de la autonomía de la voluntad debe considerarse con carácter absoluto, permitiendo a las partes contratar sin limitación alguna las condiciones de su vínculo generador de derechos y obligaciones, lo cual los atará sin posibilidad de liberarse a menos que den estricto cumplimiento a aquello que los constriñe.

Como se verá, ello podría conducir –como ocurrió en otras épocas- a la explotación de una de las partes de la relación a manos de la otra –en caso de que sea inescrupulosa-, por ser económicamente más fuerte, y hallarse mejor dotada para imponer condiciones indignas al otro contratante, especialmente en el desarrollo de la relación laboral. No en vano oportunamente la palabra de Roma alertó contra dicha posible explotación, al señalar el Santo Padre: “... *Por tanto, si el obrero, obligado por la necesidad o acosado por el miedo de un mal mayor, acepta, aun no queriéndola, una condición más dura, porque la imponen el patrono o el empresario, esto es ciertamente soportar una violencia, contra la cual reclama la justicia.*”²⁷

2.2.2.- La relación laboral en dependencia.

Debe decirse aquí aquello que ya se sabe, pero que no es ocioso recordar, cual es, que tanto en la relación laboral como en el contrato de trabajo, existen regularmente dos partes, un empleador y un trabajador.

Finalmente, los efectos de las obligaciones contractuales son aquellos queridos por las partes. En caso de litigio sobre su alcance, la misión del juez consiste en interpretar, en descubrir directamente o por inducción, las intenciones de las partes, no hacer prevalecer su voluntad (s. 1136, C. civil). Las autoridades públicas deben garantizar el cumplimiento de la convención, como si fuera la de una ley (infra, n ° s 378 ets.). En resumen, siguiendo la expresión enérgica del art. 1134 C. civil, <<las convenciones legalmente formalizadas tienen valor de ley para aquellos que las han hecho>>”.

²⁷ León XIII, Carta Encíclica *Rerum Novarum*, sobre la situación de los obreros, del 15 de mayo de 1891, N° 32.

El empleador, empresario o patrono es una persona, física o jurídica, que posee capital propio, y que explota una empresa que se dedica a la producción de bienes o a la prestación de servicios –o a ambas a la vez-, corriendo con el riesgo económico de dicha explotación, pero que, además, para realizar dicha actividad, necesita de la fuerza de trabajo de otro u otros, pues la complejidad de su negocio no le permite hacerlo por cuenta propia, o sencillamente no le place hacerlo. En tal sentido, la LCT no lo define como tal, pero en su artículo 5, luego de definir la empresa, expresa que se llama empresario “... a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la “empresa”.”

En tal sentido, el trabajador es la persona física que pone su fuerza de trabajo a disposición de otro –el empleador-, participando en una actividad productiva o de prestación de servicios, sin arriesgar dinero, y sin obtener un beneficio económico a excepción de la remuneración que percibe periódicamente, y cuya percepción resulta independiente del éxito o fracaso económico de la empresa. Es decir, el dependiente participa de una actividad económica sin arriesgar capital, sino sólo poniendo su fuerza de trabajo a disposición de quien sí invierte dinero, y trabaja para que otro se apropie de los frutos de su labor, recibiendo en contraprestación una remuneración o salario, que es el pago de su esfuerzo, así como los beneficios económicos de la actividad de que se trate constituyen, en caso de producirse, la contraprestación del patrono que ha puesto en riesgo su patrimonio.

Ambas partes, empleador y trabajador, se vinculan jurídicamente entre sí, a fin de reglar sus mutuos derechos y obligaciones respecto de la actividad económica que juntos realizan, a través de un contrato de trabajo, acto jurídico en virtud del cual el patrono y el dependiente expresan su acuerdo sobre la relación que configura su ligazón

en aras de la utilización de la fuerza de trabajo del empleado a los fines de la consecución de los objetivos propuestos por el empresario, y luego de vincularse a través de la celebración del actor jurídico señalado, desarrollan o llevan adelante una relación jurídico-económica, en los términos del contrato celebrado.

Si bien la ley distingue la relación laboral del contrato de trabajo, Krotoschin los ha vinculado apropiadamente al definir éste como la relación individual que se establece entre un empleador y un trabajador dependiente²⁸, aunque los artículos 21 y 22 de la LCT diferencien ambas figuras. En efecto, conforme el artículo 21 en cuestión, habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración, frente al texto del artículo 22, que declara la existencia de una relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

Y así, puede definirse el contrato de trabajo como el acto jurídico por el cual, una de las partes, denominada empleado, trabajador o dependiente, se obliga a poner su fuerza de trabajo a disposición de otra llamada empleador o patrono, y éste se obliga a abonarle periódicamente una suma de dinero en concepto de contraprestación. Y puede decirse que la relación laboral es el desarrollo en el tiempo de las obligaciones que surgen de ese contrato celebrado.

Es evidente, pues, que para el derecho laboral positivo, la relación laboral es el ejercicio de las pautas que surgen del contrato de trabajo, o aquello que es idéntico, el contrato de trabajo es el acto jurídico que da el marco al desarrollo de la relación laboral. Sin embargo, a los fines prácticos, ambos aparecen como distintos estadios o

²⁸ Krotoschin, Ernesto. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. Depalma. Buenos Aires. 1977, pág. 159.

momentos de un solo proceso, que puede subsumirse en la relación laboral, considerando el contrato de trabajo como su punto de partida.

Ahora bien, el punto central de toda la relación laboral, aquello que hace que esté enmarcada en un contrato de trabajo y no en otro tipo de acto jurídico, lo que configura su esencia e imprime un carácter peculiar a todo ese vínculo, es un elemento que le otorga determinadas características particulares que la distinguen de las otras relaciones jurídicas, y es la *relación de dependencia*, y por tal motivo la legislación vigente reconoce este elemento, y así, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 21 de la LCT, sólo hay contrato de trabajo a los fines de considerar la relación habida como comprendida en su ámbito, cuando se trate de trabajo bajo la dependencia o en relación de dependencia con el empleador.

Si bien buena parte de la doctrina laboral argentina ha expresado que la relación de dependencia se asienta sobre tres tipos de subordinación, a saber, la económica, la técnica y la jurídica²⁹, debe reconocerse que la subordinación económica -que es la sujeción del trabajador a la remuneración que, a fin de obtener su sustento, percibe como fruto de su trabajo por cuenta ajena para el empleador, siendo ajeno al lucro y las eventuales pérdidas de la empresa- puede no existir en la relación laboral, ya que el empleado puede trabajar para un patrono no porque necesite el dinero de la remuneración, sino por otras causas, tales como la necesidad psicológica de sentirse útil o de ocupar su tiempo, por ejemplo, como también puede no verificarse la subordinación técnica -que es la posibilidad que tiene el empleador de señalar pareceres u objetivos al trabajador, e indicarle cómo debe realizar sus labores-, pues de acuerdo a

²⁹ Entre otros, Krotoschin, Ernesto. Op. cit., pág. 102 y ss.; Grisolia, Julio Armando. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. LexisNexis Depalma. Buenos Aires, 2003, pág. 88; Vázquez Vialard, Antonio. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Astrea, Buenos Aires. 1994, págs. 230 y 231; y así también lo ha aceptado la jurisprudencia, por ejemplo, en autos "Clur, Luis c. Estado Nacional – Secretaría de Información Pública de la Presidencia de la Nación – LS 83 TV Canal 9" (CNTrab., Sala I, sentencia del 20 de marzo de 1989, DT 1990-A, 1167).

la especialidad del trabajador, éste puede conocer mucho mejor que el empleador el modo de realizar sus tareas. Sin embargo, para que una relación laboral sea tal, jamás puede faltar la subordinación jurídica, esa facultad del empleador de imponer decisiones al empleado, de darle órdenes, de requerir su cumplimiento, de sustituir su voluntad y de sancionarlo en caso de incumplimiento.

Y en tal sentido, para que se configure una relación de dependencia, en la vinculación o relación contractual laboral debe existir, necesariamente, una *subordinación jurídica*, que consiste, conforme muy bien lo expresó Krotoschin³⁰, en:

“... que el empleador (cualquiera fuera su carácter conforme al régimen político-económico dominante) tiene el derecho de dirigir el trabajo y de dar órdenes al trabajador, con el consiguiente deber de éste de cumplirlas. Este derecho de dirección y fiscalización se refiere, v.gr., al tiempo, al modo y a la cantidad del trabajo. Pero como la ejecución del trabajo es inseparable de la persona del trabajador, el derecho que el empleador tiene con respecto a la dirección del trabajo se traduce al mismo tiempo en un cierto poder sobre la persona del trabajador y su conducta, sin llegar, por supuesto, a un sometimiento, ya que el derecho del patrono tiene su frontera en el mismo contrato y en la ley y se limita, por regla general, estrictamente a la ejecución del trabajo. El empleador es el superior jerárquico a quien el trabajador debe obediencia en todo lo que a la ejecución del trabajo se refiere. Este estado de dependencia personal o jerárquica es el resultado específico de la dependencia jurídica en que el derecho de dirección, que incumbe al patrono, pone al trabajador; pues hay también otras relaciones contractuales en que una parte “depende” jurídicamente de la otra en todo lo que a la ejecución del contrato se refiere, puesto que tiene el deber de seguir las instrucciones que reciba de la otra, en principio (p. ej., locación de servicios, mandato, locación de obra). Sin embargo, no se halla en aquellas la típica dependencia personal

³⁰ Krotoschin, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*. Depalma. Buenos Aires. 1968, págs. 35 y 36.

que en lenguaje común se manifiesta por el uso de la palabra “jefe” o “patrono” con respecto a la parte dirigente. Así, por su origen y por su efecto pueden considerarse equivalente los atributos “personal” y “jerárquico” que se usan para determinar este aspecto de la dependencia del trabajador.”

Y en tal sentido expresó más adelante dicho autor:

“A la dependencia personal se agrega la circunstancia de que el trabajo se realiza por cuenta ajena. Si a veces se habla de “dependencia económica”, entiendo por ella el estado de sujeción económica en que el trabajador se halla, pues vive exclusiva o principalmente del fruto de su trabajo, esta concepción, sin embargo, resulta poco idónea en muchos casos. Una dependencia de esta índole existe también en otras relaciones que no son relaciones de trabajo; v.gr., en ciertos casos de locación de obra (sobre todo, cuando el dueño de la obra provea el material o dé anticipos para su adquisición, etc.). Por eso, como el concepto de la dependencia jurídica sólo es operante en el sentido especial de que ella conduzca a real dependencia también personal (ver el número anterior), la dependencia económica, por su parte, debe ser especificada en el sentido de que el trabajador quede excluido de los riesgos de la empresa u obra en que trabaja, esto es, que el trabajo se haga por cuenta ajena. Así, los dos elementos que determinan, juntos, el carácter de trabajador dependiente consisten en la dependencia jurídico-personal y en el hecho de que el trabajo se hace por cuenta ajena, pues tampoco existiría la calidad de trabajador si sólo hubiese dependencia económica (en el sentido expuesto) sin dependencia jurídico-personal. En cambio, esta última, por toda regla, implica aquélla.”³¹

De esta manera, se delimita perfecta y claramente el ámbito de la relación de dependencia, la cual hace a la esencia del contrato de trabajo, y requiere la existencia de una subordinación jurídica del trabajador al empleador, quien puede imponer decisiones

³¹ Krotoschin, Ernesto. Op. cit., pág. 37.

y dar órdenes a su dependiente, y hasta sancionarlo si no las cumple adecuadamente. Es ésta la esencia de la relación laboral. El empleador no es tal porque se encuentre en una mejor posición económica que el dependiente o porque sea el dueño del capital, y ni siquiera porque conozca mejor que el empleado la forma de realización de las tareas, sino porque puede darle órdenes, y exigirle su cumplimiento, y sancionarlo si no lo hace.

Y así lo reconoció con especial claridad Martínez Vivot, al señalar:

“La esencia del contrato de trabajo, como ya lo mencionamos cuando hablamos del trabajo comprendido en nuestra disciplina jurídica, es la subordinación. El trabajador debe poner en este contrato su capacidad de trabajo a disposición de otro, que tiene la facultad de dirigirlo en los términos de lo pactado, o de lo que corresponda por ley, convenio colectivo o costumbre; y lo utiliza en su provecho. La subordinación o dependencia es la situación en que se encuentra el trabajador que tiene que obedecer o acatar las órdenes que le imparta su empleador o quien lo represente, dentro de los límites del contrato de trabajo. Pero, bien entendido, como lo expresara Sinzheimer, la dependencia es un poder de disposición sobre hombres libres, y sólo puede concebirse como una limitación de la actividad de quien la presta, tan sólo dentro de las necesidades, objetivos y funcionamiento de la empresa que utiliza sus servicios. La subordinación que nos interesa es, precisamente, la indicada, que la doctrina califica de “jurídica”, ligada a la facultad empresarial de dirección y organización. El ejercicio de ella no siempre requiere que se indique cómo debe ejecutarse la tarea, pero sí le corresponde determinar cuál es ella. A veces tal precisión es manifiesta, como ocurre generalmente con los trabajadores de menor jerarquía, pero puede ser sumamente limitada, como se presenta a veces con cierto personal directivo, sujeto, sin embargo, a las indicaciones o determinaciones de un directorio o de una asamblea de

accionistas. La jurisprudencia, orientada en este sentido, ha incorporado más y más personal dentro de los comprendidos en la situación de subordinación, tomando en cuenta el criterio expuesto, imbuido del concepto de ampliar los beneficiarios de las normas protectorias del derecho del trabajo. De ese modo, han quedado superadas las teorías que fundaban la subordinación en la dependencia económica o técnica. La primera se basaba en un hecho generalmente real y plenamente válido, como es la circunstancia de que el trabajador depende del salario para poder vivir y que quien lo paga es el empleador. Pero, como afirma Russomano, no es por depender de su empleo para sobrevivir que el trabajador se subordina a las órdenes del empresario, porque, si fuera así, quien tuviera solvencia suficiente o recursos propios para mantenerse, no sería un subordinado. La segunda se funda en la circunstancia de que el empleador organiza la empresa, fija las tareas y asegura las funciones, dando las directivas para su ejercicio. Esto es cierto, pero no puede entenderse como causa exclusiva de la subordinación, sobre todo cuando frente a la constante tecnificación de la industria, cada vez es mayor el número de técnicos contratados, cuyas particularidades de ejercicio profesional no provienen de la empresa, sino que, a veces, son ellos quienes imponen la estructura del funcionamiento. Y, sin embargo, son trabajadores subordinados, porque, más allá de este aspecto técnico, existen circunstancias de la prestación de sus tareas, por limitadas que sean, que le son impuestas por el empleador y que deben ser necesariamente acatadas.”³²

Por su parte y al respecto, Juan D. Ramírez Gronda ha dicho:

“La subordinación jurídica consiste, pues, cabalmente, en el derecho patronal de dar instrucciones y en la correlativa obligación del trabajador de acatarlas; el patrono dispone y fiscaliza, entonces, como acreedor de una prestación contractual. Esta subordinación, además, no está encajada en un ámbito físico o temporal

³² Martínez Vivot, Julio J. op.cit., págs. 101 y 102.

determinado de validez. Ella consiste, para el dador del empleo, en algunos casos, en dar órdenes; en otros, en la sola posibilidad de darlas o de hacerlas cesar, y siempre en la posibilidad de sustituir su voluntad a la del trabajador cuando lo creyera conveniente.”³³

Cabanellas, con mayor amplitud pero en idéntico sentido, se refirió a la relación de dependencia realizando un análisis muy preciso de las diferencias entre las dos clases típicas de trabajador, dependiente e independiente, afirmando cuanto sigue:

“Muchas más y más definidas son las diferencias que cabe descubrir entre los sujetos que encarnan el trabajo independiente y el trabajo dependiente; a) el trabajador independiente es, si cabe la expresión, su propio jefe; el dependiente, por esencia, está subordinado a alguien, que en un principio y con reiteración frecuente le da instrucciones, incluso minuciosas; b) el primero no está sujeto a horario y sí el segundo, lo cual no significa privilegio para aquél, que por interés personal suele rebasar con mucho la jornada del otro; c) el subordinado depende laboralmente de un solo contrato; el autónomo realiza una serie de contratos, a veces en una misma jornada; además el dependiente está supeditado al empresario; el independiente, que en esto ve desvanecerse su autonomía, se halla supeditado a la clientela, a la cual debe servir con deferencia para conservarla; d) suele éste trabajar en su domicilio o local propio; en tanto que aquél, las más de las veces, actúa en local ajeno, si bien ambos lo hacen con frecuencia en lugares públicos y de modo ambulante; e) el trabajador dependiente está obligado a obediencia más o menos ingrata; y el independiente debe cortesía más o menos sincera; f) la retribución del subordinado tiene asegurado un mínimo; por el contrario, el autónomo está sometido a lo aleatorio, y hasta se expone a trabajar durante una o más jornadas sin compensación económica alguna; g) el éxito

³³ Ramírez Gronda, Juan D. *El contrato de trabajo* (en *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Mario L. Deveali). La Ley. Buenos Aires. 1964, tomo I, pág. 426.

económico de la actividad resulta indiferente, en principio, para el trabajador subordinado, salvo que participe en las ganancias o que el fracaso de la empresa pueda significarle un despido ruinoso; en cambio, el trabajador independiente soporta las contingencias de la adversidad en su ejercicio profesional; h) el trabajo subordinado propende a la rutina; mientras que el independiente desarrolla las iniciativas y las innovaciones, por la competencia con los de igual actividad; i) un beneficio personal y social como el de las vacaciones resulta indiscutible para el trabajador subordinado, que descansa y percibe su remuneración; pero configura una pérdida económica para el trabajador independiente, cuyos ingresos dependen de su actividad, aunque una elemental previsión lo deba llevar al recargo de sus tarifas o precios para afrontar ese reparador descanso.”³⁴

Ahora bien, con todo, debe reconocerse que, aún cuando sólo la subordinación jurídica y no la subordinación económica resulta un elemento imprescindible para calificar la relación de dependencia, que es de la esencia del contrato de trabajo y la relación laboral, así como que puede haber casos en que el empleado no necesite del salario que percibe de su trabajo dependiente para subsistir, y que se emplee por necesidades distintas a las económicas, es evidente que en la inmensa mayoría de los casos –y esto era una constante en el período industrial de fines del siglo XIX- el dependiente necesita de su empleo para vivir, y debe someterse jurídicamente al patrono por una necesidad económica, configurándose una evidente desigualdad entre ambos.

2.2.3.- Desigualdad económica en la relación laboral en dependencia.

Conforme lo expuesto, el empleador es quien arriesga capital a fin de realizar una actividad económica lucrativa –el ánimo de lucro es esencial, incluso para que se

³⁴ Cabanellas, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*. Tomo I. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1968, pág. 277.

configure un contrato de trabajo que sea protegido por el derecho laboral³⁵-, con el objeto de obtener una legítima ganancia, y que para ello organiza ciertos factores entre los cuales se incluye el trabajo de otras personas, jurídicamente subordinadas a él, y cuyos frutos resultan propiedad del patrono, recibiendo una contraprestación por su labor.

Por ello, frente al empleador se encuentra el empleado, trabajador u obrero, que es aquél que no posee capital para invertir a fin de explotar una empresa propia, es decir, no tiene independencia o medios económicos propios para llevar adelante un negocio -o si los tiene, no quiere arriesgarlos-, y por tal motivo depende sólo de su fuerza de trabajo, único elemento con el que cuenta o pretende arriesgar para generar ingresos y procurarse su medio de vida así como, eventualmente, el de su familia. En tal sentido, el trabajador es quien depende, por imposición de ciertas condiciones ajenas al empleador o incluso, a veces, sin que exista dicha imposición, de los medios económicos ajenos para ganar dinero, prestando voluntariamente sólo su capacidad laboral, la cual pone a disposición del patrono.

A su vez, debe notarse expresamente el carácter absolutamente limitado, en general, de las posibilidades del dependiente en cuanto tal de obtener ganancias, atento percibir una contraprestación de parte del empleador por poner a su disposición su fuerza de trabajo, frente a las –en principio- posibilidades del empresario de obtener ganancias sin el límite del dependiente, sujeto a las reglas del mercado que así lo posibilita. Y no puede desconocerse el hecho de que la empresa, si bien requiere recursos económicos y financieros tanto para su normal desenvolvimiento, desarrollo,

³⁵ Conf., entre otros “Gigena, Vilma c. Guerrero de Martínez, Rosa”, CNTrab., Sala VIII, sentencia del 14 de marzo de 2000, LL 2001-A, 298, fallo N° 101.492; ídem “Alforeso, María c. Solare, Juan”, CNTrab., Sala I, sentencia del 29 de mayo de 1992; íd. “Matta, María c. Barletta, Lidia M.”, CNTrab., Sala VI, sentencia del 12 de diciembre de 1995, DT 1996-B, 1801; íd. “Mendive, Roberto I. C. Sassoon, Alejandra”, CNTrab., Sala VIII, sentencia del 24 de septiembre de 2003, LL 2004-B, 36, fallo N° 106.788.

crecimiento, e incluso suministro de fuentes de trabajo e ingresos a las personas que en ella cumplen tareas en relación de dependencia, en general suele ser posible para el empresario hacerse de dichos recursos a través del crédito, frente a los recursos limitados y sólo provenientes de su prestación personal que posee el dependiente, lo cual marca su *debilidad* económica frente al patrono, respecto del cual el riesgo es inherente a su actividad, así como la necesidad de subsistencia lo es para el trabajador.

Como es fácil observar, en la mayoría de los casos –fundamentalmente en aquellos que no poseen medios económicos propios-, existe una desigualdad económica entre ambas partes de la relación laboral. Desigualdad dada pura y exclusivamente por la propiedad de los medios económicos para llevar adelante una empresa, que genera, de alguna manera –aunque no siempre pero sí en la mayoría de los casos-, una dependencia económica del trabajador hacia el empleador, quien es libre de invertir su capital como le plazca, y de contratar a los trabajadores que desee.

Desigualdad económica que puede dar lugar a abusos por parte del dueño de los medios de producción, atento la concentración de la propiedad privada de estos en relativamente pocas manos, en lugar de su difusión, nota característica de la moderna sociedad proletaria. Pero también desigualdad económica que, en su concepción, puede ser llevada a extremos exagerados, reputándose, más o menos equivocadamente, una falta de libertad en el trabajador al contratar con el empleador, temor reverencial de aquél a éste, y ataduras impuestas en la voluntad real del dependiente por su inserción en una estructura organizada y jerárquica de una empresa ajena³⁶.

Antokoletz, al respecto, sostuvo sobre las finalidades del derecho del trabajo, que su objeto es la pacificación social, protegiendo a las personas económicamente

³⁶ Conf. Maza, Miguel Ángel. *El sentido del principio protectorio*. LT, 1987 (XXXV-B), 745.

débiles³⁷, mientras que esa desigualdad ha sido planteada por Deveali³⁸, en los siguientes términos, que no pueden compartirse enteramente, aunque sí la existencia de la diferente posición entre empleador y trabajador:

“Con la expansión de la industria manufacturera aparece en el campo social un nuevo sujeto, el proletariado, integrado por una generalidad de personas que consiguen los medios de subsistencia únicamente mediante el salario que les abona el empresario. Corresponde a este último ofrecerles posibilidad de trabajo. El empleador se presenta así, a menudo, como un monopolista que fija a su arbitrio las condiciones de trabajo y la medida del salario. Al mismo tiempo, la competencia entre los trabajadores que buscan trabajo es acentuada por efecto de la explotación, a menudo inhumana, del trabajo de los menores y las mujeres. El maquinismo –especialmente en sus primeras aplicaciones- agrava a su vez los riesgos a los cuales queda expuesta la integridad física de los trabajadores y exige la adopción de algunas normas protectoras.”

“Las primeras leyes obreras responden principalmente a esta última exigencia y pueden ser consideradas como una manifestación del poder de policía.”

“Sólo en un segundo tiempo, en algunos países –especialmente en los de origen latino-, esa legislación presenta una evolución ulterior. Teniendo en cuenta que el trabajador, en la mayoría de los casos, no goza de verdadera libertad cuando celebra el contrato de trabajo, ya que actúa bajo el apremio de la necesidad económica, la legislación de algunos países se propone dictar normas reguladoras de las condiciones de trabajo, fijando condiciones mínimas, inderogables por las partes.”³⁹

³⁷ Conf. Antokoletz, Daniel. *Derecho del trabajo y previsión social*. Editorial Guillermo Kraft Limitada. Buenos Aires. 1953, tomo I, pág. 18.

³⁸ Deveali, Mario L. (Director) *Tratado de derecho del trabajo*. La Ley. Buenos Aires. 1964, tomo I, págs. 6 y 7.

³⁹ Y si se dice que no es posible compartir enteramente estas expresiones, es porque no parece que los abusos del empleador sobre el trabajador se funden en un monopolio en el sentido estricto del término, aún cuando debe reconocerse la falta de difusión de la propiedad privada en los medios de producción;

Es que con mayor o menor énfasis en la miseria económica de los dependientes, y a veces hasta con cierta exageración si el análisis se realiza en la actualidad –ya que el mundo laboral contemporáneo no es idéntico, y ni siquiera similar, al desarrollado durante la revolución industrial de fines de siglo XIX- la doctrina del derecho del trabajo ha reconocido expresamente, en general⁴⁰, la mentada desigualdad económica existente entre empleador y trabajador.

En el caso de Marc, por ejemplo, refiriéndose a la igualdad jurídica que implica, en el ámbito civil, la posibilidad de contratar libre y válidamente, ha dicho:

“Pero eso no ocurre, en realidad, en el campo de las relaciones laborales, en que existen una serie de “hechos”, tales, como desde el punto de vista económico: una angustiosa pobreza de los trabajadores; moralmente, por una situación derivada de su condición de miseria moral, material y espiritual; socialmente, por la creación y progresivo crecimiento de un ambiente de separación y lucha, entre empleadores y trabajadores, lo que crea, desde el punto de vista jurídico, como señalan Durand y

como tampoco puede verse que el maquinismo agrave los riesgos a los cuales quede expuesta la integridad física del trabajador –antes bien, en la enorme mayoría de los casos, la máquina facilita la tarea humana y permite asimismo dar empleo a quienes trabajan en su fabricación-; debiendo incluso cuestionarse que el dependiente contrate con la voluntad viciada, como expone buena parte de la doctrina laboral, por carecer de entera libertad, la cual se verifica permanentemente en los numerosos contratos de trabajo que se celebran a diario en todo el mundo, y no se observa que exista en la contratación laboral error, dolo o violencia pues, en tal sentido, cualquier contrato implicaría un vicio de la voluntad por suponer concesiones de las partes a fin de obtener algún beneficio de la otra, no obstante lo cual, sí es necesario reconocer que, en ciertos supuestos, algún grado de necesidad económica por parte del dependiente puede dar lugar a la posibilidad de que el patrono pretenda imponerle, en los hechos, condiciones de trabajo indignas.

⁴⁰ En el trabajo del profesor de la universidad salmantina Manuel-Carlos Palomeque López, que comparte con Manuel Álvarez de la Rosa (*Derecho del trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. 1998, pág. 55 y ss.), no se considera que el fundamento del derecho del trabajo, que es casi lo mismo que hablar del fundamento de la protección del trabajador, sea la desigualdad económica entre el empleador y el trabajador sino el conflicto de los intereses de cada uno de ellos, y que podría sintetizarse diciendo que el patrono pretende producir al costo más bajo posible, y para ello desea que sus empleados trabajen la mayor cantidad de horas con el salario más bajo posible, frente al interés del obrero, quien quiere prestar tareas durante la menor cantidad de tiempo y con el salario más alto que pueda percibir. No deja de ser un análisis interesante, aunque parece dejar de lado un elemento fundamental, cual es, que dicha contraposición en sí no justifica la protección del trabajador, sino sólo una regulación jurídica, que se justifica en la protección del operario en virtud de su inferioridad económica con el patrono.

Jaussaud, “la consagración de una absoluta, o casi absoluta, desigualdad en la posición de las partes ante la relación jurídica a concertar entre las mismas”. ”⁴¹

Martínez Vivot, con mayor mesura, expresó:

“La razón del nacimiento de nuestro derecho es esencialmente protectoria. Se sancionan las normas legales precisamente para proteger a los trabajadores, establecimiento limitaciones a la libertad de contratación y desdeñando, por desigualdad notoria, la vigencia del principio liberal de la autonomía de la voluntad de las partes en la creación de su derecho.”⁴²

Pero también se ha dicho, al analizarse el principio protector:

“Es la razón de ser de este derecho y por ello se manifiesta de varias formas. Insufla todo el Derecho del Trabajo, intenta restablecer el fiel de la balanza para que ambas partes: patrón y obrero, equilibren sus posibilidades ante la inicial desigualdad económica entre ambos.”⁴³

Por su parte, Montoya Melgar ha señalado que la estructura del contrato individual de trabajo descansa sobre la primacía del capital sobre el trabajo, prueba de lo cual es la atribución de la utilidad patrimonial de éste y de su dirección al empresario⁴⁴, y Grisolí, luego de calificar al trabajador como la parte más débil en la relación de trabajo, ha señalado que mientras los empleadores tienen recursos suficientes para imponer determinadas condiciones, los trabajadores sólo cuentan con su fuerza o capacidad de trabajo⁴⁵.

⁴¹ Marc, Jorge Enrique. *La autonomía de la voluntad en el contrato individual de trabajo* (en *Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo. En homenaje al Prof. Mario L. Deveali*). Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 1979, pág. 136.

⁴² Martínez Vivot, Julio J. Op. cit., pág. 71.

⁴³ Sardegna, Miguel Á. op.cit., pág. 36.

⁴⁴ Conf. Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid. 1998, pág. 31,

⁴⁵ Grisolí, Julio Armando. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. LexisNexis Depalma. Buenos Aires, 2003, pág. 8.

En cuanto al maestro uruguayo Plá Rodríguez, en su desarrollo del tema del fundamento del principio protectorio, al cual ligó con la propia razón de ser del derecho del trabajo, oportunamente expresó:

*Históricamente el derecho de contratación entre personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas. El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable.*⁴⁶

Y en idéntica línea se dijo:

*“Históricamente, el criterio fundamental que orientó el seguimiento del derecho del trabajo fue establecer un amparo preferente para una de las partes, el trabajador; ya que la libertad de contratación, entre personas de desigual poder y resistencia económica, conducía a distintas formas de explotación.”*⁴⁷

Ahora bien, dicha diferencia de situación entre empleador y trabajador, dada por la independencia o la dependencia económica no implica una desigualdad jurídica, política o civil entre las partes, pero sí supone una desigualdad económica que genera cierta diferencia en la capacidad de negociación para imponer condiciones. En tal sentido, es probable que el dueño del capital se encuentre en una mejor posición que quien sólo puede aportar su fuerza de trabajo a fin de exigir a la otra parte la asunción de ciertos compromisos u obligaciones que, libradas a la autonomía de la voluntad sin límite alguno, puede derivar en abusos por parte de quien tiene medios económicos propios sobre quien no los tiene, y que por tal motivo puede verse obligado a aceptar

⁴⁶ Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Depalma. Buenos Aires. 1998, pág. 63.

⁴⁷ Rodríguez Mancini, Jorge (Director). *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Astrea. Buenos Aires. 1996, pág. 48.

ciertas condiciones abusivas a fin de acceder a la posibilidad de generar ingresos que le permitan procurarse su medio de vida.

Sin embargo, la desigualdad económica existente entre el empleador y el trabajador no implica una desigualdad en cuanto a su dignidad de personas creadas a imagen y semejanza de Dios⁴⁸, y dicha especial dignidad impone la necesidad de evitar abusos por parte del empleador en la contratación de empleados en relación de dependencia, así como en el trato durante el desarrollo de la relación laboral.

2.2.4.- Necesidad de protección del trabajador dependiente.

Hecha la referencia a la evidente desigualdad económica existente entre el empleador, dueño de los medios de producción, y el trabajador dependiente, dueño tan sólo de su fuerza de trabajo, que pone a disposición del patrono a fin de satisfacer su necesidad de ocupación –la cual, en la mayoría de los casos, le brindará la posibilidad de conseguir el sustento propio y de su familia-, en un mundo en el cual es mayor, cuantitativamente, el número de los proletarios que el de los capitalistas, surge a la vista y sin mayor esfuerzo la necesidad de proteger al empleado frente al empresario, a fin de evitar abusos por parte de éste en base a su posición económicamente dominante, intentando alcanzar una cierta igualdad jurídica entre ambos.

Para ello, parece necesario intentar lograr la pretendida igualdad jurídica mediante la intervención del Estado, ya sea a través de su facultad propia de sancionar normas, ejerciendo su función legislativa, en virtud de la cual limita la autonomía de la voluntad en la contratación entre empleador y empleado, patrono y dependiente, capitalista y trabajador, imponiendo un piso legal mínimo –conocido como “orden público laboral”- que implica un conjunto de disposiciones que las partes no pueden dejar de lado, o bien a través de su función jurisdiccional, en la aplicación del derecho a

⁴⁸ Génesis 1, 26-27.

los casos particulares, y hasta mediante su función administrativa, fundamentalmente a través del ejercicio del poder de policía, controlando el debido cumplimiento del derecho del trabajo y facilitando la armonía en las relaciones laborales individuales y colectivas, a fin de lograr la paz social.

De tal manera, el derecho moderno pretende proteger al trabajador de los posibles abusos del empleador, praxis que abreva justamente en la necesidad de salvaguardar al dependiente ante posibles abusos derivados de la desigualdad económica que se verifica en la relación entre el empresario -dueño de los medios económicos para poner en marcha la producción- y el empleado -que depende exclusivamente de su fuerza de trabajo para su subsistencia-.

Protección que se impone, asimismo, pues bien puede decirse que la estructura social occidental se ha “proletarizado”, es decir, hasta tal punto se ha difundido la relación de dependencia como instituto bajo el cual se alberga el trabajo humano, cuyos frutos no son la propiedad de quien realiza la actividad por el cual se obtienen, sino de un tercero, el empleador, quien en recompensa por la tarea abona una remuneración, que dicha dependencia ha dado forma a toda la comunidad.

Vale aquí aclarar que, si bien la desigualdad económica existente entre las partes en la relación laboral impone la protección de aquélla que resulta económicamente menos dotada, también es cierto que dicha defensa no puede exceder el límite de lo razonable, cual es evitar abusos por parte del dueño del capital, pues una sobreprotección o una protección irrazonable tienen un doble efecto pernicioso, son esencialmente injustas en cuanto permiten un abuso por parte del trabajador sobre el empleador, y terminan volviéndose en contra del propio dependiente, ya que difícilmente los empresarios deseen contratar empleados si ellos implican un problema

permanente o a futuro, engrosándose así las listas de los desocupados, mal aún peor que el sufrir un abuso por parte de un empleador.

2.3.- La protección del crédito laboral en la empresa en crisis.

Bien conocido es el mandato contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional referido a que las leyes deben proteger al trabajo, en sus diversas formas, lo cual alcanza a uno de sus componentes principales, como lo es el salario y los demás créditos en cabeza del dependiente, y la protección que establece la legislación vigente tiende a asegurar la efectiva percepción por parte del trabajador, de la contraprestación en dinero por su trabajo personal, ya sea en condiciones normales de desenvolvimiento económico y financiero de la empresa, pero más aún durante una situación de crisis o insolvencia que le impida hacer frente, normalmente, a sus obligaciones propias.

Una de las razones de esta finalidad está dada por el carácter alimentario del crédito salarial, en cuanto, normalmente, está destinado a proveer a la subsistencia del trabajador y su familia. En expresiones de Justo López, puede decirse que para lograr ese objetivo protectorio, el legislador, en términos generales, quita o limita eficacia de los actos del propio trabajador, del empleador o de terceros (acreedores del trabajador y del empleador) que pudieran frustrar el cumplimiento de esa finalidad de subsistencia⁴⁹.

A su vez, y según se ha comentado también, debe notarse expresamente el carácter absolutamente limitado -en general- de las posibilidades del dependiente en cuanto tal de participar de ganancias, atento percibir generalmente una contraprestación de parte del empleador por poner a su disposición su fuerza de trabajo, frente a las -en principio- posibilidades del empresario y eventualmente de muchos de sus acreedores,

⁴⁹ Conf. López, Justo, *El salario*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1988, pág. 276.

de obtener ganancias sin el límite del dependiente, por participar con su capital y organización empresaria en el libre juego del mercado que así lo posibilita.

No debe desconocerse el hecho de que la empresa necesita recursos económicos y financieros, sea para su desenvolvimiento, desarrollo, crecimiento e incluso, suministrar a las personas una fuente de trabajo e ingresos. Estos recursos económicos en muchos casos provienen del crédito, cuyo cumplimiento por parte del deudor la ley debe proteger, para preservar la actividad económica, el desarrollo y las fuentes de trabajo. Pero ocurre que la apuntada posibilidad amplia de obtener ganancias sin el límite de una remuneración mensual fija que caracteriza la actividad tanto del empleador como de muchos de sus acreedores comerciales, se contrapone con la situación propia del trabajador, con recursos limitados y solo provenientes de su prestación personal. Y así, puede decirse que el riesgo es inherente a la actividad del empresario, y la necesidad de subsistencia –sólo propia muchas veces, pero de una familia más o menos amplia otras- lo es para el trabajador dependiente.

2.3.1.- Antecedentes.

El derecho normativo contemporáneo se encuentra integrado por diversas instituciones, entre las cuales se cuenta el trabajo –autónomo o dependiente- como categoría jurídica, y la contraprestación que percibe el trabajador por realizar sus tareas o brindar sus servicios, integrada ésta por la retribución habitual, pero también por otros créditos derivados del trabajo y la relación que genera.

En términos generales, puede decirse que “trabajo” es la actividad personal realizada por un sujeto, y que podrá ser autónomo si se realiza para apropiarse de los resultados o frutos, o si se desarrolla para brindar a otro un servicio sin que exista dependencia jurídica alguna, o bien será dependiente si es prestado por cuenta ajena y

bajo la dirección y subordinación de otra persona. A su vez, es posible definir la contraprestación al trabajo como aquello que se percibe por el desarrollo de la actividad personal, ya sea autónoma o dependiente, dentro de la cual se integran el precio que se paga por un servicio y el salario –aquella retribución que percibe el trabajador por estar a disposición del empleador-, o bien cualquier otro crédito que se derive del trabajo. En tal sentido, ambos (trabajo y contraprestación) resultan estrictamente conceptos jurídicos modernos.

Sin embargo, desde que existe el hombre existen asimismo el trabajo (en sentido general, es decir, como actividad humana generadora de medios para satisfacer necesidades humanas) y la sociedad (como grupo humano política y jurídicamente organizado, aún de manera incipiente), y por ello existen personas que desarrollan tareas de manera independiente y disponen de los frutos de sus labores, y también seres humanos cuyo esfuerzo beneficia a otros en cuanto son los dueños de lo producido, y que por ello perciben alguna cosa, que en principio puede llamarse “contraprestación” o “retribución”, no en el sentido jurídico moderno de “salario” o “remuneración”, sino en cuanto a la definición asignada por el Diccionario de la Lengua Española, a saber, recompensa o pago de una cosa, es decir, con mayor simplicidad, la entrega de algo en virtud de una actividad personal prestada, y que históricamente han incluido aquellas cosas que una persona obtenía por desarrollar una actividad cuyos frutos eran propiedad de otra.

Caben dos aclaraciones.

La primera: con estricta conciencia de la existencia de una regulación jurídica positiva del trabajo ajeno y dependiente, aunque accidental y accesorio, que no ha sido Derecho del Trabajo como hoy se conoce -es decir, una legislación laboral en sentido propio-, el propósito de este acápite no será, salvo en aquellos casos en los cuales la

referencia sea absolutamente necesaria, plantear cuestión alguna respecto del trabajo realizado por el hombre a lo largo de la historia a fin de apropiarse de los frutos obtenidos, los cuales fueron, son y serán la natural retribución a su actividad personal, sino discurrir acerca de la evolución histórica de aquello que se percibe por trabajar en provecho ajeno, mediante el planteo acerca de *si existió en cada período histórico dicha contraprestación* y, en su caso, *en qué consistió y si fue protegido de alguna manera*.

Y también, por esta razón, expresamente debe dejarse de lado el estudio de cualquier tarea, labor, trabajo o actividad que, por una razón u otra, no fuera retribuida con la entrega de alguna cosa, es decir, tareas que modernamente podríamos calificar como “ad honorem”.

La segunda: en rigor, la contraprestación al trabajo abarca todo crédito que se derive del trabajo, incluyendo remuneraciones e indemnizaciones de cualquier clase, que conforman, conjuntamente, los créditos laborales o en cabeza del trabajador. Por lo tanto, se impone en este capítulo el estudio de la existencia y protección de los créditos laborales a lo largo de la historia, y que en un principio pudo abarcar tan solo el salario, pero que modernamente, merced a la difusión de la protección al trabajo dependiente, se extendió a otros rubros, no ya de naturaleza salarial sino indemnizatoria.

Como se adelantó, en la historia de la humanidad, sabido es que una de las actividades más antiguas es el trabajo. No el trabajo en un sentido jurídico moderno, sino el trabajo con un significado general, como acción y efecto de trabajar, es decir, ocuparse en cualquier ejercicio, obra o ministerio⁵⁰, o también, en otras palabras, como actividad humana generadora de frutos.

A su vez, y a más de lo antes señalado, podría definirse la contraprestación, en términos generales, como aquello que se obtiene por la tarea realizada, sea ello

⁵⁰ Según definiciones del Diccionario de la Lengua Española.

entregado por otra persona o directamente se presente como resultado de la actividad del sujeto, por la recolección de los frutos obtenidos por la labor.

En cuanto al trabajo, si se dice que constituye una de las actividades humanas más antiguas, es porque resulta casi connatural en el hombre, ya que a partir de su aparición sobre la faz de la tierra, el ser humano hubo de subsistir, y para subsistir debió procurarse los medios, y para ello hubo de trabajar, es decir, ocuparse de alguna actividad que le brindara los medios o frutos adecuados para dicha subsistencia. Es así como el hombre primitivo tuvo que realizar ciertas actividades como la caza, pesca, recolección de frutos, raíces, y otras muchas actividades, para procurarse el alimento, abrigo y techo necesarios para protegerse del medio que lo rodeaba, y sobrevivir.

He aquí una primera aproximación a los orígenes del trabajo y su contraprestación. En los primeros tiempos, el hombre realizaba una actividad que llevaba aparejada una consecuencia directa y era, el resultado, producto de dicha tarea. En el caso, por ejemplo, de la caza de un animal salvaje, la consecuencia era la posibilidad de disponer de su carne para ingerir como alimento, de su piel para fabricar un abrigo, de otras partes de su cuerpo para realizar adornos, etc. A su vez, la transformación –aún rudimentaria- del cuero en un abrigo, implicaba también una actividad o tarea cuyo resultado era la nueva prenda a ser utilizada para el fin de la protección contra las inclemencias del tiempo. Es decir, no parece que existiera en los orígenes de la humanidad una contraprestación otorgada por otra persona, sino que la contraprestación del trabajo era lisa y llanamente el resultado material de ese trabajo, que el artífice obtenía directamente como consecuencia de su actividad.

Aún cuando fue escrito con posterioridad, y tal vez de manera metafórica, el primer libro de las propias Sagradas Escrituras da cuenta de esa necesidad humana de

trabajar, desde el inicio de la creación, poniendo en boca del propio Creador el mandato de conseguir los bienes para la subsistencia realizando trabajos.

En tal sentido, libro del Génesis señala que: *“Yavé Dios tomó al hombre y lo puso en el jardín del Edén para que lo cultivara y lo cuidara.”*⁵¹ Por lo tanto, sólo a partir del pecado original el trabajo sería penoso, o implicaría “sudor de la frente”, lo cual no significa que antes de la falta primera u original el hombre no trabajara, como se ha señalado, sino que no tenía la carga de dolor habida a partir de ella.

Así, refiere también el Génesis que Dios, *“Al hombre le dijo: «Por haber escuchado a tu mujer y haber comido del árbol del que Yo te había prohibido comer, maldita sea la tierra por tu causa. Con fatiga sacarás de ella el alimento por todos los días de tu vida. Espinas y cardos te dará, mientras le pides las hortalizas que comes. Con el sudor de tu frente comerás tu pan hasta que vuelvas a la tierra, pues de ella fuiste sacado. Sepas que eres polvo y al polvo volverás.”*⁵²

Esa fatiga, ese sudor de la frente, se traducía en una actividad individual o común de personas que vivían en grupos, nómades en general, con una mínima relación de dominio con los elementos que poseían, pero que luego fueron asentándose en territorios que pretendían propios, con lo cual se afirmó y extendió dicha noción a muchos más elementos, pero de manera paulatina. Y esa actividad no implicaba de ninguna manera una división racional del trabajo sino, por el contrario, un esfuerzo que se realizaba, individual o conjuntamente, en pos de objetivos aislados –la caza de un animal, la utilización de la carne y el cuero, etcétera- para satisfacer necesidades vitales concretas.

Y así, durante la época inmediatamente posterior al origen del hombre, sólo se verifica la actividad desarrollada por éste en beneficio propio, a fin de darse su sustento

⁵¹ Gn. 2, 15

⁵² Gn. 3, 17-19

y protegerse contra los factores de la naturaleza, obteniéndose del trabajo un resultado directo, a saber, los medios a través de los cuales se lograba dicho objetivo, lo cual constituía de alguna manera la contraprestación al trabajo.

Sólo indirectamente los frutos de una tarea podían ser apropiados por otros miembros de la comunidad distintos de quien la llevaba a cabo. O, mejor aún, era la comunidad quien disfrutaba del producido de la actividad que también era desarrollada por ella, perdiéndose en tales casos, por decirlo de alguna manera, la individualidad de sus miembros respecto del binomio trabajo-frutos.

2.3.1.1.- De la Revolución Industrial al mundo actual.

A partir del renacimiento, y más acentuadamente en los albores de la Edad Moderna, las instituciones desarrolladas en la etapa anterior dieron paso a otras nuevas, y el mundo del trabajo no fue ajeno a dicha transformación, que en muchos casos es considerada una parábola integrada por el binomio “absolutismo-libertad”, lo cual no se condice estrictamente con la realidad.

En rigor, el comienzo de la edad moderna marcó sólo una crisis que desembocó en el mundo industrial. Durante dicho período, el feudalismo dejó paso al capitalismo y al mercantilismo, fortaleciéndose la burguesía –los habitantes de los burgos- como clase media entre el campesinado cada vez menos numeroso, y la nobleza más poderosa, merced al despotismo ilustrado que ejercían los monarcas, uniéndosele luego ricos comerciantes y grandes industriales transformados en aristócratas mediante el desarrollo de nuevas rutas (el descubrimiento de América abrió todo un mundo nuevo en sentido estricto) y con la aparición de la máquina de vapor.

Algunos autores pretenden que los cambios experimentados en dicha etapa produjeron una brecha cada vez mayor entre nobles y aristócratas ricos frente a

campesinos y artesanos pobres, hasta que ello se revirtió el 14 de julio de 1789 con la toma de la prisión política francesa, la célebre Bastilla, en la ciudad de París. Ello no parece ser estrictamente cierto.

No puede negarse una brecha entre ricos y pobres en esa etapa, como no puede negarse en ninguna otra de la historia de la humanidad. Pero el espíritu revolucionario de la época –cuyos ejemplos podrían ser la independencia de los Estados Unidos de América, la Revolución Francesa y la posterior independencia de los países de América del Sur– no obedecía a una lucha de pudientes contra despojados, sino de burgueses contra nobles, de quienes tenían el dinero y manejaban el comercio contra aquellos que dirigían el Estado con absolutismo político. Naturalmente, debe a ello agregarse las circunstancias particulares de cada caso.

Y dicha revolución burguesa encontró sustento ideológico en un totalitarismo radicalizado que, escudado en una falsa libertad, pretendió dejar al hombre en soledad frente al Estado, para que éste abusara de aquél.

A la revolución de los burgueses, siguió la denominada “Revolución Industrial”, cuya esencia fue el paso de un sistema de producción primitivo a otro en gran escala, merced al progreso técnico y el llamado “maquinismo”. Ello marcó una forma de trabajo completamente nueva, con producción industrial en serie y las consecuencias derivadas de ella, costos y precios más baratos, y la contratación de trabajadores para satisfacer las necesidades que dicha forma de producción exigía.

El estallido económico productivo cambió de hábitat. Se trasladó del campo a las urbes, y allí lo siguieron los campesinos en búsqueda de ocupación. Ella se produjo en condiciones que dejaban bastante que desear. El trabajo humano fue considerado una mercancía más, objeto de la autonomía de la voluntad sin restricciones, y su consecuencia natural fue el abuso por parte de los empleadores, quienes tomaban

personal en relación de dependencia –varones y mujeres, adultos y niños-, jurídicamente sujetos a sus órdenes, y por ello debían prestar tareas muchas veces en condiciones inhumanas.

De esta manera, surge una nueva realidad ante el trabajo dependiente, no porque haya aparecido a fines de siglo XIX, pues ya existía desde la antigüedad, sino porque se difundió de manera tal que la sociedad, parafraseando a Belloc, sufrió una grave metamorfosis, concentrándose la propiedad privada de los medios de producción en muchas menos manos de aquellas que la gozaban de manera práctica en la Edad Media. Y ello marcó el nacimiento de una verdadera clase proletaria, con una gran masa de personas que trabajaban no para apropiarse del fruto de su esfuerzo, sino contra el pago de una remuneración o salario, que era la contraprestación a sus tareas.

Remuneración que, en pleno auge de la revolución industrial, y sin reglas que limitaran la autonomía de la voluntad en materia laboral para proteger a los dependientes, era en muchos casos miserable, constituyendo uno de los tantos elementos que impulsó la reacción producida a principios del siglo XX, a través de la sindicación de los empleados, de la intervención estatal en procura de brindar legislación protectora que asegurara a los empleados condiciones dignas de trabajo, y fundamentalmente del benéfico influjo de la Doctrina Social de la Iglesia, a partir la encíclica “Rerum Novarum”, dada en 1891 por el Papa León XIII⁵³.

Fue así como, desde los albores del siglo XX, los trabajadores dependientes obtuvieron el reconocimiento de determinados derechos subjetivos a fin de hacer más dignas sus tareas, los cuales fueron aumentando en número, hasta consolidarse como

⁵³ Dicha encíclica marca el punto de partida de la Doctrina Social de los romanos pontífices de manera sistematizada, y que se ha reafirmado hasta nuestros días a través de numerosos documentos. Sin embargo, al respecto, la palabra de Roma encuentra numerosos antecedentes desde la Bula Detestabilis, del Papa Sixto V, dada el 21 de octubre de 1586.

una realidad innegable que ha formado aquello que en el mundo actual conocemos como Derecho del Trabajo.

De esta manera, puede decirse que la estructura social occidental se ha “proletarizado”, es decir, hasta tal punto se ha difundido la relación de dependencia como instituto bajo el cual se alberga el trabajo humano, cuyos frutos no son propiedad de quien realiza la actividad por el cual se obtienen, sino de un tercero, el empleador, quien en recompensa por la tarea abona una remuneración, que dicha dependencia ha dado forma a toda la comunidad.

Lo cual no significa que no exista el trabajo autónomo, con tasas crecientes en épocas de desempleo, sino que la mayor parte de los seres humanos que conforman el tejido social, trabajan en relación de dependencia para una persona física o jurídica, y por ello percibe una contraprestación, dentro de la cual se destaca, como instituto jurídico laboral autónomo, el de la remuneración.

De allí la especial importancia de la remuneración que se abona al trabajador, instituto revestido de especiales características en la actualidad, las cuales son semejantes y hasta coincidentes en la mayor parte de los países occidentales, y en muchos orientales.

Esas características podrían enumerarse, muy sucintamente, de la siguiente manera:

1.- La remuneración es la contraprestación que percibe el trabajador, de manos del empleador, por poner su fuerza de trabajo a disposición de éste.

2.- La remuneración debe abonarse en dinero, pero también puede ser pagada en especie, aunque sólo parcialmente. Puede ser fija o variable, conforme lo producido, aunque no puede estar sujeta a alea alguna, sino que debe estar determinada o ser, cuanto menos, posible de determinar.

3.- La remuneración debe ser suficiente, a fin de asegurar los medios económicos para asegurar una vida digna del trabajador y su familia.

4.- Existe un monto mínimo de remuneración que el empleador debe abonar al empleado conforme a un número de horas trabajadas. En contraposición, no existen montos máximos de remuneración, la cual puede ser pactada con total libertad por encima del mínimo.

5.- El empleador no puede reducir unilateralmente la remuneración del trabajador.

Pero también existen otros institutos que, en el mundo actual, conforman la contraprestación del trabajador, o le son debidos a causa de la relación laboral, que en última instancia implican créditos laborales en cabeza del dependiente, y cuya protección se impone, a saber, por ejemplo, las indemnizaciones debidas por despidos vedados por la legislación vigente, o por incurrir en acciones discriminatorias en contra del trabajador, o por no otorgar un previo aviso suficiente a los fines de alguna decisión particular del empleador.

Y todos ellos, en definitiva, constituyen créditos en cabeza del dependiente sobre el empleador, que deben ser protegidos en cualquier circunstancia, y más aún en los casos de crisis económica o insolvencia del empresario.

2.3.1.2.- Los privilegios.

Pero a los fines del tema objeto de análisis en el presente trabajo, también debe referirse, en la evolución histórica bajo tratamiento, la cuestión de los privilegios.

En tal sentido, siguiendo fundamentalmente a Molinario⁵⁴ y Salvat⁵⁵ puede decirse que, en general, existe coincidencia en que el instituto de los privilegios se

⁵⁴ Molinario, Alberto D. *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Valerio Abeledo, Editor. Buenos Aires, 1941, págs. 1 y ss.

originó, al igual que buena parte de las instituciones jurídicas de Occidente, en la antigua Roma. A punto tal que el término privilegio deriva de la palabra latina *privilegium*, proveniente a su vez de los términos, también latinos, *privata* y *lex*, y por ello para los romanos, originariamente, el privilegio implicaba una ley sancionada a favor o en contra de una persona determinada, es decir, una ley dictada para un individuo. Mas luego, con la supresión de ese tipo de normas destinadas a una sola persona por parte de la Ley de las XII Tablas, el término hubo de mantenerse vigente, utilizándose para referir todos aquellos beneficios que se concedían a personas específicas.

Sólo después el término tornó en una palabra para referir el grado u orden de preferencia de un acreedor sobre otro en relación a un deudor, bajo la denominación de *privilegium exigendi* -prelación que se concedía como un simple privilegio de pago sin constituir una derecho real, de interpretación restrictiva y sin posibilidad de extensión a otro crédito-, ya por el carácter específico de determinados acreedores, fundados en sus calidades personales (y por ello se designaba *privilegia personae*) ya por la propia naturaleza del crédito, los cuales resultaban privilegios reales (caso en el cual constituía una *privilegia causae*). Entre los primeros, que sólo podían ser invocados por el titular del crédito a quien le era concedido, sin posibilidad de pasar a sus herederos ni cesionarios, pueden citarse los privilegios reconocidos a favor del Fisco, el *príncipe* o su esposa, los municipios, los menores de edad, los pupilos, la cónyuge o la prometida respecto de la dote, otras personas bajo tutela o curatela, etcétera; y entre los segundos, que por ser inherentes al crédito pasaban a los sucesores del acreedor, podían contarse, por ejemplo, los créditos por gastos de sepelios, para construcción o mantenimiento de

⁵⁵ Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*. Cuarta edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás. Tomo IV. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires, 1960, págs. 535 y ss.

un inmueble, para la adquisición, reparación o equipamiento de una embarcación, o por depósitos de dinero en manos de banqueros o cambistas.

Pero también algunos privilegios se configuraron como hipotecas, estableciéndose como principio general que frente a la existencia de varios acreedores correspondía abonarles conforme el orden en que ellas hubieran sido constituidas, es decir, dándose preferencia temporal, no en base al nacimiento del crédito, sino a la fecha de constitución de la hipoteca, apareciendo con posterioridad las hipotecas creadas por la ley y no por decisión de los particulares, las cuales eran pagadas con preferencia a las constituidas por las partes aún cuando su nacimiento fuera posterior en el tiempo, como fue el caso, por ejemplo, de los privilegios asignados a los créditos vinculados con la construcción o mantenimiento de una cosa, o en cabeza del fisco por impuestos impagos, o de la cónyuge y sus descendientes por restitución de la dote matrimonial.

Así, hubo de existir en Roma, tres tipos distintos de acreedores privilegiados, a saber, quienes gozaban de una hipoteca privilegiada, quienes tenían una hipoteca sin privilegio, y quienes poseían un privilegio de pago que no había sido transformado en una hipoteca, con no pocas dificultades en cuanto al orden de prelación, quedando cualquier remanente, en caso de existir, para ser distribuido a prorrata entre los acreedores quirografarios.

Tanto en el antiguo derecho español como en el francés, los privilegios se incrementaron hasta constituir sistemas intrincados.

El derecho español conservó la clasificación romana de privilegios personales y reales, así como las hipotecas con y sin privilegio. Y el orden de preferencia estaba dado, en primer lugar, por los créditos personales singularmente privilegiados, luego los hipotecarios privilegiados, a continuación los hipotecarios comunes –con preferencia de

aquellos en los cuales la hipoteca haya sido constituida con anterioridad-, después los créditos privilegiados comunes, y el remanente era distribuido entre tres categorías de acreedores, a saber, los que poseían escritura pública, los quirografarios con documento privado en el sello de ley, y los quirografarios con documentos que no están en sello de ley y los verbales.

Por su parte, el antiguo derecho francés estuvo en un comienzo imbuido de los principios del derecho romano en relación al privilegio, pero con el tiempo, desapareció el privilegio de carácter exclusivamente personal, reconocidos a determinadas personas por sus caracteres individuales, estableciéndose que el privilegio se fundamenta sólo en la naturaleza de los créditos de los cuales resultan accesorios, beneficiando a todas aquellas personas en idénticas condiciones jurídicas por resultar titulares de dichos créditos.

Y si bien en el derecho moderno se ha llegado a desarrollar una teoría general de los privilegios como instituto jurídico, subsisten las discusiones sobre el tema, alimentadas por la complejidad de la cuestión.

Y respecto de la propia Francia, debe notarse que hubo de normarse un sistema de privilegios específicamente laborales en el Código Napoleón, a través del cual se protegía las remuneraciones de los trabajadores empleados en la vida doméstica, extendiéndose dicha tutela a través de la preferencia en los créditos, con posterioridad, a otras clases de trabajadores, hasta su difusión general a principios del siglo XX, sobre los créditos hasta seis meses de salario, pero relegándose dicho privilegio, haciéndolo ceder ante las costas del juicio, lo cual echó por tierra las expectativas de cobro de los trabajadores, y por tal motivo en 1935 se dispuso la exigencia del pago de la porción de los créditos laborales necesaria para la manutención del dependiente y su familia de forma inmediata.

En la República Argentina, los institutos en cuestión, es decir, la contraprestación al trabajo dependiente en sus diversas formas de remuneraciones e indemnizaciones –que constituyen, en general, los créditos del empleado- y la protección que debe dispensársele, por una parte, y los privilegios por otra, han tenido un desarrollo a través del cual se han visto plasmados en nuestra legislación desde temprana época.

En el caso de la contraprestación al trabajo en relación de dependencia y su protección, atento haber sido constituido una de las primeras conquistas conseguidas por los trabajadores a raíz del movimiento generado desde fines de siglo XIX. Así, entre las primeras normas de carácter laboral en la República Argentina, especialmente las relacionadas con la remuneración de trabajadores, datan de ese tiempo, insertas en el Código Civil a través de la regulación de la locación de servicios, y en el Código de Comercio respecto de la relación entre comerciantes y sus empleados. A partir de allí, varias fueron las normas que se refirieron a los créditos del trabajador y su protección.

Entre ellas, deben señalarse la Ley N° 9.511, de 1914, que dispuso la imposibilidad de embargar salarios; la Ley N° 11.337, de 1926, según la cual se permitió el pago de la remuneración mediante cheque; la Ley de Jornada de Trabajo N° 11.544, en la cual se establecieron los recargos a abonar por horas extras; la Ley N° 11.729, del año 1933, sobre regulación del despido; el Decreto-Ley N° 33.302 del año 1945, ratificado por el Congreso de la Nación a través de la Ley N° 12.921, mediante el cual se implementó un régimen de remuneraciones, instituyéndose el salario mínimo vital, los salarios básicos, y el sueldo anual complementario o aguinaldo; la Ley N° 16.577, que en el año 1964 determinó el carácter no cancelatorio del pago insuficiente de la remuneración; cuatro años después, en 1968, se sancionó la Ley N° 17.620, mediante la cual se dispuso hacer efectivo el sueldo anual complementario en dos

pagos; otros aspectos de la remuneración fueron consignados en la Ley N° 18.596, de 1970, reformada luego por la Ley N° 20.490; hasta que en el año 1974 se sancionó la Ley N° 20.744, mediante la cual se aprobó el régimen del contrato de trabajo, que rige hasta la actualidad con sucesivas reformas.

En cuanto a los privilegios en general, datan estos de la propia sanción del Código de Comercio, que anterior en su redacción y vigencia al Código Civil de la Nación, primero fue norma de la Provincia de Buenos Aires para luego transformarse en ley nacional, merced a la Ley N° 15, sancionada el 10 de septiembre de 1862 y promulgada el 12 de dicho mes y año. En tal cuerpo normativo, los privilegios fueron plasmados en los artículos 1685 a 1716, a través de los títulos X (De las diferentes clases de créditos y de su graduación) y XI (De las preferencias y distribuciones) del Libro Cuarto, titulado “De la insolvencia de los comerciantes.”⁵⁶ Tales artículos fueron reemplazados por la Ley N° 11.719⁵⁷ -publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 30 de septiembre de 1933-, la cual lo fue a su vez por la Ley N° 19.551⁵⁸ -sancionada y promulgada el 4 de abril de 1972, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 8 de mayo de 1972-, a la sustituyó finalmente la Ley N° 24.522⁵⁹ -sancionada el 20 de julio de 1995, promulgada el 7 de agosto de tal año, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 9 de agosto de 1995, actualmente vigente.

Por su parte, en el Código Civil de la Nación, sancionado a través de la Ley N° 340, del 25 de septiembre de 1869, y que comenzó a regir a partir del 1° de enero de 1871, el tema de los privilegios fue regulado desde el artículo 3875 hasta el artículo 3938, a lo largo de cuatro capítulos incluidos en el Título 1, titulado “*De la preferencia de los créditos*”, dentro de la Sección Segunda, *Concurrencia de los derechos reales y*

⁵⁶ ADLA, 1852-1880, 1-1073, págs. 347 y ss.

⁵⁷ ADLA, 1920-1940, págs. 325 y ss.

⁵⁸ ADLA, XXXII-B, 1972, págs. 1847 y ss.

⁵⁹ ADLA, LV-D, 1995, págs. 4381 y ss.

personales contra los bienes del deudor común, del Libro Cuarto, De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes”.

Pero también fueron incluidas normas sobre privilegios, en su aspecto específicamente laboral, dentro del propio texto originario de la LCT, más precisamente en el cúmulo de artículos comprendidos en el Título XIV, en el cual se establecieron normas que reemplazaron la regulación propia de los privilegios del punto contenida en la Ley de Concursos y Quiebras N° 19.551, sancionada y promulgada el 4 de abril de 1972, y publicada en el Boletín Oficial nacional el 8 de mayo de 1972. Dicha norma fue reformada a través de la Ley N° 22.917 -sancionada y promulgada el 15 de septiembre de 1983, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 27 de septiembre de 1983-, la cual procuró ajustar los aspectos vinculados al régimen de privilegio del crédito laboral a la LCT, y que hubo de regir las relaciones laborales en el concurso y la quiebra del empleador hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 24.522, sancionada el 20 de julio de 1995, promulgada parcialmente el 7 de agosto de 1995, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 9 de agosto de 1995, reformando íntegramente la LCQ N° 19.551, aunque con anterioridad a dicha reforma, la Ley N° 24.285 había ratificado el Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyas disposiciones, luego de la reforma constitucional de 1994, pasaron a tener jerarquía superior a la ley, según la disposición expresa del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, la nueva Ley N° 24.522 de Concursos y Quiebras (LCQ)⁶⁰ introdujo significativas reformas al tratamiento de los créditos laborales en el concurso y la quiebra del empleador, según las disposiciones del Título XIV de la LCT, derogando los artículos 264, 265 y 266 de la LCT, y modificando el alcance de varios otros. En tal

⁶⁰ ADLA LV-D, 1995, 4381.

sentido, la Ley N° 24.522 estableció disposiciones sobre el pronto pago de los créditos laborales, redujo la protección dada por la normativa vigente al momento de su entrada en vigencia, mediante, por ejemplo: la eliminación del inciso 8° del artículo 11 LCQ, según el cual se exigía al deudor hallarse al día en el cumplimiento de sus obligaciones laborales para solicitar el concurso preventivo; la atracción al proceso falencial de los juicios laborales en trámite, aún durante la etapa de conocimiento, situación que hubo de ser corregida luego a través de la Ley N° 26.086; la posibilidad de renunciar a los privilegios laborales, aún cuando se sujetara tal renuncia a un procedimiento formalmente riguroso, establecido en el artículo 43 de la LCQ; la suspensión de los convenios colectivos de trabajo producto de la apertura del concurso preventivo del empleador, según lo establecido en el artículo 20 de la LCQ; la extinción de los contratos de trabajo por adquisición, por parte de un tercero, de la empresa fallida o de la unidad productiva en la cual el dependiente se desempeñaba, conforme lo dispuesto por el artículo 198 de la LCQ; la inaplicabilidad de los convenios colectivos de trabajo en caso de adquisición, por parte de un tercero, de la empresa o de una unidad productiva; el no considerar como sucesor del fallido al tercer adquirente de la empresa insolvente, según lo expresado por el artículo 199 de la LCQ, eliminando la solidaridad tradicional en el caso de novación subjetiva del contrato de trabajo por sucesión del empleador; y finalmente, el poner en cabeza del juez del proceso falencial la determinación acerca de la imputabilidad al empleador de la extinción del contrato de trabajo por quiebra, según la disposición del artículo 294 de la LCQ, modificadorio del artículo 251 de la LCT.⁶¹

Por otra parte, la Ley N° 25.589, sancionada y promulgada el 15 de mayo de 2002, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 16 de mayo de 2002, a través de

⁶¹ Conf. Lorente, Javier A. *Del reino de la escasez al reino del revés. A propósito de la situación de los trabajadores ante la quiebra de su empleador*. En *Derecho Laboral*, coord. por César Arese. Ed. Nova Tesis. Rosario, 2005, pág. 350.

su artículo 21 dispuso la incorporación de un segundo párrafo al artículo 190 de la LCQ, a través del cual se habilita a los trabajadores a participar en la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, llevándola a cabo en forma de una cooperativa de trabajo.

Finalmente, la Ley N° 26.086, sancionada el 22 de marzo de 2006, promulgada el 10 de abril de 2006, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 11 de abril de 2006, si bien no reformuló el régimen del privilegio laboral, hubo de modificar significativamente dos institutos que originariamente se hallaban tratados por el Título XIV de la LCT, a saber, el régimen del fuero de atracción y el pronto pago laboral, regulados respectivamente por los artículos 265 y 266 de la LCT hasta su derogación por la Ley N° 24.522, aún cuando el caso del pronto pago fue regulado específicamente por dicha norma.

Como se ha visto, la protección del trabajador dependiente encarnó en la legislación argentina desde temprana época, siempre en procura de lograr la tutela del empleado en relación de dependencia, a fin de evitar abusos por parte del empleador, quien resulta, sin duda alguna, la parte económicamente más fuerte en la relación laboral, y lo hizo, entre otras cosas, sobre los créditos del dependiente y, para los casos de crisis económica de una empresa, a través del instituto de los privilegios.

2.3.2.- Consideraciones generales sobre el régimen jurídico de los privilegios.

El desarrollo de las relaciones económicas y de negocios implica la existencia de deudas y acreencias, las cuales, generalmente, son satisfechas con normalidad en dicho desenvolvimiento. No obstante ello, como el patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores, en caso de no cumplir aquél con sus obligaciones de carácter patrimonial, pueden estos ejercer en forma individual el derecho a obtener la ejecución

forzada de su crédito, produciéndose la afectación de un bien del patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación que en cada caso corresponda, lo cual se torna efectivo una vez vendido en forma forzosa ese bien, y transformado así en el dinero necesario para satisfacer al acreedor, debiendo notarse que dichos casos de ejecución individual, en principio, no afectan el interés público.

Ahora bien, existen casos en que los acreedores resultan varios, pero el patrimonio del deudor aparece como insuficiente para afrontar la totalidad de sus obligaciones. En tal situación, es posible que sólo logren obtener satisfacción de sus créditos los acreedores que intenten la ejecución anteponiéndose en el tiempo, lo cual resultaría injusto para otros acreedores, quienes quedarían sin ningún tipo de satisfacción para sus acreencias, situación injusta, se reitera, especialmente para los acreedores de buena fe, que el ordenamiento jurídico procura evitar, regulando el concurso y la quiebra, ambos procesos de orden público denominados *de ejecución colectiva*, para distinguir su régimen específico del que corresponde a la ejecución individual, que carece del interés público o general propio del concurso y la quiebra.

Es por ello que, en un fallo paradigmático, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Martín, expresó: *La ley de quiebras es de orden público, los intereses que protege son también generales pues tiene en miras no sólo el comercio en general sino también la protección adecuada del crédito en tanto base de expansión económica.*⁶²

Este interés, propio de los procesos de ejecución colectiva, está dado en lograr que las pérdidas propias de la insuficiencia del patrimonio del deudor para satisfacer todas sus deudas sean soportadas de un modo proporcional por los titulares de los créditos, y por ello en dichos procesos de ejecución colectiva se parte del principio de igualdad de situación de los acreedores, también conocido como *par conditio*

⁶² Conf. CAp.CC San Martín, Sala I, “*Metalma S.R.L. s/ quiebra c/ ENTEL*”, ED 141, 608.

creditorum, por el cual se tutela el derecho de estos a la distribución proporcional y ordenada del patrimonio del deudor. Para lograr dicho objetivo, el ordenamiento jurídico consagra el carácter universal de los procesos concursales –concurso preventivo y quiebra-, y esa universalidad se obtiene a través del llamado *fuero de atracción*, obligando a todos los acreedores, en principio, a presentarse en el proceso y revalidar los títulos justificativos de sus créditos en un proceso de *verificación*, en el cual se analiza la legitimidad del título de cada acreedor, y que se sustenta en tres componentes fundamentales del crédito, cuales son su *monto, causa y privilegio*.

Con relación a la causa, merece destacarse un detalle temporal. En el proceso que se conoce como concurso preventivo, la causa del crédito debe ser de fecha anterior a la presentación en concurso del deudor. Este límite temporal es el que va a delimitar la competencia del juez del concurso, ya que solo podrá resolver sobre créditos exigibles hasta la presentación en concurso del deudor. De esta manera, los acreedores titulares de estos créditos son los únicos afectados por el concurso, y se denominan *pre-concursales*, para diferenciarlos de los otros acreedores, titulares de créditos de fecha posterior a la presentación en concurso, que no se ven afectados por su trámite y por el fuero de atracción, y están habilitados para promover las acciones individuales tendientes al reconocimiento o ejecución de sus créditos, acreedores que, por ello, se conocen como *post-concursales*.

En la quiebra, el límite temporal está dado por la fecha de la sentencia que la declara. Ella tiene como efecto inmediato el desapoderamiento de los bienes del deudor y su pérdida de legitimidad para continuar administrando su patrimonio. Los acreedores con título anterior a la declaración de quiebra quedan también, en principio, comprendidos en el *fuero de atracción*, sin que exista posibilidad jurídica alguna respecto de acreedores con título posterior a la declaración de quiebra, toda vez que, en

cualquier caso, serían acreedores de un patrimonio afectado a una ejecución colectiva, ficticiamente diferenciado del deudor originario y que pasa a ser denominado como la “*masa de acreedores*”. En tal sentido, el patrimonio del fallido desapoderado, es decir la *masa*, pasa a ser administrada por un funcionario de la quiebra, que es el síndico, y sus actos quedan sujetos al control judicial. Los acreedores de la *masa*, todos ellos posteriores a la sentencia de quiebra, deben ser pagados con preferencia de cualquier otro acreedor, salvo que éstos tengan privilegio especial.

Ahora bien, la regla *par conditio creditorum*, es decir, de la paridad de los acreedores frente al patrimonio del deudor como masa común, y que está destinada a ordenar la distribución del pasivo en una relación de paridad, no es absoluta, pues si lo fuera, también podría implicar situaciones injustas. Ello, pues es injusto tratar de manera distinta a los iguales, pero también lo es tratar de forma igual a quienes son desiguales –es por ello que la discriminación puede ser positiva o negativa-, y por ello el legislador ha contemplado la posible existencia de desigualdades creando los denominados *privilegios*, que resultan una limitación a la regla de paridad, constituyendo prioridades⁶³ o ventajas⁶⁴ otorgadas por la ley a algunos créditos sobre otros.

Conforme lo hasta aquí expuesto en el presente acápite, importa, en esta instancia, intentar exponer la definición de *privilegio*.

A despecho de lo manifestado por Ripert y Boulanger en cuanto a que la noción de privilegio se resiste a una definición precisa porque es muy compleja⁶⁵ -y que se

⁶³ Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades concursales por la ley 24.522*. DyE, 1995, N° 4, pág. 300.

⁶⁴ Maza, Alberto José y Lorente, Javier Armando. *Créditos laborales en los concursos*. Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 178.

⁶⁵ Ripert, Georges, y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*. La Ley. Buenos Aires, 1965, Tomo VII, Derechos Reales (2ª parte), N° 65, pág. 68.

comprende tanto por la inadecuada definición citada por dichos autores⁶⁶ y por Planiol⁶⁷ así como por la dada en el artículo 2095 del Código Civil francés-, y reconociendo que el término *privilegio* es análogo (más que multívoco, en el decir de Foglia⁶⁸), podría intentarse tal definición diciendo que el privilegio es el derecho dado a un acreedor, exclusivamente por la ley, sin que medie convención a tal efecto, para ser pagado con preferencia a otro acreedor⁶⁹. Es esta una definición que conviene con la legal argentina, expresada en el artículo 3875 del Código Civil⁷⁰. Es decir que, frente a la existencia de dos o más acreedores respecto de un mismo deudor, el derecho positivo reconoce una preferencia de cobro a uno o varios de entre todos esos acreedores para que perciban el monto de su acreencia antes que otros, aún cuando revistan, en ambos casos, calidad de acreedores, debiendo asimismo notarse la regla de *legalidad* del privilegio, es decir, que éste sólo puede ser creado por ley, y que en el derecho positivo argentino está plasmada en el artículo 3876 del propio Código Civil, según el cual “*El privilegio no puede resultar, sino de una disposición de la ley*”, agregando luego el carácter de orden público, al señalar que “*El deudor no puede crear privilegio a favor de ninguno de los acreedores*”.

La doctrina encuentra su fundamento en varios elementos, como es el caso de la equidad, en virtud de la cual el legislador otorga preferencia a un acreedor con relación a otro que naturalmente debe encontrarse en un plano de igualdad respecto de la posibilidad de obtener la satisfacción de su acreencia, o bien en la necesidad de proteger

⁶⁶ Dicen en la página 67 de la obra citada: “*El Código Civil define el privilegio como “el derecho conferido a un acreedor por el carácter del crédito de ser preferido a los demás acreedores, aunque fuesen hipotecarios” (art. 2095)*”.

⁶⁷ En el número 2546, consignado en la página 784 de su obra *Traité Élémentaire de Droit Civil* (Tome Deuxième. Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence. París, 1912) dice Marcel Planiol: “*La loi a défini le privilège <<un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d’être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires>> (art. 2095).*”

⁶⁸ Foglia, Ricardo A., en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada* (dirigida por Jorge Rodríguez Manzini y coordinada por Ana Alejandra Barilaro), La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo IV, pág. 840

⁶⁹ Garrone, José Alberto. *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1987.

⁷⁰ Dice el artículo 3875 del Código Civil: *El derecho dado por la ley a un acreedor pagado con preferencia a otro, se llama en este Código privilegio.*

a un acreedor que no ha podido precaverse frente al deudor insolvente; pero también en motivos de bien público y hasta en la casuística.

En tal sentido, es interesante señalar, siguiendo la obra de Molinario⁷¹, que el privilegio -término que, conforme se ha señalado, proviene de la palabra latina *privilegium*, derivada a su vez de *privata* y *lex*, y a la que Foglia atribuye como significación “una ley instituida en beneficio privado que establecía, para el beneficiario de la misma, un sistema más favorable que el común”⁷²-, se haya relacionado con la situación de los acreedores frente al patrimonio del deudor, existiendo dos grandes categorías de acreedores, a saber, los que carecen de acción para reclamar aquello que se les debe y quienes tienen, por ley, una acción para obtener satisfacción de su crédito por vía judicial, en caso de incumplimiento del deudor, enumerando entre estos últimos cinco categorías distintas, a saber, los acreedores quirografarios o comunes, los que poseen derecho de retención, quienes tienen derecho real de anticresis, quienes gozan de un derecho real de garantía que no sea la anticresis, y los acreedores privilegiados. A su vez, el autor menciona, con notable precisión, que los acreedores quirografarios son aquellos que tienen como garantía el patrimonio del deudor en su totalidad, concebido como prenda común, distinguiéndose quienes tienen derecho de retención, es decir, aquellos a quienes la ley ha concedido la facultad de retener una cosa de propiedad del deudor hasta que sea satisfecho su crédito, diferenciándose también los acreedores protegidos por un derecho real de anticresis, hipoteca, prenda o prenda con registro, quienes deben haber pactado con el deudor tal seguridad, señalando finalmente que los privilegiados son aquellos que, por decisión legal, son beneficiados por la naturaleza intrínseca de las relaciones de crédito existentes a su favor, y por ello tienen el beneficio de ser pagados sobre determinados bienes, o sobre alguna cosa, según los casos, con

⁷¹ Molinario, Alberto D. *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Valerio Abeledo, Editor. Buenos Aires, 1941, N° 35, págs. 1 y ss.

⁷² Foglia, Ricardo A., Op. cit., pág. 840.

prelación al resto de los acreedores del deudor, independientemente de las características de los créditos de los otros acreedores.

Y en tal sentido, Molinario define al privilegio expresando: *Se entiende por privilegio el derecho dado a un acreedor, exclusivamente por la ley, sin que medie convención a tal efecto, para ser pagado con preferencia a otro acreedor.*⁷³

Por otra parte, y según se citó con anterioridad de manera limitada, siguiendo a Kemelmajer de Carlucci, puede decirse que, a veces, la ley otorga a algunos créditos ventajas sobre los demás, las cuales pueden ser excluyentes, caso en el cual el crédito aventajado elimina al crédito en desventaja, o no excluyentes, supuesto en el que sólo se verifica una superioridad de un derecho crediticio sobre otro, sin descartar la posibilidad de satisfacción del crédito en desventaja, categoría ésta en la que se ubican los privilegios, residiendo la ventaja, en tal caso, o bien en la cantidad, esto es, para el caso en que los bienes a liquidar no alcancen para satisfacer todos los créditos, los créditos privilegiados cobran más que los comunes, o bien en el elemento temporal, por el cual el acreedor privilegiado cobra antes que el común.⁷⁴

La naturaleza jurídica de los privilegios se encuentra discutida. En efecto, parece claro que el tema debe, ante todo, relacionarse con el de los derechos reales, sin embargo, la doctrina difiere en sus opiniones. En tal sentido, y con su típica claridad, bien señala el problema el maestro Allende al expresar: *“La naturaleza jurídica de los privilegios aparece también discutida tanto en la doctrina nacional como en la foránea”*, aclarando en tal sentido que para algunos autores los privilegios integrarían

⁷³ Molinario, Alberto D., Op. cit., N° 7, pág. 19.

⁷⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, en *Tratado de derecho del trabajo* (dirigido por Antonio Vázquez Vialard), Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo 5, Capítulo XX, pág. 611 y 612.

los derechos reales, mientras que para otros no pasaría de un derecho accesorio de un derecho personal.⁷⁵

En efecto, por un lado, algunos autores sustentan una postura según la cual los privilegios deben asimilarse a los derechos reales, en virtud de las comunes características de verse originados por la ley y ejercerse sobre las cosas a que se refieren. Entre quienes adhieren a esta interpretación sobresalen Salvat y Segovia. Así, dice Raymundo Salvat, citando a Segovia, que “... *nosotros pensamos que los privilegios constituyen verdaderos derechos reales*”, y para ello se funda en varias razones, a saber, que los privilegios se ejercen sobre los bienes mismos afectados al pago de los respectivos créditos, existiendo, por tanto, una afectación directa de la cosa al crédito, funcionando, por consiguiente, en el orden de las relaciones económicas, como instituciones de garantía real; que el Código expresamente acuerda al locador un derecho de persecución, que aunque sea restringido demuestra que no es incompatible con la naturaleza de los privilegios; que ello se ve claramente de lo expuesto en algunas notas de Vélez Sarsfield a ciertos artículos del Código Civil, como por ejemplo al artículo 3928, relativa al privilegio de los copartícipes sobre los bienes comprendidos en una partición, expresamente se habla de “derecho real”, así como la nota al artículo 3878, según la cual el privilegio no grava los muebles con tanta energía como los inmuebles, etc.; que la falta de enumeración de los privilegios entre los derechos reales no es un argumento decisivo para negarles dicho carácter, porque la enumeración legal no es de carácter exclusivo y porque existen derechos reales no enumerados; y que si bien la falta de una reglamentación de la publicidad de los privilegios es exacta y puede

⁷⁵ Allende, Guillermo L. *Panorama de Derechos Reales*. La Ley. Buenos Aires, 1967, pág. 312.

dar lugar a dificultades, el mismo defecto existía para todos los derechos reales, a excepción de la hipoteca.⁷⁶

Dicha interpretación tiene incluso su correlato en la doctrina francesa, en la obra de Planiol y Ripert, quienes adhieren a la opinión de que los privilegios son derechos reales⁷⁷.

Frente a quienes asimilan los privilegios a los derechos reales, buena parte de la doctrina los considera derechos personales, como es el caso de Molinario, Cordeiro Álvarez, Lafaille, Llerena, Machado y hasta el propio Argañarás, realizando adiciones a la obra de Salvat. Así, dice Molinario:

“Precisados de esta manera los conceptos de derechos reales y creditorios, veamos ahora en qué categoría encajan los privilegios.”

“De acuerdo con la definición que hemos dado, entendemos por privilegio el derecho dado exclusivamente por la ley a un acreedor con independencia de toda convención sobre el particular, para ser pagado con preferencia a los demás acreedores del deudor.”

“El privilegio resulta ser así un derecho accesorio de un derecho personal y que se va a ejercer sobre el precio que se obtenga con la venta de uno o varios objetos.”

“¿Hay por lo tanto una relación directa e inmediata entre el acreedor munido de privilegio y una o varias cosas de pertenencia del deudor?”

“Creemos que no.”

“El propietario de una cosa respecto de la cual un acreedor suyo tiene un privilegio continúa siendo tan propietario antes como después de haberse originado el

⁷⁶ Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1946, Tomo 3, Derechos Reales, Nº 2852, págs. 411 y 412.

⁷⁷ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Tome XII. Suretés Reyes. Libraire Genèralè de Droit et Jurisprudence. París, 1927, págs 228 y ss.

crédito en cuestión. Posee todas las atribuciones del propietario, sin sufrir por eso menoscabo alguno.”

“Lo único que tiene es una deuda que debe pagar, y para cuya satisfacción, en el supuesto de que el deudor no le dé, el acreedor podrá, por las vías pertinentes, ejecutar algunos de los bienes integrantes de su patrimonio y, en el caso de ejecutar aquél sobre el cual tiene reconocido su privilegio, este acreedor deberá ser pagado con preferencia a los demás.”

*“Eso es todo.”*⁷⁸

Por su parte, Cordeiro Álvarez, si bien halla coincidencias entre los derechos reales y los privilegios, niega que ambos tengan la misma naturaleza⁷⁹, posición sustentada asimismo por Lafaille, quien señala que la prelación en cuestión es una ventaja consubstancial al derecho del acreedor, inseparable de él, a la vez que dependiente del título principal, sin que quepa atribuirle una calidad diversa del primero, ni a su vez éste cambie por ello sus caracteres.⁸⁰ En la misma línea, y pareciera que hasta con cierta oscuridad, menciona Llerena el privilegio como “*de causa*” –que distingue del privilegio “*de persona*”- señalando que “*es el que se da en razón de la clase de préstamos*”⁸¹, y Machado sostiene, luego de rechazar la teoría de que los privilegios confieren derechos reales, que ellos “*quedan reducidos a una justa preferencia que la ley concede al acreedor, por la clase de la acreencia*”, citando como ejemplo el caso de los gastos de conservación.⁸²

⁷⁸ Molinario, Alberto D., op. cit., N° 35, págs. 66 y 67.

⁷⁹ Cordeiro Álvarez, Ernesto. *Tratado de los Privilegios*. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1941, N° 2, págs. 16 y 17.

⁸⁰ Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones*. Vol. I. Ediar. Buenos Aires, 1947, N° 634, pág. 573.

⁸¹ Llerena, Baldomero. *Derecho Civil. Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*. Tomo séptimo. Carlos Casavalle, Editor. Buenos Aires, 1891, pág. 261.

⁸² Machado, José Olegario. *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*. Félix Lajouane, Editor. Buenos Aires, 1902, Tomo X, pág. 472.

Tal vez, el caso más curioso sea el de Argañarás, quien en su trabajo de actualización de la obra de Salvat lo contradice abiertamente agregando la nota 27 a) en el número 2849, a través de la cual expone las razones por las cuales debe negarse a los privilegios el carácter de derechos reales, con expreso fundamento en las obras de Molinario, Cortés y Cordeiro Álvarez.⁸³

Ante las dos posturas mencionadas, existen autores que no se inclinan por ninguna de ambas. Tal es el caso de Ponssa, Borda y Llambías, según los cuales los privilegios no son derechos reales ni personales sino simplemente calidades o modos de ser de ciertos créditos que les atribuyen prelación de cobro sobre algún bien particular del deudor o todos en general, lo cual demuestra que la discusión sobre el punto no ha cejado.

Así, citando a Messineo y Bonnacasse, expresa Ponssa:

“El privilegio es, pues, preferencia en el pago, como cualidad de un crédito.”

“La afirmación de este carácter implica tomar posición en el debate acerca de la naturaleza jurídica del privilegio, pero nos bastará con decir que el privilegio puro no es un derecho subjetivo contra el deudor.”

“Todo el derecho es atribución de actividades humanas en forma bilateral, esto es, mediante el otorgamiento de facultades y la imposición de deberes correlativos; mirada la norma objetiva desde el punto de vista de la conducta facultada a un sujeto (hacer o no hacer) tenemos un derecho subjetivo. El privilegio no agrega nada a la facultad del acreedor; sólo la califica fijándole un grado frente a las facultades de cobrarse sus créditos que tienen los otros acreedores. No se dirige contra el deudor, sino contra los otros acreedores, que concurren a cobrar sus créditos sobre el

⁸³ Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Tomo IV. Derechos Reales. Cuarta edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás. Tipográfica Editoria Argentina S.A. Buenos Aires, 1960, N° 2849, págs. 551 y 552.

*patrimonio de un mismo deudor. Por eso se puede decir con propiedad que el privilegio no es un derecho autónomo, sino la cualidad o propiedad del crédito.”*⁸⁴

En cuanto a Borda, siguiendo a Bonnecase, Messineo y Ponsa, señala:

*“Por nuestra parte, pensamos, siguiendo a Bonnecase que los privilegios no constituyen un derecho subjetivo contra el deudor, que, como tal, pueda ser calificado como real o personal; son, en verdad, una cualidad de ciertos derechos, en virtud de la cual éstas ostentan un rango de preferencia. Prueba de ello es que el privilegio no añade nada al crédito en las relaciones entre acreedor y deudor; no se dirige contra el deudor, ni recarga sus obligaciones; se dirige contra los otros acreedores que concurren con sus créditos sobre el patrimonio del mismo deudor.”*⁸⁵

Y citando a idénticos autores, como también a Borda, expresa Llambías:

*“Modernamente, se ha sentado una tercera opinión, que nosotros compartimos. Los privilegios no son derechos reales ni personales, simplemente, porque no constituyen derechos subjetivos contra el deudor, que puedan ser pasibles de esa caracterización. Son calidades de ciertos créditos, modos de ser de ellos, que les atribuyen determinada prelación de cobro sobre los bienes del deudor, en general, o sobre algún bien particular.”*⁸⁶

Incluso entre los representantes de la doctrina laboral hallamos a quienes adhieren a esta postura. Baste citar, a modo de ejemplo, el caso de Etala⁸⁷, quien citando a Vázquez Vialard, siguiendo a su vez a Kemelmajer de Carlucci, expresa que los privilegios no son derechos reales ni personales, sino una cualidad de ciertos créditos que no se opone al deudor, sino a los demás acreedores, y por la cual se puede desplazar

⁸⁴ Ponsa, Roberto. *Doctrina General de los Privilegios*. Depalma. Buenos Aires, 1951, págs. 24 y 25.

⁸⁵ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1965, Tomo I, N° 259, pág. 209.

⁸⁶ Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1967, Tomo I, N° 487, pág. 593.

⁸⁷ Etala, Carlos Alberto. *Contrato de trabajo. Ley 20.744 texto ordenado según decreto 390/76. Comentado, anotado y concordado con la legislación modificatoria y complementaria*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires, 1998, pág. 589.

en forma no excluyente a otros, cobrando cuantitativa y proporcionalmente más, definiendo al privilegio como el derecho que opone el acreedor al resto de los acreedores para cobrar con prelación cuando el activo es insuficiente, la cualidad de una acreencia, de causa-fuente necesariamente legal, dada a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro.

Con todo, es evidente que el privilegio implica una preferencia otorgada por la ley a uno o varios acreedores respecto de otro u otros, para cobrar sus créditos del patrimonio del deudor, que es la prenda común de los acreedores. En tal sentido, los privilegios son excepcionales, pues la regla general naturalmente implica la igualdad de los acreedores para cobrar sus créditos de la totalidad del patrimonio del deudor, y por ello, asimismo, sólo pueden ser creados por la ley y resultan de aplicación restrictiva. Por otra parte, los privilegios son accesorios a los créditos, carácter que comparten con las garantías en general, y así resultan indivisibles, es decir que cada uno recae sobre la totalidad y cada una de las partes correspondientes al objeto afectado al privilegio.

Los privilegios pueden ser generales o especiales. Son generales aquellos que recaen sobre un conjunto o masa de bienes –ya sea sobre todos los bienes o sólo sobre los muebles- y, lógicamente, son especiales los que lo hacen sobre determinados bienes. La diferencia, por tanto, permite anotar dos consecuencias de notable importancia. Como primera consecuencia debe señalarse que los privilegios generales, con contadas excepciones, sólo pueden hacerse valer en juicios universales de concurso o quiebra del deudor, mientras que los especiales pueden hacerse valer frente a cualquier embargo del bien asiento del privilegio, y aunque no exista falencia del deudor, y por ello un acreedor con privilegio especial no necesita aguardar los resultados del proceso de bancarrota sino que puede ejecutar su crédito con total independencia. La segunda consecuencia se refiere a los intereses, debiendo notarse que los créditos con privilegio

general no continúan devengando intereses desde el momento de la apertura del proceso de falencia, lo cual sí sucede con aquellos dotados de privilegio especial.

Pero la cuestión más importante acerca de los privilegios, y que definirá su importancia, para el presente trabajo, como elemento de protección de trabajador, está dada por el orden, es decir, por la determinación de cuáles son los privilegios que prevalecen sobre otros, tema por demás arduo en la opinión de la mayoría de los autores⁸⁸, no sólo por sus especiales características, sino incluso por la técnica legislativa empleada en nuestro país. No obstante ello, debe primero hacerse una breve referencia –por no ser el objeto principal de este estudio- a los elementos generales que, en el derecho argentino, conforman el instituto de los privilegios.

2.3.3.- El privilegio laboral como elemento de protección del dependiente.

Según lo hasta aquí expuesto, parece evidente que el instituto jurídico de los privilegios, considerado respecto del trabajador, puede y debe constituir un elemento de primera línea para su protección. En efecto, según el orden de los privilegios, el cual, ya se ha dicho, resulta de fundamental importancia a los fines de determinar la prioridad en el cobro frente a empleadores con múltiples deudas, y considerando el carácter alimentario de los créditos laborales en cuanto influyen sobre el propio medio de vida del trabajador y, en muchos casos, de las personas que tiene a su cargo, es evidente que ante un deudor cualquiera, se encuentre o no en estado de insolvencia o cesación de pagos, el dependiente que le prestó su fuerza de trabajo para que lucrara con su actividad debe ver satisfechas sus acreencias antes que otros acreedores, ya sea que los bienes a distribuir resulten suficientes para saldar todas las deudas, o sólo algunas.

⁸⁸ Conf. Llambías, op. cit., pág. 606; Borda, op. cit., pág.214; Machado, op. cit., nota al art. 3878, pág. 477; Llerena, op. cit., pág. 264; Lafaille, op. cit., págs. 575 y ss.; Cordeiro Álvarez, op. cit., pág. 26; Molinario, op. cit., págs. 157 y ss.; Garrone, op. cit., pág. 158.

Más aún, siguiendo a Kemelmajer de Carlucci⁸⁹, puede decirse que la insuficiencia de los bienes del empleador a los fines de cubrir la totalidad de los créditos de sus dependientes afecta a la comunidad toda, interesada en alcanzar la paz social, que evidentemente pelagra cuando el trabajador no tiene acceso a su remuneración, debiendo recordarse, además, que el trabajador está obligado a confiar en el dador de trabajo, no pudiendo pedir una garantía suplementaria, y que su única fuente de subsistencia está dada por su fuerza de trabajo, y por ello el crédito del empleado tiene naturaleza alimentaria, de lo cual deriva la necesidad de su protección.

El privilegio es, por tanto, un instrumento jurídico de vital importancia a los fines de la protección del trabajador, pues éste vive –y muchas veces permite vivir a otros- con el producido de su fuerza de trabajo, cual es la remuneración que percibe como contraprestación a sus tareas en relación de dependencia para otro, y es por ello que no puede permitirse la demora o postergación del cobro de sumas de dinero imprescindibles para su sustento, ya sea que se encuentre vigente la relación laboral, bajo la modalidad del salario, o bien que se haya extinguido el contrato de trabajo, caso en el cual tiene derecho a percibir las indemnizaciones que le permitan procurarse los medios de vida hasta tanto encuentre una nueva actividad que le reporte ingresos económicos.

En tal sentido, bien dice Grispo: *“La relación protectoria, basamento típico del derecho laboral, tiene su origen –entre otros- en la situación dominante del empleador frente al dependiente. La cual, de cara a la insolvencia, se ve potenciada, pues el empleador es apartado de la administración de sus negocios –desapoderamiento e intervención del síndico-, dependiendo ahora el trabajador, de la situación en que lo coloque frente a la quiebra de su contratante, la legislación concursal.”*⁹⁰

⁸⁹ Op. cit., pág. 616.

⁹⁰ Grispo, Jorge Daniel. *Los privilegios de los acreedores laborales en la quiebra*. ED 195-872.

Y en igual sentido, comenta Maza: *“Entre los diversos medios a los que acude el legislador para la protección del crédito laboral, dada su naturaleza alimentaria y el contenido social que tiene el debido cumplimiento de ese débito contractual, se encuentra el de la institución de privilegios que permiten oponer a otros acreedores un derecho para cobrar con prelación (art. 3875, Cód. Civil), aún en supuesto en que el activo pueda resultar insuficiente. Esa cualidad del crédito debe tener una fuente necesariamente legal (art. 3876, Cód. Civil), lo que se robustece en materia concursal, donde se dispone que sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en el capítulo respectivo.”*⁹¹

Y agrega este autor, en cuanto al reconocimiento del carácter privilegiado especial de los créditos laborales, que la LCQ prioriza *“... el carácter alimentario de este tipo de acreencias que, como se dijo antes, requiere una protección esencial. Es distinto ser acreedor de mano de obra que de insumos, mercaderías u otros rubros. El acreedor laboral tiene un solo deudor, y es conveniente, por la repercusión social implícita, que no se lo exponga igual que a los demás acreedores a los riesgos de la insolvencia del deudor y de la confrontación con otros acreedores, lo que aconsejaría, como se vio más arriba, soluciones más abarcativas y completas.”*⁹²

En tal sentido, señala Fernández Madrid que *“... La concesión de privilegios a los créditos provenientes de la relación laboral constituye una de las formas de efectivizar el principio protectorio del derecho del trabajo y tiende a dar plena eficacia a la defensa del salario u otros derechos de crédito frente a los acreedores del empleador.”*⁹³

⁹¹ Maza, Alberto J. *Privilegios laborales en el proceso falencial*. Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002-2, pág. 285.

⁹² Op. cit., pág. 292.

⁹³ Fernández Madrid, Juan Carlos. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. La Ley, Buenos Aires, 1990, Tomo II, págs. 1324 y 1325.

Por ello, el principio general no puede ser otro que el siguiente: el trabajador debe cobrar sus acreencias laborales antes que cualquier otro acreedor, como no sea frente al caso de otros trabajadores, u otros acreedores cuyos créditos tengan carácter alimentario, con los cuales debe concurrir en un plano de igualdad.

2.4.- La protección del crédito laboral en el derecho comparado.

No parece posible analizar el tema de la protección de los créditos laborales frente a la insolvencia del empleador sin realizar la comparación de su tratamiento en los regímenes jurídicos de otros países, y para ello resulta de máximo interés establecer, en primer lugar, las referencias generales de algunos regímenes particulares de países que mayor influencia ejercen sobre el derecho argentino, bien por la proximidad geográfica, bien por la similitud de costumbres, o por similares idiosincrasias, comenzando naturalmente la reseña por los vecinos, esto es, los países integrantes del MERCOSUR, para luego referir los distintos regímenes en razón de la materia, con la indicación de los países en los cuales se establecen los distintos institutos.

2.4.1.- Referencias generales según los países más significativos.

Más que valiosa es la descripción que realiza Mansueti⁹⁴, para luego de describir sintéticamente el sistema argentino, continuar por el de Brasil. Así, siguiendo a dicho autor, puede decirse que en dicho país ni el concurso ni la quiebra del empleador producen la suspensión de los efectos o la extinción del contrato de trabajo, sino la cesación de actividades de la empresa, el incumplimiento de las obligaciones laborales o la voluntad del síndico, quien puede continuar con la ejecución del mencionado contrato. Y en cuanto al orden de los privilegios de los créditos, la normativa brasileña

⁹⁴ Mansueti, Hugo Roberto. *Derecho del trabajo en el MERCOSUR*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999, pág. 242 y ss.

establece una preferencia según la siguiente prelación: en primer lugar, los créditos por indemnizaciones por accidentes de trabajo; en segundo lugar los créditos por salarios o indemnizaciones laborales cuya legitimidad fuera incuestionable y hasta un importe equivalente a los 150 salarios mínimos⁹⁵, o bien que ella haya sido declarada por un juez del trabajo; luego los acreedores con derechos reales de garantía; a continuación los créditos con privilegio especial; seguidamente los créditos con privilegio general; y finalmente los créditos quirografarios. Todo ello evidencia el trato adecuado, aunque parcial, que se le otorga a los créditos laborales en tanto de naturaleza alimentaria, a los cuales se les otorga el máximo nivel de privilegio y protección ante la insolvencia del empleador.

En Paraguay, a diferencia de lo sucedido en Argentina, en donde aún no ha sido dictado un Código del Trabajo a pesar de estar previsto en el artículo 75.12 de la Constitución Nacional, el Código Laboral prevé un sistema de protección de los créditos del trabajador por remuneraciones por los últimos seis meses o por indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación de dependencia, con preeminencia de éste sobre cualquier otro crédito, imponiendo al síndico su pago, una vez verificados, con los fondos que existan y en un plazo de treinta días siguientes a su reconocimiento formal o bien cuando haya fondos, debiéndose asimismo enajenar los bienes que sea necesario para que los créditos en cuestión sean pagados con preferencia a cualquier otro. Por otra parte, el trabajador no está obligado a ingresar en el proceso falencial para percibir sus acreencias, sino que le basta con reclamar ante la autoridad del trabajo correspondiente para que, en base a la resolución que se dicte, se proceda a satisfacer su derecho de cobro.

En Uruguay, por su parte, ante una situación de insolvencia del empleador, se otorga a los créditos laborales correspondientes a remuneraciones e indemnizaciones de

⁹⁵ Conf. art. 83 de la Ley N° 11.101, del 9 de febrero de 2005.

determinado tiempo anterior según el tipo de proceso de falencia de que se trate, con sentencia pasada a autoridad de cosa juzgada, un privilegio de primer grado, y ello implica una preferencia sobre cualquier otra acreencia, incluyendo los tributarios y los garantizados con hipoteca o prenda.

También se da el instituto en países asiáticos, como por ejemplo Japón, en donde también interviene el Estado en los casos de insolvencia del empleador y a fin de proteger los créditos de los dependientes, abonando el 80% de las remuneraciones regulares y de las indemnizaciones verificadas durante los seis meses anteriores, pudiendo, en teoría, reclamar el reintegro de dichos montos directamente del empleador.⁹⁶

Y si de Europa se trata, el tema se encuentra signado por la Directiva N° 80/987/CEE del 20 de octubre de 1980, a través de la cual la propia Comunidad Económica Europea ha marcado los límites del trato que sus miembros habrán de darle al instituto de los privilegios laborales. En tal sentido, resulta por demás gráfico el abordaje del tema hecho por Peliza⁹⁷, y que vale el esfuerzo transcribir:

“La existencia de un fondo público para garantizar la percepción de salarios adeudados e indemnizaciones insatisfechas por causas derivadas del desequilibrio patrimonial de las Empresas, constituye en la actualidad un mecanismo eficaz en situaciones de crisis y cuya finalidad es evitar los graves perjuicios a los trabajadores que, en otro caso, se verían forzados a seguir largos procedimientos, muchas veces con total ineficacia en sus resultados. El Comité Económico y Social de la Comunidad Económica, ha llevado a cabo durante las últimas tres décadas, una serie de informes y estudios relativos a la protección de los trabajadores en los casos de insolvencia de los empresarios. Asimismo, por la Directiva N° 80/987/CEE del 20 de octubre de 1980

⁹⁶ Conf. Hanami, T., en *Bulletin ...*, pág. 262.

⁹⁷ Peliza, Eleonora. *Europa: protección de los trabajadores en caso de insolvencia patronal*. En <http://www.laboral.org.ar>. Página de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral.

(modificada luego por la N° 87/164/CEE de 1987), se establecieron los principios a los que deberá ajustarse la organización y funcionamiento de la institución de garantía,- Fondo de Garantía- de manera tal que determinados créditos de los trabajadores, sean pagos, ante el estado de insolvencia del empleador. Así ante la opción de dejar a los trabajadores recurrir a la vía ordinaria de procedimientos concursales y ejecutivos para la satisfacción de sus créditos, se optó por garantizar de una forma más rápida y segura la satisfacción de los créditos laborales, mediante la creación de una institución, que, tiene relaciones y semejanzas evidentes con las funciones de la seguridad social. Así, en su artículo 1°, la Directiva N° 80/987/CEE dispone que la misma será aplicable a los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia. En el apartado 1° del artículo 2, se establece que un empresario será considerado insolvente: a) Cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas del Estado miembro interesado, tendiente a reembolsar colectivamente a sus acreedores; b) cuando la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones legales, — haya decidido la apertura del procedimiento, o haya constado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento. Asimismo señala que la Directiva no afectará al derecho nacional en lo que se refiere a la definición de los términos «trabajador asalariado», «empresario», «retribución», «derecho adquirido» y «derecho en curso de adquisición.»

“En cuanto a las disposiciones relativas a las Instituciones de Garantía el artículo 3° dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, el pago de los créditos impagos de los

trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo, correspondientes al período anterior a una determinada fecha. Dicha fecha será, a elección de los Estados miembros: a) la del momento en que se produce la insolvencia del empresario, b) la del preaviso de despido del trabajador asalariado afectado, dado en razón de la insolvencia del empresario, Por su parte el artículo 4 faculta a los Estados miembros a limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía. De ejercer dicha facultad en los supuestos del apartado “a” los estados miembros deberán asegurar el pago de los créditos impagos relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral, dentro de un período de seis meses anteriores a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario, en casos del supuesto previsto en el apartado “b”, se deberá asegurar el pago de los créditos impagos relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral que preceden a la fecha del preaviso de despido del trabajador asalariado, efectuado en razón de la insolvencia del empresario.”

“Asimismo y luego de establecer que los estados miembros fijarán las modalidades de la organización, financiación y funcionamiento de las instituciones de garantía, señala que los empresarios deberán contribuir a la financiación, a menos que ésta esté garantizada íntegramente por los poderes públicos.”

Por su parte, y específicamente en cuanto al trato que los países europeos dan al instituto de los privilegios laborales, puede decirse que en Alemania también existen reglas de protección del crédito laboral frente a la insolvencia del empleador. Si el empleado continúa trabajando luego de comenzado el proceso de quiebra de la empresa en la cual se desempeña, su remuneración le es abonada con prioridad frente a cualquier otro crédito. Si se le adeudan remuneraciones por períodos anteriores al comienzo del

proceso falencial, por los seis meses previos también le son abonadas a través de los ingresos de la quiebra, aunque gozan de un privilegio anterior los costos de administración, realización y distribuciones de bienes de la quiebra. Pero en tales casos el crédito laboral goza de una protección especial por parte del Estado, ya que la Oficina Federal de Empleo, en su carácter de autoridad federal, abona a todos los trabajadores afectados por el proceso de falencia, las remuneraciones por los tres meses anteriores al inicio del proceso en cuestión.⁹⁸

Otro tanto se verifica en el Reino Unido, donde en caso de insolvencia del empleador los créditos por remuneraciones impagas son tratados como privilegiados, extendiéndose la preferencia a los salarios por los cuatro meses anteriores a la fecha de declaración de la insolvencia, limitándose a una suma determinada.⁹⁹

En cuanto a España, la descripción de Montoya Melgar¹⁰⁰ permite realizar una rápida reseña del instituto de los privilegios laborales. Así, puede decirse que la normativa impone un orden de prelación de los créditos cuando estos no puedan ser satisfechos íntegramente por el empresario que se enfrenta a una concurrencia de acreedores, en el supuesto de quiebra o suspensión de pagos del empresario mercantil o concurso de acreedores del civil, deparando una protección particularmente intensa al crédito salarial, al que da un derecho de preferencia, lo cual se extiende a indemnizaciones y prestaciones de la seguridad social. En tal sentido, siguiendo también a Rodríguez Sañudo, es posible describir la sistematización del régimen legal de los privilegios expresando que las remuneraciones por los últimos treinta días de trabajo hasta el doble del monto del salario mínimo interprofesional es preferido con respecto a cualquier otro crédito, cualquiera sea su naturaleza, aunque esté garantizado por el derecho real de hipoteca; y en cuanto al resto de los créditos laborales, gozan de una

⁹⁸ Conf. Kempen, Ernst, en *Bulletin ...*, págs. 186 y 187.

⁹⁹ Conf. Hepple, B., en *Bulletin ...*, págs. 204 y 205.

¹⁰⁰ Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid. 1998, págs. 387 y ss.

preferencia de cobro sobre los productos fabricados por los empleados acreedores, siempre que esos bienes pertenezcan al empleador y se encuentren bajo su posesión; y para el caso de los créditos laborales no alcanzados por las dos reglas anteriores, aún son preferidos a cualquier otro crédito, excepto los garantizados con el derecho real de hipoteca.¹⁰¹

Por otra parte, como bien señala Peliza respecto del Fondo de Garantía Salarial, éste fue introducido en España como organismo autónomo de naturaleza administrativa, en 1976, *por la Ley de Relaciones Laborales, como consecuencia de la situación social generalizada de insolvencia de muchas empresas, que hizo necesario proveer un mecanismo de protección de los intereses de los trabajadores.*¹⁰² Y en tal sentido, la nueva norma, ajustada a la Directiva N° 80/987/CEE, fue concretada a través del Real Decreto 505/1985 sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), cuyo fin consiste en “... *hacer efectivos, los salarios, incluidos los de tramitación-, pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios ...*”, abonándose indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo por voluntad del trabajador o despidos colectivos. Los recursos económicos del FOGASA se integran, principalmente, con aportes de los empresarios públicos o privados que emplean trabajadores por cuenta ajena.

Finalmente, es sumamente particular el caso de Italia, donde los créditos de los trabajadores por remuneraciones gozan de protección frente a la insolvencia del

¹⁰¹ Conf. Rodríguez Sañudo, F., en *Bulletin of Comparative Labour Relations – Bulletin 19-1990, Institute for Labour Relations – Catholic University of Leuven*. Kluwer Law and Taxation Publishers. Deventer, Boston. 1990, pág. 280.

¹⁰² Peliza, Eleonora. Op. cit.

empleador merced a un privilegio especial sobre la totalidad de los bienes muebles del empleador.¹⁰³

Por otra parte, conforme explica Peliza¹⁰⁴, en dicho país la ley 80 del año 1992 “... ponía en marcha la Directiva comunitaria 80/987 sobre la protección de las reclamaciones de los trabajadores en caso de que quien les contrata se declare insolvente. En relación con esta ley existe un Fondo de Garantía del Salario administrado por el Instituto Nacional de Seguridad Social, que se encarga de costear algunas reclamaciones específicas de los trabajadores si se da la circunstancia de que han quedado pendientes de pago a causa de la insolvencia del empleador. Las reclamaciones protegidas de dicho modo son los salarios correspondientes a los últimos tres meses de relación laboral, con un límite temporal de un año antes de declararse insolvente. Según la secc. 2 de la ley 297 de 29 de mayo de 1982, el Fondo de Garantía cubre asimismo las indemnizaciones por despido (*trattamento di fine rapporto*), en caso de que no pueda ser pagado debido a la insolvencia del empleador. España se ha instituido un Fondo de Garantía Salarial y el empleador debe otorgar una fianza a dicho Fondo para el caso de quiebra”.

Sin embargo, debe notarse que este país se ha visto involucrado en un famoso caso contencioso que no puede ser pasado por alto, a saber, Francovich contra el Gobierno de Italia.¹⁰⁵ En él, se ventiló un reclamo realizado contra el gobierno italiano por varias personas en torno a la responsabilidad de un Estado Miembro de la Comunidad Europea por la no adaptación del derecho nacional a una directiva comunitaria.

¹⁰³ Conf. Treu, T., en *Bulletin ...*, pág. 246.

¹⁰⁴ Peliza, Eleonora. Op. cit.

¹⁰⁵ Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991. Peticiones de Decisión Prejudicial: Pretura di Vicenza y Pretura di Bassano del Grappa, Italia. No adaptación del derecho nacional a una directiva.- Responsabilidad del Estado Miembro. Asuntos acumulados C-6/90 y 9/90.

En tal sentido, se plantearon, con arreglo al artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación y la validez del artículo 2 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de fecha 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en relación a la protección de los trabajadores en relación de dependencia frente a la insolvencia del empleador.

Ambas cuestiones fueron planteadas en el marco de una demanda por indemnización contra el Estado italiano, como consecuencia de la ejecución extemporánea de la mencionada Directiva, ya que conforme el apartado 1 de su artículo 11, los Estados Miembros de la Comunidad Europea debían establecer las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adecuarse a la Directiva en un plazo que expiraba el 23 de octubre de 1983, obligación que no fue cumplida por la República Italiana, motivo por el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad declaró su incumplimiento a través de una sentencia fechada el 2 de febrero de 1989.

Por su parte, el Sr. Francovich, en su carácter de dependiente de una empresa de Vicenza, sólo había percibido anticipos esporádicos respecto de su salario, motivo por el cual interpuso un recurso ante la Pretura Circondariale di Vicenza, la cual condenó a la empresa demandada a abonar una suma de dinero al demandante, la cual no pudo hacerse efectiva en el transcurso de la fase ejecutiva. Sin embargo, la legislación positiva laboral de Italia no había sido adaptada todavía a la Directiva mencionada, motivo por el cual el señor Francovich inició una acción solicitando se declare que el Estado italiano se encontraba obligado a garantizar el cobro de sus créditos laborales respecto de su empleador, o en su defecto, a abonarle una indemnización a fin de reparar el perjuicio sufrido por no haber adaptado el propio Estado su derecho interno a la Directiva en cuestión.

A su vez, contemporáneamente a la acción de Andrea Fracovich, fue promovida otra ante la Pretura Circondariale di Bassano del Grappa, por la señora Danila Bonifaci, junto con otros treinta y tres empleados de una empresa cuya quiebra se había declarado, resolviéndose de manera idéntica la cuestión por parte de ambos tribunales, en relación al efecto directo de las normas de la Directiva a la cual no se había adecuado la legislación interna italiana y el derecho a la reparación de los daños provocados por la señalada falta de adecuación, atento la carencia de dicho efecto directo de las disposiciones de la Directiva.

Ambas causas fueron acumuladas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, el cual, en fecha 19 de noviembre de 1991, dictó sentencia en la causa *Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357)*, declarando cuanto sigue:

1) Las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que definen los derechos de los trabajadores deben interpretarse en el sentido de que los interesados no pueden invocar esos derechos contra el Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro del plazo señalado.

2) Un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE.

En definitiva, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea interpretó que un Estado nacional comunitario se encuentra obligado a reparar los daños sufridos por los particulares a causa de no haber cumplido con su obligación de adaptar el derecho nacional a la normativa internacional, la cual no resulta de aplicación directa en el

ámbito interno del Estado Miembro, y ello, en este caso específico, en relación a las disposiciones de una Directiva comunitaria sobre protección de los derechos de los trabajadores ante el supuesto de insolvencia del empleador.

Como bien ha expresado Palomeque, *a partir del artículo 2 de la Directiva 80/987/CEE, la STJCE de 9-11-1995 (asunto 479/1993, Francovich contra República Italiana) establece un concepto de empresario en situación de insolvencia y requiere que: a) las disposiciones legales del Estado dispongan un procedimiento referido al patrimonio del empresario que tienda a reembolsar colectivamente a sus acreedores; b) que en tal procedimiento se tome en consideración los créditos de los trabajadores asalariados; c) que se haya solicitado la apertura del citado procedimiento; d) que las autoridades competentes hayan aceptado la apertura del sistema concursal de referencia o hayan constatado el cierre definitivo de la empresa.*¹⁰⁶

2.4.2.- Referencias específicas según las cualidades del privilegio.

Por demás útil resulta, a los fines de describir el presente acápite, así como el resto de los que integran este capítulo, el estudio general de las memorias relativas al Convenio 95 y a la Recomendación 85 sobre la protección del salario de 1949, contenido en el informe III (Parte 1B) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones la Conferencia Internacional del Trabajo, dado en la 91a reunión, del año 2003.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1998, pág. 895 (nota al pie).

¹⁰⁷ Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª reunión 2003. Informe III (Parte 1B). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Debe notarse que del capítulo V de dicho trabajo, profundo y detallado, y en especial de sus puntos 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., y 2.3. se ha extraído la información que permite el análisis de los acápites 2.4.2.1., 2.4.2.2., 2.4.2.3., 2.4.2.4. y 2.4.2.5. del presente trabajo.

En tal sentido, siguiendo el mencionado Estudio, puede decirse que en la mayoría de los países se otorga un privilegio a los créditos laborales, pero también a otros tipos de créditos, entre los que pueden citarse las costas judiciales derivadas del proceso de falencia, los montos adeudados al Estado y a los organismos de seguridad social, las deudas personales del fallido, y los créditos generados por el mantenimiento de la familia del deudor, siendo de principal importancia la prioridad o rango que se le reconozca a los créditos en cuestión en relación a otros créditos privilegiados, y específicamente al crédito laboral, ya que en caso de no tener un rango suficientemente elevado, su percepción podría transformarse en ilusoria.

Y he aquí que el privilegio del crédito laboral es casi universalmente aceptado, pero su aplicación práctica varía de un país a otro, en especial, con respecto al alcance de la protección, a saber, por ejemplo, las categorías de trabajadores y la naturaleza de los créditos protegidos, el rango de privilegio del crédito laboral, el período de tiempo cubierto por el privilegio, y los bienes del empleador sobre los que recae el privilegio.

2.4.2.1.- Extensión del privilegio laboral.

Como es natural, la misión del privilegio laboral es, en todos los países, la protección del crédito que el empleado en relación de dependencia mantiene con el empleador insolvente. Y si bien en algunos países, la preferencia de los créditos laborales ampara a todo tipo de dependientes sin distinción, como en el caso de Argelia, en donde se reconoce un privilegio de primer grado a todos los créditos laborales, debe notarse que en algunos casos existen determinadas categorías de dependientes con un trato distinto al común, como por ejemplo el trabajo a domicilio, el servicio doméstico, el aprendizaje o la subcontratación.

Así, en Uruguay, el tratamiento preferencial se aplica sólo a los abogados, procuradores, médicos, obreros y criados; en Venezuela, los trabajadores domésticos reciben una protección inferior al resto de los dependientes; pero en prácticamente la totalidad del orbe los créditos laborales de los empleados públicos no se encuentran bajo el amparo de la normativa del trabajo, ya que no puede declararse la quiebra del Estado.

En otros países, se excluye de la protección privilegiada los créditos laborales de ciertos dependientes de dirección o jerárquicos que pudieran haber incurrido en responsabilidad en la insolvencia de la empresa, por parecer injusto que los responsables de la situación de falencia se puedan ver beneficiados con un privilegio en sus acreencias. Tal aquello que ocurre en países como Noruega, en donde se niega privilegio laboral a los trabajadores que hayan revestido en puestos directivos pudiendo haber influido en la insolvencia de la empresa deudora, a quienes tengan una participación accionaria en la compañía de por lo menos un 20%, a quienes hayan formado parte de la Junta Directiva, y a los empleados estrechamente relacionados con las personas anteriores. O bien en algunos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde algunas excluyen del privilegio laboral a los directores o administradores generales de la empresa, los miembros de una asociación y los socios de una sociedad.

Frente a ello, en algunos países se protege el crédito laboral de dependientes con posiciones de dirección, pero otorgándoseles un privilegio menor, como por ejemplo en Nueva Zelanda, en donde el privilegio laboral respecto de las remuneraciones de tales empleados ocupa el séptimo rango, luego de las costas judiciales, los créditos laborales por cuatro meses de salarios y un tope de 6.000 dólares, impuestos y demás créditos laborales por remuneraciones que no posean el privilegio antes señalado, o también en el caso de Australia, cuya normativa limita el privilegio de los empleados que ejercieron

cargos de directores de la compañía insolvente en cualquier momento durante los 12 últimos meses anteriores a la cesación de pago, sus cónyuges y parientes.

A su vez, la normativa y práctica de los distintos países difiere en cuanto a la naturaleza de los créditos laborales amparados por un privilegio, dado ello por la distinta definición de remuneración en cada caso, debiendo notarse que si bien en un principio se pretendió proteger los salarios en tanto contraprestación a la tarea realizada, luego dicha protección se extendió a otros créditos distintos de la remuneración en sentido estricto, concediéndose un privilegio en numerosos países a una variada serie de acreencias, correspondientes a descansos, licencias pagas o indemnizaciones.

Así, en países como Brasil, Colombia, Honduras, Mauritania, Panamá, Senegal, Venezuela, Bolivia, República Centroafricana, Chile, Malí, Nicaragua, Níger y Rwanda, se considera que el salario protegido por un privilegio laboral es aquél que abarca el salario básico, sin considerar adicionales, suplementos y otros beneficios. Por su parte, en Azerbaiyán se reconoce privilegio laboral a los salarios y todos los beneficios sociales, incluido el pago de licencias remuneradas no utilizadas. Frente a ello, en Islas Mauricio y Seychelles, el privilegio se extiende a todo tipo de contraprestación laboral, incluidas las indemnizaciones por despido y las licencias remuneradas, mientras que en Camerún, sólo se aplica un privilegio a la indemnización por extinción del contrato de trabajo. En Nueva Zelanda, por su parte, gozan de privilegio todos los salarios de cualquier tipo, las vacaciones pagadas, y las remuneraciones correspondientes a licencias pagas por causas justificadas. En otros países, como la República Checa, Croacia, Malasia y Tailandia, los créditos privilegiados incluyen la indemnización por despido y demás rubros por la extinción del contrato de trabajo, y en Ecuador, Perú y Tayikistán existe un privilegio, incluso, sobre las contribuciones a los regímenes jubilatorios. Y en Singapur, se incluyen entre los créditos laborales privilegiados,

además de la remuneraciones, las gratificaciones y pagos por reducción de personal o reestructuración de la empresa, indemnizaciones y cotizaciones a los regímenes previsionales. Finalmente, debe notarse que en España, el privilegio alcanza a los créditos por vacaciones pagadas con sujeción a un tope en dinero, así como las indemnizaciones por despido.

2.4.2.2.- Jerarquía del privilegio laboral

Resulta de vital importancia, en cualquier sistema de privilegios, la jerarquía que se reconozca a cada uno de ellos, en orden a la mayor o menor posibilidad de cobro de la acreencia que se encuentre beneficiada de tal manera, en relación directa a la existencia de bienes para cubrir los pagos correspondientes. Ahora bien, en general, es frecuente observar que las distintas legislaciones nacionales reconocen menor jerarquía a los créditos laborales que a otros tales como los gastos judiciales del propio proceso de falencia, o aquellos debidos al Estado en cualquiera de sus formas, sumas que, en general, pueden resultar sumamente abultadas, pulverizando la posibilidad de satisfacción de los créditos laborales.

En tal sentido, puede decirse que existen dos formas de considerar la jerarquía de los privilegios laborales, a saber, con una prioridad absoluta respecto del resto de los créditos privilegiados, superando a los demás créditos, incluso los que se encuentran en cabeza del Estado, o bien con una prioridad relativa, esto es, son superados en jerarquía por otras acreencias de naturaleza distinta a la laboral.

Entre los países que otorgan prioridad absoluta a los créditos laborales, se hallan Argelia, Arabia Saudita, Brasil, Chad, Costa de Marfil, Congo, Croacia, El Salvador, Filipinas, Gabón, Guinea, Hungría, Malí, Malta, Noruega, Omán, Panamá, Paraguay, Ruanda, Rumania, Suiza, Vietnam, Yemen y Zambia. En particular, en Islas Mauricio,

tienen prioridad absoluta los créditos correspondientes a salarios por los últimos 120 días de trabajo, viéndose relegados los montos por servicios prestados durante los últimos seis meses, aún cuando también gozan de privilegio, ya que ceden ante las costas judiciales, los créditos del Estado y los gastos funerarios. En Túnez, solamente goza de prioridad absoluta la porción inembargable de los salarios, ya que el resto de los créditos laborales se ven relegados a un privilegio de cuarto rango.

Por otra parte, la prioridad absoluta puede, incluso, implicar una preferencia de los créditos laborales sobre otros garantizados con un derecho real, permitiéndose que sean pagados por un pago inmediato fuera del procedimiento de falencia, anteponiéndose a todas las otras acreencias, aunque ello se limita, en general, a la porción del crédito laboral que se exige para la subsistencia del trabajador. Así, en Costa de Marfil, Guinea y Madagascar, esta prioridad protege los créditos correspondientes a salarios por últimos 60 días de trabajo o aprendizaje hasta una suma máxima mensual, lo cual se reduce en España a las sumas por remuneraciones de los últimos 30 días de trabajo, con un tope de dos veces el salario mínimo interocupacional. En el caso de Arabia Saudita, Jordania, y Libia, debe abonarse directa e inmediatamente al dependiente, y con prioridad absoluta, un adelanto igual a un mes de sueldo. En Malasia, por su parte, gozan de prioridad los créditos por remuneraciones que no superen cuatro meses consecutivos de salarios. En Luxemburgo, el privilegio absoluto se da sobre seis meses de remuneraciones con un tope de seis veces el salario mínimo social. También se verifican normas similares en Benin, Burkina Faso, Camerún, Comoras, Congo, Djibouti, Mauritania, Níger, República Centroafricana, Senegal, y Togo.

En otros casos, el crédito laboral debe compartir la prioridad absoluta con otras acreencias, generalmente en cabeza del Estado o en los gastos del procedimiento de

quiebra, como por ejemplo en República Checa, Bahamas, Barbados, Dominica, Guyana, San Vicente y las Granadinas, Sri Lanka, Uganda, Chipre, Kenya, Nigeria y el Reino Unido, así como ciertos territorios no metropolitanos como Guernsey y Jersey.

Frente a tales supuestos, en algunos países los créditos laborales no gozan de prioridad absoluta, ya que se concede a otros créditos una preferencia anterior. Así, en República Dominicana, Ecuador, Honduras, Guinea-Bissau, Mozambique y España (en este último caso, en cuanto a los créditos laborales no cubiertos por las instituciones de garantía) se concede a los créditos del Estado una prioridad respecto de los laborales, al igual que en el Líbano, pero en este caso se anteponen también los créditos por costas judiciales y los garantizados con hipotecas.

Otro tanto sucede en Egipto, Libia y la República Árabe Siria, en donde son preferidos a los créditos laborales las costas judiciales, además de los antes mencionados, y los gastos de conservación y reparación, agregándose la preferencia sobre los créditos laborales, en los Emiratos Árabes Unidos, de la pensión alimenticia que dispone el Islam para las viudas y los niños. En Bolivia, China, Singapur, Estonia, Lituania, Sudán, Tayikistán y Ucrania, los créditos laborales ceden en preferencia ante los gastos de la administración de la masa de la quiebra y los impuestos estatales y locales, reservándose en Malasia la prioridad sólo para los gastos del procedimiento de liquidación. En Belarús, la Federación Rusa, Azerbaiyán, Kirguistán y República de Moldova, por su parte, los créditos laborales ceden ante aquellos por indemnizaciones por accidente y muerte y las costas judiciales. A su vez, en Canadá, República Centroafricana, Chile, Guatemala, Marruecos, México, Níger, Togo, Botswana y Zimbabwe, los créditos laborales ceden ante la hipoteca, prenda, derecho de retención, gastos funerarios y los de la última enfermedad del insolvente, los gastos de secuestro y los demás gastos impositivos de toda ejecución de los bienes de la masa del insolvente.

En Uruguay, Nueva Zelandia, Australia, Bulgaria, Seychelles, Tailandia y Colombia, los laborales también son relegados por otros créditos, y en Estados Unidos, conforme el Código Federal de Quiebras, los créditos laborales se ubican inmediatamente después de los gastos administrativos, los gastos funerarios, los gastos de la última enfermedad y las prestaciones de supervivencia para el cónyuge y los hijos menores.

Finalmente, en algunos países, parece no existir privilegio de los créditos laborales respecto de otros, en caso de insolvencia del empleador, como por ejemplo en Bahrein, Kuwait, Islas Vírgenes Británicas, Alemania, Tanzania, Irán, Iraq y Namibia.

2.4.2.3.- Límites al privilegio laboral.

En general, los países suelen acotar la protección otorgada a los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, esto es, los privilegios que se le reconoce, exigiendo normalmente que el crédito se limite a un cierto tiempo anterior a la insolvencia, o bien que no excedan de determinada suma de dinero.

Así, son numerosos los Estados en los cuales se limita el privilegio a un tiempo limitado de prestación de tareas, anterior a la insolvencia del empleador o a la iniciación del procedimiento de quiebra, variando tal período de acuerdo a las disposiciones de cada país. Tal aquello que ocurre en Kirguistán y Zambia (3 meses), Mauricio, San Vicente, Granadinas, Swazilandia y Uganda (4 meses), Argentina, Azerbaiyán, Dinamarca, Guatemala, Japón, Marruecos, República de Moldova, Noruega, Paraguay, Suecia, Suiza, Venezuela y algunos territorios de los Estados Unidos de América (6 meses), Bulgaria, Costa de Marfil, Líbano, Malí y Honduras (12 meses), Bolivia y la República Centroafricana (24 meses), y República Checa, Eslovaquia y Tayikistán (3 años).

Por otra parte, en ciertos países el período en cuestión difiere según la categoría profesional del trabajador, la naturaleza del deudor o la periodicidad del pago de las remuneraciones, como en Guinea, Turquía, Guyana, Uruguay y Uganda.

Asimismo, en varios países se considera que las remuneraciones correspondientes a tareas posteriores al inicio del procedimiento falencial como gastos administrativos o gastos de la quiebra, como en Bulgaria y en Austria.

En cuanto a las limitaciones de los privilegios laborales a través de montos de dinero, ello puede darse mediante una suma determinada, o bien por un tope móvil que se sujeta a sumas correspondientes a rubros específicos, en general salariales. Tal aquello que sucede en España, Malta, Australia, Seychelles, Benin, Burkina Faso y Congo.

A veces, la limitación es múltiple, tanto por el período protegido como por la imposición de una suma tope. Ello ocurre en Malasia, Kenya, el Reino Unido (Guernsey y Jersey), Botswana, Zimbabwe, Bahamas, Barbados, Dominica, Guyana, Nigeria, Sri Lanka, Uganda, Canadá, Chipre, Croacia, Singapur, Nueva Zelandia, y los Estados Unidos.

Pero asimismo, en varios países no se conoce limitación alguna de los créditos laborales, tales como Belarús, Chile, China, Colombia, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estonia, Filipinas, Guinea-Bissau, Hungría, Iraq, Libia, Nicaragua, Omán, Panamá, Perú, Federación de Rusia, República Árabe Siria y Ucrania.

2.4.2.4.- Ejercicio del privilegio laboral.

Es común observar que la normativa de los distintos países otorga un trato diferente a los privilegios, que distingue entre generales y especiales, dependiendo de

los bienes sobre los cuales recae cada uno, ejerciéndose sobre la totalidad de los bienes del deudor insolvente el privilegio general, y sobre un bien específico el especial.

En la mayor parte de los Estados, se reconoce a los créditos laborales un privilegio general que recae sobre la totalidad de los bienes del deudor, ya sean estos muebles o inmuebles, como por ejemplo en Brasil, Bolivia, Burkina Faso, República Centroafricana, Chad, Congo, Costa de Marfil, República Dominicana, Ecuador, Egipto, Gabón, Guatemala, Libia, Madagascar, Mauricio, México, Níger, Seychelles, República Arabe Siria, Rwanda, Togo y Venezuela.

En otros países, se establece sobre los créditos laborales un privilegio general que puede ejercerse sólo sobre los bienes muebles, como en Guinea.

Pero también se verifica el reconocimiento de privilegios especiales en ciertos créditos laborales sobre determinados bienes, como por ejemplo los correspondientes a albañiles, carpinteros y otros trabajadores de la construcción sobre el inmueble en el cual han trabajado, o los de trabajadores agrícolas sobre la cosecha.

2.4.2.5.- Los regímenes de garantía salarial.

En la Europa Occidental de fines de los años 60 y principios de la década del 70, comenzaron a aparecer instituciones o fondos de garantía salarial, cuyo fin era asegurar a los trabajadores la percepción de sus créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, mediante un sistema de solidaridad al que aportaban otras empresas, aún solventes. El primero de estos fondos apareció en el año 1967 en Bélgica, Estado al que sucedieron los Países Bajos en 1968, Suecia en 1970, Dinamarca en 1972 y Finlandia, Francia y Noruega en 1973. Actualmente, muchos otros países cuentan con este tipo de institutos, tales como Australia, Austria, República Checa, República de Corea,

Eslovaquia, España, Estonia, Grecia, Israel, Italia, Japón, Lituania, Luxemburgo, Polonia y Suiza.

En cuanto al alcance, puede decirse que, en general, la garantía salarial de los institutos en cuestión, típicos de los regímenes de la seguridad social, se extiende a todos los trabajadores en relación de dependencia, verificándose algunas exclusiones tales como el personal de dirección o los parientes cercanos del empleador insolvente, por obvias razones de evitar los fraudes legales. Alguna de estas limitaciones se observan, por ejemplo, en Austria, Finlandia, la isla de Man en el Reino Unido, Australia y Suiza.

Respecto de la naturaleza de los créditos laborales protegidos por los fondos en cuestión, debe decirse que, en general, se resguardan tanto rubros remuneratorios como indemnizatorios. Tal aquello que ocurre en países como la República Checa, Israel, Polonia, la República de Corea, Dinamarca, Luxemburgo, la Isla de Man en el Reino Unido, Australia, extendiéndose la garantía, en países como Austria, Eslovaquia, Noruega y Suecia, a todos los gastos en que se deba incurrir por el inicio de acciones para el cobro de dichos créditos. Sin embargo, existen países en que se limita la garantía sólo a cierto tipo de créditos, como en Finlandia, Grecia y Suiza, en los cuales no se garantiza el pago de indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo, o en España, en donde solamente se resguarda el crédito derivado de la indemnización por despido.

A su vez, en los distintos regímenes de garantía salarial previstos en los diversos países existen limitaciones, ya en relación a la suma protegida, ya al período de la vigencia de los créditos amparados, ya a ambos.

Así, en cuanto al mencionado período, se hallan limitaciones en la República Checa, Eslovaquia, Finlandia, Italia, Polonia, Luxemburgo, Noruega, Suiza, Eslovenia,

Grecia, Estados Unidos de América, el Reino Unido, y la República de Corea. Por otra parte, debe notarse que en países como Austria y Australia, la limitación al respecto es mínima.

Respecto de la suma protegida, en ciertos casos los créditos garantizados no pueden exceder una cierta suma de dinero o un límite condicionado a una suma determinada por un instituto jurídico, como el salario mínimo o los aportes a la seguridad social, pudiendo darse combinaciones de dichos casos. Tal aquello que ocurre en países como Noruega, Italia, España, Austria, Suiza, la República Checa, Polonia, Eslovaquia, Estonia, Lituania Eslovenia, Luxemburgo, Israel, Finlandia, Dinamarca, Suecia, Australia, el Reino Unido, y la República de Corea, en cada caso con diferencias más o menos notables en base a cuestiones conexas utilizadas como referencia para la limitación en cuestión.

En cuanto a la organización, administración y financiación de las instituciones de garantía salarial, en tanto partes del régimen de seguridad social en cada país en el que existen, debe notarse que se estructuran dichos sistemas en diversos principios comunes al mencionado régimen, como la participación obligatoria de sus beneficiarios y empleadores, la financiación basada en las remuneraciones de los trabajadores dependientes, la administración en cabeza de órganos autónomos y la responsabilidad colectiva del conjunto de los empleadores por el riesgo de la empresa. En general, estos institutos responden subsidiariamente, satisfaciendo los créditos laborales de los empleados en los casos en que no existan activos para hacer frente a las deudas en el patrimonio del empleador insolvente, y cualquier suma que deban abonar pueden ser repetidas del empresario fallido, derecho de subrogación protegido por idéntico privilegio que aquél que protegía a la deuda original.

A su vez, la conducción de los fondos en cuestión suele estar en manos de órganos administrativos más o menos autónomos, como por ejemplo en Austria, Noruega, Finlandia, Suecia, Dinamarca, España, Australia, Grecia, Polonia, Suiza Estonia, Israel, el Reino Unido, Italia, y la República Checa.

Asimismo, se suelen financiar sólo con contribuciones de los empleadores, como en el caso de Austria, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Polonia, pero en algunos casos también existen aportes de fondos públicos, como en Eslovaquia, Lituania, Grecia y Australia, aunque en algún caso, como Eslovenia, el fondo de garantía salarial solamente cuenta con el financiamiento estatal.

Finalmente, puede señalarse que los distintos regímenes de garantía de los créditos laborales adoptan, en algunos de los distintos países en los cuales han sido implementados, formas diferentes al tradicional hasta aquí comentado; desde aquellos en que se exige que sea el empleador quien cuente con un fondo de garantía de los créditos laborales para el caso de falencia, como en Belarús o Kirguistán, hasta quienes no poseen una institución de garantía unificada, exigiendo a las empresas que contraten una póliza de seguros que cubra el pago de los créditos derivados del trabajo, como en la República Dominicana y Mozambique.

El único caso distinto es el de la República Argentina, que cuenta con una norma sancionada por el Congreso de la Nación en el año 1986 -que oportunamente se desarrollará en detalle-, conforme la cual se establece un fondo de garantía respecto de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, pero que jamás fue reglamentada, y por lo tanto nunca llegó a aplicarse.

CAPÍTULO 3: RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PRIVILEGIOS LABORALES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.

Sumario: 3.1.- Aspectos generales. 3.2.- Los privilegios laborales en la quiebra y el concurso preventivo. 3.3.- Los privilegios laborales en el orden de prelación del sistema general. 3.4.- El pronto pago. 3.5.- La Ley N° 23.472 del Fondo de Garantía de los Créditos Laborales.

3.1.- Aspectos generales.

Dentro de la protección del dependiente a través de la normativa argentina se enmarca el tema del resguardo de los créditos laborales, respecto de los cuales asumen gran importancia los privilegios, frente al caso de multiplicidad de acreedores, los cuales se ven reforzados, en nuestro derecho interno, por otros institutos, como por ejemplo el derecho de pronto pago y el papel preponderante asignado al acreedor privilegiado, en la negociación y efectos del acuerdo preventivo.

Así, con el fin propuesto en el presente trabajo, resulta necesario considerar, en primer lugar, las generalidades del tema bajo análisis en el presente acápite, es decir, el régimen de los privilegios laborales en el derecho argentino interno, para luego analizar el sistema general de la prelación de los privilegios laborales en el derecho argentino, disperso a lo largo de varias normas, con el objeto de analizar si dicho sistema cumple la función protectora que le es exigida, y teniendo en cuenta que tanto la LCT como otras leyes regulan preferencias de créditos laborales, superposición de normas a veces alternativas, otras ampliatorias o contradictorias que atenta contra una buena técnica legislativa, necesaria tanto para lograr seguridad en la interpretación como la justicia del caso particular, persistiéndose en la multiplicidad normativa que oscurece el campo a

pesar de los permanentes reclamos de la doctrina en aras de una unificación que aporte claridad¹⁰⁸.

La legislación vigente en la República Argentina dispone la implementación de normas que básicamente están destinadas a la protección del trabajo, en la forma de los créditos del dependiente ante el empleador, frente a los acreedores de éste, debiendo notarse que dicha protección no se limita al salario, tal como sostenía De La Cueva¹⁰⁹, sino que se extiende, en modo general, a todo crédito que tenga por causa el contrato de trabajo y no sólo a las remuneraciones en sentido estricto. Ello así, toda vez que estas normas fueron diseñadas para regir, fundamentalmente, los aspectos laborales del concurso y la quiebra del empleador, en ambos casos, procesos universales donde intervienen terceros (los acreedores del empleador) con créditos cuya satisfacción hace peligrar la efectiva vigencia de los componentes más elementales del contrato de trabajo, que van desde las remuneraciones debidas al trabajador, indemnizaciones y la efectiva continuidad de su fuente de trabajo.

Ahora bien, dilucidar la regulación de los privilegios laborales en el derecho argentino interno no es, en principio, tarea fácil. Ello, pues en varios aspectos generales se encuentran legislados, de manera muy similar, en dos normas distintas, ambas en vigencia, que plantean la duda acerca de cuál de ellas prevalece sobre la otra.

En rigor, debe señalarse que el régimen de los privilegios laborales se halla legislado, de manera general, en las disposiciones dadas a través de los regímenes correspondientes a dos leyes nacionales, la LCT y la LCQ

Así, dejando de lado las normas especiales sobre privilegios laborales, cuales son las plasmadas en el Código Aeronáutico, en la Ley de la Navegación, en el Estatuto de los Viajantes de Comercio, en la ley que rige a los trabajadores agrarios, etcétera,

¹⁰⁸ Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Op. cit., pág. 612.

¹⁰⁹ De la Cueva, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México, 1972, pág. 172.

debe reiterarse que dos son los cuerpos normativos a analizar, a saber, las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 -t.o. 1976-, y aquellas incluidas en la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, las cuales contienen el régimen general de los privilegios laborales, pero parecen presentar algunos puntos de conflicto entre sí, cuyo ensamble razonable y racional ha llevado a sostener que según la forma como se encuentra legislado el tema de los privilegios laborales en la Ley N° 24.522, desplaza para la quiebra la sistematización respectiva de la Ley N° 20.744, teniendo en cuenta, asimismo, que los privilegios laborales no resultan de aplicación sólo en caso de concursados o fallidos, sino también en supuestos de deudores que, lejos de la cesación de pagos, deben soportar sobre su patrimonio embargos de distintos acreedores, y por tal motivo, la normativa de la Ley de Contrato de Trabajo mantiene su vigencia en el caso de concurrencia en la ejecución individual.¹¹⁰ Por ello, no parece posible coincidir completamente con la definición que de los privilegios da Miguel Ángel Maza¹¹¹, al expresar que los privilegios son el atributo o derecho preferencial que otorga la ley a determinado acreedor para ser pagado con antelación a otro, cuando el patrimonio es insuficiente, si bien debe reconocerse que el ámbito de aplicación propio de este tipo de preferencia, cuya denominación jurídica es *privilegio*, está dado por el concurso preventivo y la quiebra del empleador, es decir, por dos procesos de tipo universal, cuyo fin es lograr la concentración, en una misma causa, de todos los reclamos de índole patrimonial contra un deudor, en ambos casos, en virtud de la imposibilidad del patrimonio del deudor, para hacer frente a sus obligaciones de contenido económico.

Conforme lo antedicho, las cuestiones relativas al sistema de los privilegios laborales generales se encuentran reguladas a través del artículo 16 y del Capítulo I del Título IV, que abarca los artículos 239 a 250, de la Ley N° 24.522 de Concursos y

¹¹⁰ Conf. Maza, Alberto J., op. cit., pág. 304; ídem Grispo, op. cit., pág. 873.

¹¹¹ Maza, Miguel Ángel (Director). *Ley de Contrato de Trabajo comentada*. La Ley. Buenos Aires. 2008, pág. 445.

Quiebras, así como en el Título XIV de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976), el cual se divide en dos capítulos, titulados “De la preferencia de los créditos laborales”, que contiene los artículos 261 a 267 de la norma, y “De las clases de privilegios”, que incluye los artículos 268 a 274.

El tema ha sido bien descripto por Alberto J. Maza¹¹², lo cual permite tomar su esquema como base. En tal sentido, debe señalarse que, a pesar de lo expresado por el artículo 261 de la LCT, al referir que el trabajador tendrá derecho a ser pagado, con preferencia a otros acreedores del empleador, por los créditos que resulten del contrato de trabajo, conforme a lo que se disponga en el título XIV en cuestión, la Ley de Concursos y Quiebras establece un sistema autosuficiente de los privilegios en el concurso, que prevalece sobre el de la LCT, a tal punto que no existen otras posibilidades de aplicar reglas distintas que aquellas que otorga el propio sistema normativo concursal. Ello, pues dice el párrafo primero del artículo 239 LCQ: *Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones.*

Sin embargo, bajo una relación de convivencia aportado por la LCQ que parece contradecir –pero que lo hace sólo de manera aparente- lo establecido por su propio artículo 239, en el sentido de la sentencia que excluye, en apariencia, la aplicación de otras normas distintas a la LCQ sobre el régimen de los privilegios, la propia LCQ, a través del inciso 6° de su artículo 241, remite a la aplicación de los regímenes especiales previstos “*en el Título III del Capítulo IV de la Ley N° 20.094, en el Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico (Ley N° 17.285), los del Artículo 53 de la Ley N° 21.526, los de los Artículos 118 y 160 de la ley N° 17.418*”, cuya vigencia mantiene; debiendo notarse asimismo que, en la parte final de su artículo 242, establece que el

¹¹² Op. cit., páginas 287 a 298.

privilegio reconocido a los créditos del inciso 6° del artículo 241, “*tienen la extensión prevista en los respectivos ordenamientos*”, así como a través del artículo 243 señala que “*rigen los respectivos ordenamientos*” en cuanto al orden de los privilegios especiales previstos por los incisos 4 y 6 del artículo 241.

En otras palabras, es evidente que el régimen de los privilegios laborales se encuentra regulado por el sistema previsto en la LCQ, en un régimen autónomo pero no por ello cerrado, que dentro de sí mismo prevé la aplicación de otras normas distintas y que, por otra parte, no impide la aplicación, en cuanto no lo contradiga expresamente, del otro régimen que la LCQ no refiere pero en el cual se prevén disposiciones sobre los privilegios laborales, cual es el Título XIV de la LCT, y que implica, en tal sentido, una convivencia entre ambos regímenes bajo la impronta de la LCQ, y la imposición de sus reglas en cuanto la LCT pueda contradecirlo.

De esta manera, el régimen de privilegios diseñado por la LCQ, si bien no aparece como cerrado, sí se exhibe como estrictamente autónomo, lo cual es propugnado por buena parte de la doctrina¹¹³, concluyendo que la regulación contenida en los artículos 268 a 274 de la LCT mantendría su vigencia sólo para el supuesto de concurrencia en la ejecución individual. Y en rigor, debe señalarse que dicha autonomía es tal, si bien relativa y abierta, atento las reiteradas remisiones a otros regímenes que incluye la propia LCQ –y que, en tal sentido, implican una “cerrada apertura”, si vale la antítesis, dada por la propia LCQ, la cual expresa que sólo gozarán de privilegio los créditos allí enumerados, disponiendo en dicha enumeración una remisión a otras normas-, y que, además, no impide la consideración adicional o accesoria de las normas vigentes de la LCT, en todo aquello que pudiera corresponder y no contradiga las

¹¹³ Conf. Maza, Alberto José y Lorente, Javier Armando, *Créditos laborales en los concursos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 179; íd. Vázquez Vialard, Antonio, *Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades concursales por la ley 24.522*, D. y E., Buenos Aires, 1995, pág. 312; íd. Maza, Alberto José, *Privilegios laborales en el proceso falencial*, en *Revista de derecho laboral*, Rubinzal Culzoni, Vol. 2002-2, pág. 304.

disposiciones de la LCQ.

Es que, en principio, las disposiciones de la LCQ, por ser ésta posterior en el tiempo, prevalecen sobre las contenidas en el Título XIV de la LCT. Pero ello no quita que corresponda analizar, en cada caso concreto, el impacto de la LCT sobre los ordenamientos especiales que la LCQ vino a conservar, así como la existencia o no de discrepancias entre cualquiera de estos ordenamientos y lo normado por el Convenio N° 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, el cual se analizará en el acápite correspondiente. Y la remisión hecha en el inciso 1° del artículo 243 de la LCQ a “*los respectivos ordenamientos*”, a fin de determinar el orden de privilegios especiales, nos obliga considerar, fuera del régimen relativamente cerrado o autónomo de la LCQ (conforme su artículo 239), la situación del crédito laboral, frente a las otras garantías reales previstas por los incisos 4° y 6° del artículo 241 de la LCQ.

Así, el crédito hipotecario cuenta con garantía real sobre uno o más inmuebles del deudor, conforme lo dispuesto por el artículo 3108 del Código Civil de la República Argentina. La garantía alcanza a los accesorios del crédito indicados en el artículo 3111 de dicho cuerpo normativo. En cuanto al privilegio especial del crédito laboral, no tiene asiento en el inmueble del empleador ni en virtud de la LCT ni de la LCQ, motivo por el cual, existiendo un crédito con garantía hipotecaria, dicho crédito desplaza al laboral en la realización del inmueble asiento del privilegio, y sólo en caso de no existir la garantía en cuestión, respecto del crédito laboral puede hacerse valer, sobre ese producido, el privilegio general de los artículos 246 inciso 1° de la LCQ y 273 de la LCT.

El crédito prendario cuenta con una regulación específica en el Decreto-Ley N° 15.348, ratificado a través de la Ley N° 12.962 -t.o. por Decreto N° 897/95-. El orden de preferencias, en caso de ejecución del asiento del privilegio, está dado por el artículo 43

de dicho ordenamiento, al que también se refiere el artículo 270 de la LCT, remitiéndose la LCQ al “*respectivo ordenamiento*” a través del inciso 1° de su artículo 243. Los inconvenientes se presentan con la modificación introducida a dicho ordenamiento a través del artículo 270 de la LCT, concretamente, al establecer cómo rige esta reforma, y en tal sentido, debe notarse que la tesis según la cual la vigencia del artículo 270 de la LCT sólo se aplica a los casos de ejecución individual no arroja luz sobre la vigencia simultánea de dos regímenes contradictorios, toda vez que el régimen de la prenda pasaría a regir, según la reforma introducida por el artículo 270 de la LCT, para los casos de ejecución individual y, sin esa reforma, para los casos de ejecución colectiva.

El régimen del warrant, dispuesto a través de las leyes N° 928 y N° 9.643, procura asegurar el crédito del porteador (titular del warrant), otorgándole privilegio sobre el producido de las mercaderías transportadas, por cuenta del titular del certificado que acredita ser su propietario. Conforme lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley N° 928, el warrant endosado, sin el certificado, constituye un derecho prendario sobre las mercaderías depositadas. Este privilegio desplaza, en la práctica, al que posee el crédito laboral sobre las mercaderías, toda vez que el régimen del warrant presupone que las mercaderías se encuentran depositadas en almacenes fiscales, y tanto el inciso 2° del artículo 241 de la LCQ como el artículo 268 de la LCT se refieren a mercaderías que estén o integren el establecimiento.

El régimen de los debentures se encuentra regulado a partir del artículo 325 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550. A través de dicha figura se garantizan las operaciones de crédito realizadas por las sociedades anónimas y en comandita por acciones, cuando sus estatutos lo autorizan. Existen tres tipos de garantías para estos créditos, a saber, flotante, que afecta a su pago, respecto de la sociedad emisora, todos

los derechos, bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, o una parte de ellos, y otorga los privilegios que corresponden a la prenda, a la hipoteca o a la anticresis, según el caso (conf. art. 327); especial, que afecta a su pago bienes determinados de la sociedad susceptibles de hipoteca (conf. art. 333), y se rige por el régimen común de dicha garantía; y una tercera categoría, que está dada por los debentures con garantía común, pero ella no confiere privilegio alguno en caso de concurrencia de acreedores (conf. art. 332). La concurrencia del privilegio especial del warrant con el laboral, solo podría darse en caso de garantía flotante sobre bienes muebles, siendo el criterio de solución idéntico que en el caso de la prenda.

La Ley N° 23.576 prevé el régimen de garantía real para las obligaciones negociables, empréstitos que pueden ser contraídos por personas jurídicas individualizadas en el artículo 1° de dicha norma¹¹⁴, y que pueden emitirse con garantía flotante, especial o común y, a su respecto, son aplicables las reglas previstas en los artículos 327 a 333 de la Ley N° 19.550 para los debentures, siendo válidas las consideraciones expuestas sobre ellos en el párrafo anterior.

Por su parte, la Ley de Navegación N° 20.094 confiere privilegio especial sobre el buque, a los créditos del capitán y demás individuos de la tripulación, derivados del contrato de ajuste, de las leyes laborales y de los convenios colectivos de trabajo, conforme lo dispuesto en el inciso 2° de su artículo 476. En caso de concurrencia de acreedores, la preferencia de estos créditos sólo cede ante los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores para la conservación del buque, o para proceder a su venta y a la distribución de su precio. También son preteridos los créditos laborales, en caso de hipoteca naval, siendo desplazados por el privilegio asignado al crédito con

¹¹⁴ Sociedades por acciones, cooperativas y asociaciones civiles constituidas en el país, y las sucursales de las sociedades por acciones constituidas en el extranjero en los términos del artículo 118 de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550.

garantía hipotecaria sobre el buque, conforme lo dispuesto por el artículo 511 de la norma. En cuanto a los créditos laborales, no gozan de una preferencia similar sobre las mercaderías transportadas (conf. art. 494).

Menos favorable es el privilegio asignado al crédito laboral conforme el artículo 60 del Código Aeronáutico, sancionado a través de la Ley N° 17.285, según el cual, sólo gozan de privilegio sobre la aeronave los emolumentos de la tripulación por el último mes de trabajo. Se encuentran en quinto lugar, luego de los créditos por gastos causídicos que benefician al acreedor hipotecario; por utilización de aeródromos por el último año; por la búsqueda, asistencia y salvamento de la aeronave y aprovisionamiento, y las reparaciones hechas fuera del punto de destino, para continuar el viaje.

La Ley de Entidades Financieras N° 21.526, a la que se remite el inciso 6° del artículo 241 de la LCQ, establece un “*privilegio absoluto*” para los créditos derivados de fondos asignados por el Banco Central de la República Argentina y los pagos efectuados en virtud de convenios de créditos recíprocos o por cualquier otro concepto y sus intereses. Sin embargo, dicha norma prevé que constituirá una excepción a dicho privilegio el otorgado a favor de “*los créditos privilegiados emergentes de las relaciones laborales, comprendidos en el artículo 268 de la Ley 20.744 y sus modificatorias*”, tanto sobre el capital como en los intereses que se devenguen hasta su cancelación total.

En el régimen del seguro, regulado a través de la Ley N° 17.418, existen dos privilegios a los cuales se remite el inciso 6° del artículo 241 de la LCQ, y que gozan de preferencia sobre los créditos laborales, a saber, el privilegio especial conferido al crédito del damnificado, sobre la suma asegurada y sus accesorios (conf. art. 118), y el privilegio especial conferido al crédito del conjunto de los asegurados, sobre el saldo

acreedor que arroje la cuenta del asegurador con el reasegurador (conf. art. 160).

Conforme lo expuesto, los privilegios laborales en el sistema del derecho argentino interno se hallan bien delimitados en cuanto a su orden de prelación en el cobro con respecto al resto de los créditos de los demás acreedores del deudor, cual es el tema que define la cuestión principal acerca de su función como elemento real de protección del trabajador, y que por ello debe ser analizado con especial cuidado a los fines del presente trabajo, pues en la medida en que los trabajadores perciban los montos correspondientes a sus créditos con preferencia a los demás acreedores, se habrá cumplido la función de protección que da vida al derecho del trabajo, y constituye su principal fundamento.

Y a los fines de realizar dicho análisis, a todas luces esencial en el presente estudio, en primer lugar debe señalarse que los créditos laborales gozan de privilegio, ya sea especial o general, aunque los hay también de carácter quirografario.

En el caso de los créditos que gozan de privilegio, ellos gozan de protección o ventaja otorgada por la ley, para ser ejercida frente a otros créditos, en los casos de concurrencia de acreedores. La diferencia, radica en la existencia o no, de un *asiento* para el privilegio, esto es, la posibilidad de ejercer la ventaja o preferencia sobre el producido de la venta de un bien predeterminado por el legislador, o si dicha ventaja solo habilita un derecho de preferencia indeterminado, sobre otros créditos en situación de desventaja, que se denominan *quirografarios*, de manera tal que un privilegio es general cuando se asienta sobre todos los bienes del deudor, y es especial cuando lo hace sobre el producido de un bien de éste en particular.¹¹⁵

El privilegio especial puede hacerse valer tanto en las ejecuciones individuales como en las colectivas, siempre sobre el producido de determinados bienes, muebles o

¹¹⁵ Villanueva, Julia. *Privilegios*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2004, pág. 121.

inmuebles; mientras que el privilegio general sólo reviste utilidad en caso de concurso o quiebra del empleador, como preferencia o ventaja frente a los demás acreedores.¹¹⁶

El régimen de privilegios especiales cuenta con la ventaja de impedir cualquier tipo de conflicto entre los créditos, si ellos no tienen el mismo asiento. Ello así, toda vez que, en tal caso, cada acreedor percibe su acreencia con el producido del bien donde se asienta su privilegio, sin que idéntico privilegio de otro pueda alterar tal prioridad. Los problemas pueden presentarse sólo cuando concurre más de un crédito, con igual privilegio especial y sobre una misma cosa.

Ahora bien, cabe aquí detallar, conforme la legislación vigente, cuáles son los créditos que gozan de privilegio especial, aquellos que poseen privilegio general, y cuáles resultan quirografarios, y en tal sentido:

a) Son créditos laborales que gozan de privilegio especial¹¹⁷, aquellos fundados en remuneraciones debidas al trabajador por seis meses, independientemente de si ellas correspondían o no a períodos anteriores al concurso, incluyéndose, naturalmente, todos los conceptos remuneratorios; como también los créditos derivados de indemnizaciones por accidentes de trabajo –en el actual sistema de la Ley N° 24.557 de Riesgos del

¹¹⁶ Duarte, David y Núñez, Mariano. *Protección de los créditos laborales*, en *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Mario E. Ackerman. Rubinzal–Culzoni Editores. Santa Fe, 2005, Tomo IV–III, pág. 823.

¹¹⁷ Los créditos laborales con privilegio especial se hallan expresamente previstos en el artículo 241 LCQ y el artículo 268 LCT. Dice el artículo 241 LCQ: *Tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: ... 2) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad, del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación.* A su vez, dice el artículo 268 LCT: *Los créditos por remuneraciones debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, gozan de privilegio especial sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que integren el establecimiento donde haya prestado sus servicios, o que sirvan para la explotación de que aquél forma parte. El mismo privilegio recae sobre el precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de créditos o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que sean directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros. Las cosas introducidas en el establecimiento o explotación, o existentes en él, no estarán afectadas al privilegio, si por su naturaleza, destino, objeto del establecimiento o explotación, o por cualquier otra circunstancia, se demostrase que fuesen ajenas, salvo que estuviesen permanentemente destinadas al funcionamiento del establecimiento o explotación, exceptuadas las mercaderías dadas en consignación.*

Trabajo sólo aquellos que se encuentren en cabeza del empleador en deuda, y no los que deban ser satisfechos por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo respectiva-; así como las indemnizaciones por antigüedad o despido, sustitutiva de preaviso y fondo de desempleo, dentro de las cuales deben incluirse todas las indemnizaciones debidas al trabajador en virtud de la extinción del contrato de trabajo, con excepción de los casos en que el despido del empleado se produjo por justa causa fundada en injuria laboral del dependiente, y todos los agravantes que correspondan en virtud de la normativa laboral.

Cabe aclarar que el privilegio especial recae sobre mercaderías, materias primas y maquinarias que conforman el patrimonio del empleador, las cuales deben hallarse en el establecimiento donde se haya realizado la prestación de tareas o que sirvan para la explotación, bienes que quedan afectados a la satisfacción de los créditos en cuestión, aunque se ha reducido el listado de los bienes que sirven de asiento al privilegio respecto de la anterior Ley de Concursos y Quiebras N° 19.551, que conforme el inciso 4) de su artículo 265 alcanzaba al precio del fondo de comercio, el dinero, títulos de crédito y depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que fueran directo resultado de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros. No obstante ello, debe notarse la especial mención que el artículo 271 de la LCT hace respecto del privilegio especial sobre el edificio, obras o construcciones del cual gozan los créditos de los dependientes que han prestado tareas en la edificación, construcción o reparación correspondientes.¹¹⁸

¹¹⁸ Dice el artículo 271 de la LCT: *Gozarán de privilegio, en la extensión conferida por el artículo 268 sobre el edificio, obras o construcciones, los créditos de los trabajadores ocupados en su edificación, reconstrucción o reparación. Este privilegio operará tanto en el supuesto que el trabajador fuese contratado directamente por el propietario, como cuando el empleador fuese un contratista o subcontratista. Empero, en este último caso, el privilegio sólo será invocable cuando el propietario que ocupe al contratista encargue la ejecución de la obra con fines de lucro, o para utilizarla en una actividad que desarrolle con tal finalidad, y estará además limitado a los créditos por remuneraciones y fondo de desempleo. No se incluyen los que pudieran resultar por reajustes de remuneraciones o sus accesorios.*

A su vez, es necesario señalar que la actual normativa sobre concursos y quiebras ha establecido que el privilegio especial se extiende a los intereses por dos años contados a partir de la mora de los créditos antes mencionados.¹¹⁹

Ahora bien, dentro del esquema legal en cuestión, los créditos que gozan de privilegio especial, a saber, la indemnización sustitutiva de preaviso, la indemnización por antigüedad o despido, las indemnizaciones por accidente de trabajo, el fondo de desempleo y, en general, los sueldos, salarios y remuneraciones debidos al trabajador por seis meses, gozan también de privilegio general, lo cual implica una doble protección.

En efecto, dispone la normativa que el privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyen los bienes sobre los que recaía, aunque se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos en cuanto exceden de dichos importes¹²⁰. Sin embargo, esta limitación no es aplicable a los créditos derivados de la relación laboral, que en su excedente van a gozar de privilegio general, otorgándoles así un doble privilegio sucesivo.

En otras palabras, en el caso de los créditos laborales que gozan de privilegio especial sobre ciertos bienes de propiedad del deudor que se encuentren en el establecimiento donde haya prestado servicios el trabajador, o que sirvan para su explotación, en caso de no alcanzar el producido de los bienes sobre los que recae a fin de satisfacer la totalidad de los créditos, el saldo cuenta con privilegio general, ilimitado sobre el total del producido de los bienes del deudor, y desplazados solamente por los

¹¹⁹ Dice el apartado 1) del artículo 242 LCQ: *Los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo en los casos que a continuación se enumeran en que quedan amparados por el privilegio: 1) Los intereses por DOS (2) años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inciso 2 del Artículo 241.*

¹²⁰ Dice el artículo 245 LCQ: *El privilegio especial se traslada de pleno derecho sobre los importes que sustituyan los bienes sobre los que recaía, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permita la subrogación real. En cuanto exceda de dichos importes los créditos se consideran comunes o quirografarios para todos sus efectos, salvo lo dispuesto en el Artículo 246 inciso 1.*

créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso.

A su vez, debe destacarse que, conforme lo dispuesto por el artículo 269 de la LCT, para el caso en que los bienes afectados al privilegio especial hubiesen sido retirados del establecimiento de la empresa en cuestión, es facultad del empleado acreedor requerir el embargo de dichos bienes a los fines de lograr que se haga efectivo el privilegio, sea el actual poseedor de buena fe o no, caducando dicho derecho a los seis meses del retiro de los bienes en cuestión, y limitándose el mismo a las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación.¹²¹ En tal sentido, la norma impone efectos *reipersecutorios*, es decir, la posibilidad de perseguir, por parte del dependiente acreedor cuyos créditos gozan de privilegio especial, ciertos bienes del patrimonio del patrono deudor que han sido excluidos del establecimiento, aún cuando ellos se encontraran en manos de un poseedor de buena fe, presumiéndose actos fraudulentos o insolvencia intencional del empleador. En tal caso, los trabajadores se encuentran habilitados a solicitar el embargo de las mercaderías, materias primas y maquinarias que hubieran sido retiradas del establecimiento donde prestara servicios, o que sirvieran para esa explotación y que, al momento del embargo, se encontraran en poder de terceros. No se exige que el retiro de los bienes se haya hecho de mala fe, tanto por parte del empleador como por parte de quien los retiró. Tampoco se exige connivencia fraudulenta entre ambos. Cualquiera hubiera sido el modo de retiro de los bienes en cuestión, los mismos siguen afectados al privilegio y a la acción reipersecutoria conferida al trabajador.

¹²¹ Dice el artículo 269 de la LCT: *Si los bienes afectados al privilegio hubiesen sido retirados del establecimiento, el trabajador podrá requerir su embargo para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ello sea de buena fe. Este derecho caducará a los seis (6) meses de su retiro y queda limitado a las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación.*

En cuanto a los bienes comprendidos, debe tratarse de aquellos sobre los cuales se asiente el privilegio especial laboral, esto es, los bienes indicados en el artículo 268 de la LCT. Un inconveniente práctico se presentará con las mercaderías, especialmente en el caso que ellas pudieran haberse afectado a un tercero, por título legítimo derivado del giro comercial propio del establecimiento. La doctrina distingue este supuesto normal de transferencia de mercaderías, de aquel que pudiera operarse de un modo ajeno al funcionamiento normal del establecimiento, único supuesto en que se ha entendido que la acción reipersecutoria del trabajador sería procedente, cuando el retiro de las mercaderías constituyera más un acto de vaciamiento empresario, que el giro normal de actividades¹²². Sin embargo, no quedan comprendidos el dinero, los títulos de créditos o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo, que hubieran estado en poder del empleador y como consecuencia de la explotación. Aún cuando el crédito laboral cuenta con privilegio especial sobre esos rubros, el derecho conferido por el artículo 269 de la LCT queda restringido, como lo indica su propia redacción, a las maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación y se encuentren en poder de terceros.

Debe expresarse, asimismo, que la ley confiere la señalada posibilidad de reipersecución al trabajador sólo por un período de seis meses, contados desde el momento en que se produce el retiro de las mercaderías, materias primas o maquinarias del establecimiento. Se trata de un plazo de caducidad, que carece de previsión de actos suspensivos o interruptivos, de manera pues que una vez vencido dicho plazo de seis meses, el trabajador carecerá del derecho a embargar tales bienes, cuando ellos se encuentren en poder de terceros, y respecto de los cuales no existe plazo de caducidad previsto para el caso de subrogación, y por ello, aún transcurrido el plazo semestral, el

¹²² López, Justo, Fernández Madrid, Juan Carlos y Centeno, Norberto, *Ley de contrato de trabajo comentada*. Ediciones de Contabilidad Moderna. Buenos Aires. 1987, Tomo II, pág. 1365.

trabajador conserva el privilegio especial asignado a su crédito, sobre los importes o cosas que sustituyan esos bienes.

b) Son créditos laborales que gozan de privilegio general, conforme la declaración normativa¹²³ -y no obstante lo manifestado respecto del saldo de aquellos con privilegio especial, cuando no alcanza el producido de los bienes sobre los que recaen a fin de satisfacer la totalidad de los créditos-, los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses y los provenientes por indemnizaciones de accidentes de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral, incluyéndose los intereses por el plazo de dos años contados desde la mora, y las costas judiciales, en su caso. Pero como se ha adelantado, a excepción del resto de los créditos con privilegio general, que sólo pueden afectar el 50% del producto líquido de los bienes una vez deducidos los privilegios especiales, el privilegio general del que gozan los laborales es ilimitado, es decir que dichos créditos no se encuentran sometidos a la limitación del 50% del producido de los bienes que afecta a los demás créditos con privilegio general, debiendo ser pagados con anterioridad a la distribución del porcentaje mencionado¹²⁴.

¹²³ Dice el inciso primero del artículo 246 de la LCQ: *Créditos con privilegios generales. Son créditos con privilegio general: 1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de DOS (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso. A su vez, dice el artículo 273 LCT: Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes de indemnizaciones por accidente del trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral, gozarán del privilegio general. Se incluyen las costas judiciales en su caso. Serán preferidos a cualquier otro crédito, salvo los alimentarios.*

¹²⁴ Dice el artículo 247 LCQ: *Extensión de los créditos con privilegio general. Los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del Artículo 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inciso 1 del Artículo 246. En lo que excedan de esa proporción, los demás créditos enumerados en el Artículo 246 participan a prorrata con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados.*

c) Pero también existen dos tipos de créditos laborales que carecen de cualquier privilegio, y por tanto resultan quirografarios, a saber, aquellos privados de toda preferencia en su origen, y aquellos renunciados expresamente por el trabajador que es su titular, siempre dentro de los límites admitidos por el décimo párrafo del artículo 43 de la LCQ. Debe incluirse en el primer grupo los créditos por remuneraciones y subsidios familiares generados con anterioridad a los seis meses, así como los intereses devengados más allá de los dos años transcurridos desde la mora de los créditos laborales con cualquier privilegio.

3.2.- Los privilegios laborales en la quiebra y el concurso preventivo.

El concurso preventivo y la quiebra son procesos de ejecución colectiva o universales, distintos de los procesos de ejecución individual -a través de los cuales un acreedor procura la satisfacción forzada de su crédito en el patrimonio del deudor- ya que, al igual que en los juicios sucesorios, se procura concentrar en una sola causa la totalidad de acciones patrimoniales vinculadas al deudor, fallido o causante.

El proceso de quiebra ordena el desapoderamiento de los bienes del deudor, la realización del activo y la distribución ordenada del resultado entre los acreedores. Si bien no es un requisito propio de la quiebra que el patrimonio del deudor sea insuficiente para cubrir todo el pasivo, ello resulta una constante prácticamente en todos los casos, motivo por el cual los acreedores suelen no obtener la satisfacción total de sus créditos. En tal sentido, merced a la regla *par conditio creditorum* se espera que todos los acreedores soporten las pérdidas en una relación de paridad, y es por ello que los privilegios, en dichos casos, resultan un medio legal para permitir a algunos acreedores, que son sus titulares y por ello reciben la denominación de *privilegiados*, percibir todo o parte de su crédito, con antelación en el tiempo, desplazando hacia el remanente del

producido, si lo hubiera, la percepción de los créditos que carecen de privilegio, y reciben la denominación de *quirografarios*.

La función principal del síndico será la de liquidar los bienes del deudor. En primer lugar, debe ordenar el pasivo, opinando a través de sus informes individuales acerca de la admisibilidad o no de cada crédito en particular, y de un informe general acerca de la situación patrimonial del deudor. Luego debe realizar los bienes que otrora fueran de propiedad del deudor para convertirse en bienes de la masa afectada a la ejecución colectiva, fruto de lo cual van ingresando fondos a la quiebra, los cuales serán objeto de distribución entre los acreedores, atendiendo a su condición por gastos de conservación y de justicia (conforme artículo 240 de la LCQ), con privilegio especial (artículo 241 de la LCQ), con privilegio general (artículo 246 de la LCQ) y sin privilegio o quirografarios (artículos 248 y 249 de la LCQ).

En cuanto al proceso del concurso preventivo, tal como lo sugiere su denominación, tiende a prevenir o evitar la quiebra del deudor. A través del mismo, el deudor cuenta con la posibilidad de concentrar en un solo proceso la totalidad de reclamos de contenido patrimonial de sus acreedores, luego de cuyo ingreso al proceso, a través de un juicio abreviado denominado de *verificación de créditos*, el deudor realiza una propuesta de pago que, en la mayoría de los casos, suele estar integrada por quitas y esperas. Mediante su propuesta, la cual puede contener varias opciones, el deudor cuenta con la posibilidad de agrupar a sus acreedores, teniendo en consideración el carácter de sus créditos y si ellos gozan o no de privilegio, debiendo notarse que la propuesta debe respetar el principio de la *par conditio creditorum*, manteniendo la paridad de situaciones para acreedores de una misma categoría, ya sean quirografarios o privilegiados.

Tratándose de acreedores quirografarios en el proceso concursal, si la propuesta

del deudor obtiene la conformidad de la mayoría absoluta de los que representen las dos terceras partes del capital computable (conforme artículo 45 de la LCQ), y no existieran impugnaciones o desestimadas éstas, el juez debe proceder a homologar el acuerdo, acto cuyo principal efecto resulta la extinción de las obligaciones anteriores del concursado, por novación, en los términos del acuerdo (conforme artículo 55 de la LCQ). La novación opera en forma imperativa, con respecto a los acreedores quirografarios que, en forma minoritaria, no hubieran aceptado la propuesta del deudor, así como se aplica a los acreedores quirografarios cuyos créditos se hubieran originado por causa anterior a la presentación, aunque no hubieran participado en el procedimiento (conforme artículo 56 de la LCQ), particularidad que sólo rige con relación a los acreedores quirografarios y para los acreedores privilegiados que, con la finalidad de acceder a la propuesta, renuncien al privilegio. La renuncia al privilegio, puede ser total o parcial. En este último supuesto, no inferior al 30 % (conforme artículo 43 de la LCQ).

Ahora bien, se ha expresado que el deudor, luego de obtener la conformidad a su propuesta por parte de la mayoría de los acreedores quirografarios, podría imponer sus términos a la minoría de dichos acreedores que no la acepten, efecto del acuerdo que no se aplica a los acreedores privilegiados. Es que para que exista acuerdo con relación a los acreedores privilegiados, el artículo 44 de la LCQ exige que el concursado cuente con la aprobación de la totalidad de dichos acreedores. Naturalmente, debe tratarse de acreedores ingresados tempestivamente al concurso y que hubieran obtenido resolución judicial declarando admisible o verificado su crédito y privilegio (conforme artículos 36 y 37 de la LCQ). La norma también prevé el ingreso de los acreedores privilegiados al acuerdo renunciando al privilegio (conforme artículo 43 de la LCQ).

Asimismo, existen acreedores privilegiados que ingresan al concurso con posterioridad al procedimiento de verificación tempestiva, sea por vía de incidente de

verificación tardía o de revisión, motivo por el cual corresponde distinguir a aquellos que verificaron su acreencia tempestivamente de quienes verificaron su crédito en forma tardía.

En cuanto a los dependientes que hubieron de verificar su crédito en el debido tiempo, y que, por lo tanto, ingresaron al concurso y obtuvieron el reconocimiento de su crédito mediante una sentencia de habilitación del pronto pago o declarativa de la admisibilidad o verificación, tanto del crédito como del privilegio insinuado, la fórmula de acuerdo propuesta por el deudor puede contener o no una propuesta. En este último caso, resulta obvio que un acuerdo posteriormente homologado no le resultará oponible al acreedor privilegiado y, en tal caso, su crédito será inmediatamente exigible (conforme artículo 57 de la LCQ), y la exigibilidad de su crédito lo será en la medida de la sentencia de verificación, que podrán ejecutar ante el juez que corresponda, el cual, según el inciso 1º del artículo 6 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – por ejemplo, pudiendo ser distinto en otras jurisdicciones- será el del proceso principal, es decir, el juez del concurso, pudiendo entonces el acreedor laboral verificado promover la ejecución individual de su crédito ante dicho magistrado.

Pero a su vez, el propio artículo 57 de la LCQ dispone, en su parte final, que dichos acreedores también podrán solicitar la quiebra del deudor de conformidad a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 80 de dicho cuerpo legal, caso en el cual ello debe ser formulado en el expediente donde obtuvo sentencia de verificación, en el del concurso principal o se debe promover uno nuevo, aunque, en principio, la solución legal parece imponer esta última alternativa, al menos por dos razones, a saber, porque la propia remisión de la norma citada hace notar que corresponderá seguir el procedimiento que la misma ley establece -a partir del artículo 83- para la quiebra por petición de acreedor, y porque el supuesto especial del artículo 57 de la LCQ no ha sido

incluido dentro de los casos de quiebra indirecta que la propia norma habilita en el inciso 1º de su artículo 77. Esta solución legal no impide que el acreedor laboral, en el mismo expediente donde obtuvo la sentencia de verificación, pida se intime al deudor al pago de su acreencia, bajo apercibimiento de quiebra o de lo dispuesto por el artículo 57 en cuestión, pudiendo el juzgado dar curso a la intimación, caso en el cual el deudor tendrá una oportunidad adicional para extinguir su obligación por medio del pago; aunque también puede el juzgador resolver, sea el pedido de intimación, sea el pedido de quiebra formulado en dicho expediente luego de la falta de cumplimiento por parte del deudor a la intimación de pago recibida, que el acreedor ocurra por la vía y el modo que corresponde, debiendo entonces promoverse un nuevo expediente para continuar con el proceso previsto a partir del artículo 83 de la LCQ.

Ahora bien, para el caso en que exista un acuerdo homologado para acreedores con privilegio, y con posterioridad a la homologación de dicho acuerdo ingresen nuevos acreedores de igual rango, parece claro que los términos del acuerdo en cuestión son oponibles a los acreedores privilegiados que aceptaron expresamente la propuesta, pero con respecto a los acreedores verificados con posterioridad, a cuyo respecto no hubo propuesta específica que los alcance ni aprobación, corresponde dilucidar si, frente al acuerdo homologado, ingresan de manera tardía al concurso. Así, la regla general expresa que el acuerdo es aplicable a *“todos los acreedores quirografarios”* (con. artículo 56 de la LCQ), pero con relación a los acreedores privilegiados, el acuerdo sólo resulta aplicable a aquellos que hubieran renunciado de manera expresa al privilegio (conf. artículo 43 de la LCQ) o que aceptado, también de manera expresa, la propuesta del deudor (conf. artículo 44 de la LCQ).

En rigor, el texto originario de la actual LCQ no contenía disposición alguna que declarase aplicable el acuerdo preventivo a los acreedores privilegiados verificados con

posterioridad, discutiéndose entonces si dichos acreedores se veían afectados por la propuesta del acuerdo homologado para los acreedores privilegiados que prestaron en su conformidad modo expreso. En tal sentido, con fecha 15 de abril de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹²⁵, hizo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación, por el cual se estableció que el acuerdo alcanzado con los acreedores con privilegio especial debe imponerse a quienes verificasen sus créditos de manera tardía, con igual privilegio, criterio que parece haberse impuesto al modificarse el artículo 56 de la LCQ por Ley N° 26.086. El texto actual, luego de reiterar la aplicación de los efectos del acuerdo homologado a los acreedores quirografarios, con referencia a la verificación tardía expresa que *“los efectos del acuerdo homologado se aplican también a los acreedores que no hubieran solicitado verificación, una vez que hayan sido verificados”*, y con esta nueva redacción parece claro que si el deudor logra la conformidad de la totalidad de los acreedores laborales con crédito privilegiado respecto de la propuesta de acuerdo que luego resulta homologada, dicha fórmula es aplicable para los acreedores de igual rango, cuyos créditos ingresen posteriormente al concurso por verificación tardía, aún cuando no hubieran prestado su conformidad expresa a dicho acuerdo, por no hallarse tempestivamente verificado su crédito.

Naturalmente, como la renuncia al privilegio no se presume, el acuerdo debe contener una previsión expresa para los acreedores laborales privilegiados que mantengan su privilegio, sin que baste referirse al caso de renuncia al privilegio y, si así fuera, los acreedores laborales que ingresan tardíamente al concurso, no están obligados a renunciar al privilegio.

¹²⁵ CSJN, *Florio y Compañía I.C.S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación de crédito por Niz, Adolfo Ramón*; sentencia del 14.04.04. Causa F. 597. XXXVI.

Y si la propuesta del deudor no contempla la situación de estos acreedores laborales privilegiados, resulta claro, también, que, con relación a ellos, el acuerdo homologado no produce ningún efecto.

Pero también puede darse el caso del acreedor laboral privilegiado, cuyo crédito es anterior al concurso, que nunca ingresó a éste en tiempo propio y, por lo tanto, su crédito no fue objeto de verificación, ni se encontró comprendido en el acuerdo. Ello así, porque continuó tramitando su reclamo ante el juez laboral, o bien porque nunca lo inició y no se operó a su respecto ningún plazo de prescripción.

En tal sentido, hasta la reforma introducida al artículo 56 de la LCQ por la Ley N° 26.086, dicho aspecto del proceso concursal generaba interpretaciones encontradas. Sobre el particular, el artículo 59 de la LCQ, en su primer párrafo establece: *“Una vez homologado el acuerdo, y tomadas y ejecutadas las medidas tendientes a su cumplimiento, el juez debe declarar finalizado el concurso, dando por concluida la intervención del síndico”*. En tal caso, era necesario compatibilizar esta disposición con el régimen del fuero de atracción. Ocurre que, por un lado, la LCQ establece que todos los créditos contra el concursado, de causa o título anterior a la presentación en concurso, salvo en etapa de conocimiento, deben ingresar al proceso universal, por vía de pronto pago, verificación o continuación (conforme artículos 16, 21 y 32), en tanto que, por otra parte, la propia norma disponía la finalización del proceso y de la intervención del síndico, guardando silencio acerca de la situación de los acreedores que no estuvieron comprendidos en el acuerdo ni ingresaron en tiempo propio. Sin embargo, con la redacción dada al artículo 56 de la LCQ por la Ley N° 26.086, que contempla en modo expreso la situación del acreedor laboral ingresado al concurso luego de vencidos los plazos de insinuación, sea a través de la verificación *tempestiva* (dentro de los seis meses de haber quedado firme la sentencia) o *tardía* (una vez vencido este plazo, o

antes de ello si es que nunca tramitó su reclamo en sede laboral), resulta evidente que, en todos los casos, la ejecución del crédito privilegiado laboral, en la medida que se trate de un crédito *pre-concursal*, debe hacerse dentro del proceso concursal.

3.3.- Los privilegios laborales en el orden de prelación del sistema general.

Con la referencia y delimitación realizadas, puede establecerse la ubicación de los créditos laborales en el orden de prelación correspondiente, a fin de establecer, para el caso de ejecución de un deudor, la prioridad de cobro del acreedor a quien se le adeuda dinero en virtud de la prestación de tareas dependientes, y si ella satisface el espíritu del principio de protección del trabajador, también llamado “principio protectorio”.

En tal sentido, la Ley de Concursos y Quiebras establece un orden de prelación por demás confuso, que incluye a los créditos derivados por gastos del concurso y reserva de gastos¹²⁶, a otros causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso –gastos de conservación y de justicia-¹²⁷, y los que gozan de privilegio¹²⁸, pero anteponiendo algunos créditos con prelación temporal, cuales son, los créditos garantizados con hipoteca, prenda¹²⁹ o warrant, cuyo pago puede ser reclamado en cualquier momento mediante la realización

¹²⁶ Dice el artículo 244 LCQ: *Reserva de gastos. Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso. También se calcula una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes.*

¹²⁷ Dice el artículo 240 LCQ: *Gastos de conservación y de justicia. Los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial. El pago de estos créditos debe hacerse cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación. No alcanzando los fondos para satisfacer estos créditos, la distribución se hace a prorrata entre ellos.*

¹²⁸ Conf. Artículos 241, 243 y 246 LCQ.

¹²⁹ Debe notarse, asimismo, la redacción del artículo 270 de la LCT, que también refiere la preferencia del crédito del retenedor sobre las cosas retenidas: *Los créditos previstos en el artículo 268 gozan de preferencia sobre cualquiera otro respecto de los mismos bienes, con excepción de los acreedores prendarios por saldo de precio, y de lo adeudado al retenedor por razón de las mismas cosas, si fueren retenidas.*

de la cosa sobre la que recae el privilegio, requiriendo la venta mediante petición que tramita por separado en el concurso.¹³⁰

En tal sentido, debe observarse que, antes de pagar cualquier crédito que goza de privilegio especial, se debe reservar del precio del bien sobre el que recae, todo importe correspondiente a su conservación, custodia, administración y realización efectuados en el concurso, como también una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, correspondientes sólo a diligencias sobre tales bienes.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los gastos de conservación y de justicia son pagados conjuntamente con los créditos que gozan de privilegio especial, pues la redacción de la primera parte del artículo 240 no permite pensar que estos tengan preeminencia sobre aquellos, ya que expresa que los gastos de conservación y justicia se pagan con preferencia sobre los créditos contra el deudor, salvo que estos tengan privilegio especial, sin especificar si en tal caso dichos créditos privilegiados se anteponen a los gastos de conservación y justicia o concurren con ellos. En tal sentido, se reitera, por no poder colegirse expresamente una preeminencia, debe interpretarse que los créditos laborales con privilegio especial concurren con dichos gastos. Aunque sí es claro que ambos, los gastos de conservación y justicia y los créditos con privilegio

¹³⁰ Dice el artículo 126 LCQ: *Verificación: obligatoriedad. Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias en la forma prevista por Artículo 200, salvo disposición expresa de esta ley. Créditos prendarios o hipotecarios. Sin perjuicio del cumplimiento oportuno de esa carga, los acreedores con hipoteca, prenda o garantizados con warrant, pueden reclamar en cualquier tiempo el pago mediante la realización de la cosa sobre la que recae el privilegio, previa comprobación de sus títulos en la forma indicada por el Artículo 209 y fianza de acreedor de mejor derecho. Los síndicos pueden requerir autorización al juez para pagar íntegramente el crédito prendario o hipotecario ejecutado por el acreedor con fondos líquidos existentes en expediente, cuando la conservación del bien importe un beneficio evidente para los acreedores. A tales fines puede autorizársele a constituir otra garantía o disponer la venta de otros bienes. Asimismo, dice el artículo 209 LCQ: Concurso especial. Los acreedores titulares de créditos con garantía real pueden requerir la venta a que se refiere el Artículo 126, segunda parte, mediante petición en el concurso, que tramita por expediente separado. Con vista al síndico se examina el instrumento con que se deduce la petición, y se ordena la subasta de los bienes objeto de la garantía. Reservadas las sumas necesarias para atender a los acreedores preferentes al peticionario, se liquida y paga el crédito hasta donde concurren el privilegio y remanente líquido, previa fianzas en su caso.*

especial en conjunto, prevalecen, a su vez, sobre aquellos que gozan de privilegio general.

Asimismo, debe agregarse que los créditos laborales posteriores a la apertura de un concurso gozan de la preferencia de los acreedores del concurso, es decir, de los créditos por gastos de conservación y de justicia.¹³¹ Pero ellos, se reitera, constituyen créditos posteriores a la presentación en concurso.

Así, no obstante la confusión del sistema, podría interpretarse que el orden de prelación de los créditos se estructuraría de la siguiente manera:

1.- En primer lugar se antepone la reserva, sobre el precio del bien en el cual recaen, de los importes correspondientes a la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso, calculándose asimismo una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso vinculados sólo a diligencias sobre tales bienes.

2.- En segundo lugar, y en los términos del artículo 241, inciso 1º, de la LCQ, tienen derecho a cobro los titulares de créditos por gastos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre dicha cosa, mientras exista en poder del deudor por cuya cuenta se hicieron los gastos. En rigor, pero no por ser créditos laborales con intención expresa de protección, debe incluirse en este estadio los créditos laborales originados en la conservación de los bienes prendados que surgen del inciso 1º del artículo 43 del Decreto-ley N° 15.348, del año 1946, el cual incluye los salarios que respondan a dicho concepto.

3.- En tercer lugar, los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o

¹³¹ Dice el párrafo tercero del artículo 192 LCQ: *Las obligaciones legalmente contraídas por el responsable de la explotación gozan de la preferencia de los acreedores del concurso. En caso de revocación o extinción de la quiebra, el deudor asume de pleno derecho las obligaciones contraídas legalmente por el responsable de la explotación.*

flotante, así como los créditos indicados en el Título III del Capítulo IV de la Ley N° 20.094, en el Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico (Ley N° 17.285), los del Artículo 53 de la Ley N° 21.526, los de los Artículos 118 y 160 de la Ley N° 17.418.

4.- En cuarto lugar, el crédito del retenedor, para el caso en que haya comenzado a ejercer su derecho de retención con anterioridad al nacimiento del crédito laboral.

5.- En quinto lugar, algunos impuestos y tasas sobre inmuebles.

Luego de los mencionados anteriormente, recién pueden ubicarse los créditos laborales con privilegio especial, viéndose relegados aquellos con privilegio general – con preferencia ante el resto de los créditos con ese tipo de privilegio, y sin la limitación del 50% ya señalada-, por el resto de los créditos con privilegio especial, conforme el orden de prelación de los incisos del artículo 241 de la Ley de Concursos y Quiebras.

Y asimismo, junto con los créditos que gozan de privilegio especial, debe incluirse el cobro de los gastos de conservación y de justicia, los cuales, se reitera, son pagados con preferencia a los créditos que gozan de privilegio general. En tal sentido, debe señalarse que dentro de esta clasificación debe incluirse a las remuneraciones del trabajador y las indemnizaciones que le corresponden por su antigüedad o falta de preaviso para el caso de continuación de la empresa cuando a causa de la legislación concursal vigente o actos del poder público se autorizase su continuación.¹³²

A su vez, es necesario señalar que si bien en el sistema de la Ley de Contrato de Trabajo los privilegios resultaban irrenunciables¹³³, ello fue derogado a través del artículo 293 de la Ley de Concursos y Quiebras actualmente vigente. Y si bien buena

¹³² Conf. artículo 267 de la LCT, el cual reza: *Cuando por las leyes concursales o actos de poder público se autorizase la continuación de la empresa, aún después de la declaración de la quiebra o concurso, las remuneraciones del trabajador y las indemnizaciones que le correspondan en razón de la antigüedad, u omisión de preaviso, debidas en virtud de servicios prestados después de la fecha de aquella resolución judicial o del poder público, se considerarán gastos de justicia. Estos créditos no requieren verificación ni ingresan al concurso, debiendo abonarse en los plazos previstos en los artículos 126 y 128 de esta ley, y con iguales garantías que las conferidas a los créditos por salarios y otras remuneraciones.*

¹³³ Conf. Artículo 264, el cual rezaba: *Los privilegios laborales son irrenunciables, medie o no concurso.*

parte de la doctrina¹³⁴ considera que el trabajador, en caso de concurso del patrono deudor, no puede renunciar al régimen de los privilegios, por integrar el sistema el orden público laboral, conforme lo dispuesto en los artículos 12 y 58 de la LCT¹³⁵, opinión que aparece como completamente acertada, pues aún cuando ninguna de dichas normas (artículos 12 y 58 de la LCT) lo prevén expresamente, así como ni el texto derogado ni el artículo 293 de la LCQ –normas especiales con preeminencia sobre las generales de los artículos 12 y 58- lo mencionaban, toda vez que en el caso del concurso preventivo el concursado conserva la administración de su patrimonio bajo la vigilancia del síndico, y no se extinguen los contratos de trabajo vigentes, pareciera que el imperio de los artículos 12 y 58 queda intacto en el concurso preventivo, reservándose sólo para el caso de la quiebra el hecho de que los privilegios laborales resultan hoy derechos pasibles de renuncia.

Ahora bien, la viabilidad de la renuncia al privilegio laboral queda subordinada al cumplimiento de requisitos formales que la propia LCQ exige en su artículo 43.

Así, en primer término, sólo es renunciable el privilegio otorgado, de manera tal que sin una resolución que así lo confiera (sea en el pronto pago, sea en el pedido de verificación), cualitativa y cuantitativamente, no cabe renuncia alguna¹³⁶. En segundo lugar, la renuncia debe tener por finalidad el acceder a la propuesta de acuerdo formulada para acreedores privilegiados. En tercer lugar, se exige la ratificación personal del trabajador ante el juez del concurso, requisito éste que no se encuentra complementado por otros recaudos necesarios, como el hecho de que el trabajador se

¹³⁴ Conf., por ejemplo, Maza, Miguel Ángel (Director), *op. cit.*, pág. 445.

¹³⁵ Al establecer el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, dice el artículo 12 de la LCT, conforme se ya se ha referido: *Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.* A su vez, dice el art. 58 de la LCT: *No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquél sentido.*

¹³⁶ Maza, Alberto J. *Op. cit.*, *Privilegios laborales en el proceso falencial*, pág. 300.

encuentre asistido por un letrado, y que el contenido del acuerdo se halle sujeto al control judicial previsto en el artículo 15 de la LCT, aún cuando parte de la doctrina sostenga su expresa aplicabilidad al caso por el juez comercial, quien debe homologar la renuncia al privilegio ratificada personalmente por el trabajador¹³⁷. Por otra parte, debe notarse la exigencia de la notificación a la asociación sindical que represente al acreedor laboral, sólo para el caso de un trabajador amparado bajo un convenio colectivo de trabajo.

Naturalmente, la renuncia debe ser expresa, tanto por aplicación de los principios generales por los cuales ella no se presume (conf. artículo 974 del Código Civil) como por las normas especiales contenidas en los artículos 58 y 259 de la LCT. Y en caso de falta de mención al privilegio correspondiente al crédito laboral, no cabe interpretar la existencia de renuncia o su carácter de quirografario¹³⁸. Por otra parte, la renuncia al privilegio laboral puede ser total o parcial, y en este último caso, no podrá ser inferior al 20 %. Y finalmente, debe señalarse que dicha renuncia queda sujeta a la condición resolutoria de la homologación del acuerdo, ya que si éste no es objeto de homologación, o si el empleador quiebra por falta de acuerdo, el crédito laboral recobra su privilegio.

3.4.- El pronto pago.

Existe, también, otro instituto jurídico de importancia vinculado con el orden de prelación de los privilegios laborales que debe ser aquí, al menos, brevemente referido. Dicho instituto es el *pronto pago*, el cual responde a una necesidad de protección del dependiente y que, en el derecho positivo argentino, originalmente fuera plasmado en el

¹³⁷ Negre de Alonso, Liliana Teresita, *Los acreedores laborales en el proceso concursal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 1996, pág. 291.

¹³⁸ Di Tullio, José A. *La omisión de indicar el privilegio en la verificación de créditos*. D.J. del 6 de junio de 2004, pág. 381.

artículo 266 de la LCT, luego derogado por la LCQ, que reconocía el derecho de pronto pago de los créditos laborales, y según el cual el juez del concurso debía autorizar el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes y las previstas en los artículos 232, 233 y 245 a 254 de la LCT que tuvieran el privilegio especial asignado por el artículo 268, previa comprobación de sus importes por el síndico, sin necesidad de sentencia en juicio laboral ni verificación del crédito en el concurso.¹³⁹

Sin embargo, si bien se ha señalado que el artículo 266 de la LCT hubo de ser derogado por la actual LCQ, debe notarse que el derecho de pronto pago de los créditos laborales sólo fue sustraído de la LCT mediante la derogación de su artículo 266, pero a la vez fue incorporado al régimen general del concurso y la quiebra con mayor amplitud respecto de rubros de crédito laboral objeto de pronto pago, a través de los artículos 16 y 183 de la LCQ, para luego ser modificado el régimen por el artículo 3 de la Ley N° 26.086, al dar una nueva redacción al mencionado artículo 16 de la LCQ, señalando, en su parte esencial correspondiente:

Pronto pago de créditos laborales: Dentro del plazo de 10 días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el Juez del concurso autorizará el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes de trabajo o enfermedades laborales y las previstas en los artículos 132 bis., 232, 233 y

¹³⁹ Decía el artículo 266 de la LCT: *El juez del concurso debe autorizar el pago de las remuneraciones debidas al trabajador, las indemnizaciones por accidentes y las previstas en los arts. 232, 233 y 245 a 254 de esta ley que tengan el privilegio asignado por el art. 268, previa comprobación de sus importes por el síndico, los que deberán ser satisfechos prioritariamente con el resultado de la explotación, con los primeros fondos que se recauden o con el producto de los bienes sobre los que recaigan los privilegios especiales que resulten de esta ley. A menos que se produzcan los supuestos previstos en el párrafo siguiente, para disponer el pronto pago no será necesaria la sentencia en juicio laboral ni la verificación del crédito en el concurso y el síndico deberá pronunciarse sobre su procedencia dentro de los diez (10) días de efectuada la petición. Oído el síndico, el juez sólo podrá denegar el pedido, mediante resolución fundada, cuando se tratare de créditos que no surjan de la documentación laboral y contable del empleador o que estuvieren controvertidos, o existieran dudas sobre su subsistencia o legitimidad o sospecha de connivencia dolosa entre el peticionante y el concursado, en cuyo supuesto dispondrá que se produzca el incidente de verificación o, en su caso, el reclamo judicial previo en sede laboral. La resolución que deniegue el pedido de pronto pago será apelable.*

245 a 254, 178, 180 y 182 de la Ley N° 20.744; artículo 6° a 11 de la Ley N° 25.013; las indemnizaciones previstas en la Ley N° 25.877, en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 25.323; en los artículos 8°, 9°, 10, 11 y 15 de la Ley N° 24.013; en el artículo 44 y 45 de la Ley N° 25.345 y en el artículo 16 de la Ley N° 25.561, que gocen de privilegio general o especial y que surjan del informe mencionado en el inciso 11 del artículo 14.

Para que proceda el pronto pago de crédito no incluido en el listado que establece el artículo 14 inciso 11), no es necesaria la verificación del crédito en el concurso ni sentencia en juicio laboral previo.

Previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando se tratare de créditos que no surgieren de los libros que estuviere obligado a llevar el concursado, existiere duda sobre su origen o legitimidad, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado.

En todos los casos la decisión será apelable.

La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal.

La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural.

No se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, excepto en el caso de connivencia, temeridad o malicia.

Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el 1% mensual del ingreso bruto de la concursada.

El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios.

En el control e informe mensual que la sindicatura deberá realizar, incluirá las modificaciones necesarias, si existen fondos líquidos disponibles, a los efectos de abonar la totalidad de los pronto pagos o modificar el plan presentado.

Dicha disposición, aplicable al concurso preventivo, tiene su correlato en el procedimiento de quiebra en el artículo 183 de la LCQ, el cual no fue modificado por la Ley N° 26.086, y expresa en su segundo párrafo:

Las deudas comprendidas en los artículos 241, inciso 4 y 246, inciso 1, se pagarán de inmediato con los primeros fondos que se recauden o con el producido de los bienes sobre los cuales recae el privilegio especial, con reserva de las sumas para atender créditos preferentes. Se aplican las normas del artículo 16 segundo párrafo.

En otras palabras, la redacción legal actual, incluyendo la reforma que la Ley N° 26.086 operó sobre la LCQ, expresa, en general para el pronto pago en el concurso preventivo y en aquello que sea aplicable a la quiebra, y en sus aspectos más destacables, que el juez, dentro del plazo de diez días de emitido el correspondiente informe de auditoría de documentación hecha por el síndico, y sin que sea necesaria la verificación del crédito en el concurso ni una sentencia en juicio laboral previo, debe autorizar el pago al dependiente de una serie de rubros correspondientes a deudas de naturaleza laboral debidas por el empleador fallido, a saber, remuneraciones, indemnizaciones por accidentes o enfermedades del trabajo, astreintes por falta de ingreso de aportes retenidos al trabajador, indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido, indemnizaciones debidas en virtud de la extinción del contrato de trabajo en los supuestos que correspondieran, agravamiento indemnizatorio por causa de embarazo o de matrimonio, multas y agravamientos indemnizatorios por empleo sin registro o con registro defectuoso o por omisión de pago de ciertas indemnizaciones, indemnizaciones previstas en la Ley de Ordenamiento Laboral N°

25.877, deudas con los organismos correspondientes por falta de ingreso de aportes y contribuciones, multa por omisión de entrega de los certificados del artículo 80 de la LCT, y agravamiento indemnizatorio otrora previsto por la Ley de Emergencia Económica 25.561 (hoy derogado), siempre que gocen de privilegio general o especial y que surjan del mencionado informe de la sindicatura.

Por otra parte, el juez debe dar vista al síndico y al concursado, luego de lo cual puede denegar total o parcialmente el pronto pago a través de resolución fundada, siempre que el o los créditos no estuvieran asentados en los libros que el concursado debiera llevar obligatoriamente, hubiera alguna duda sobre la veracidad acerca de su origen o sobre su legitimidad, si estuvieran discutidos, o si hubiera alguna sospecha de cualquier tipo de complicidad entre el supuesto dependiente acreedor y el empresario fallido, siendo apelable, en cualquier caso, la decisión del juez, pero aquella que admita el pronto pago, una vez firme, tendrá efectos de cosa juzgada material con la consecuencia de convertirse en créditos verificados en el pasivo del concurso, y la que lo deniegue permite al empleado acreedor promover o continuar el juicio laboral ante un juez con jurisdicción en dicho fuero.

Asimismo, dispone la norma que no se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, salvo los casos de connivencia, temeridad o malicia; que los créditos han de ser pagados en su totalidad, en caso de existir fondos líquidos disponibles, y si no ocurriera ello, hasta que se detecte su existencia, se deberá afectar el 1% mensual del ingreso bruto de la concursada al mencionado pago, debiendo el síndico realizar un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios, así como incluir, en su control e informe mensual, las modificaciones necesarias, frente a la existencia de fondos líquidos disponibles, con el objeto de pagar la totalidad de los pronto pagos o modificar el plan oportunamente presentado.

Es que los créditos laborales gozan de privilegio y, por lo tanto, en caso de concurrencia de acreedores en el proceso universal e insuficiencia de fondos para la cancelación de todo el pasivo, tienen derecho a percibir los créditos así protegidos, con anterioridad a otros acreedores, de menor privilegio o quirografarios. Sin embargo, además del privilegio, el legislador ha otorgado a algunos créditos laborales una protección adicional, cual es el derecho al *pronto pago*, que significa la posibilidad de percibir tales créditos sin necesidad de aguardar, junto a los demás acreedores, la tramitación del concurso preventivo o la realización y distribución total del pasivo del deudor en la quiebra. El *pronto pago laboral* constituye, así, otra excepción a la *par conditio creditorum*, atendiendo a la particular protección que merece este tipo de créditos. Y no se trata de un beneficio adicional conferido al trabajador, como sostiene buena parte de la doctrina, toda vez que los acreedores de créditos con garantía prendaria e hipotecaria, una vez verificado su crédito, conservan la facultad de ejecutar la garantía, en los términos de los artículos 21, inc. 3°, y 23 de la LCQ, mientras que el trabajador no goza de este derecho.

Pero a su vez, debe también notarse que el reconocimiento judicial del pronto pago laboral queda supeditado, en cuanto a su concreción, a la existencia de fondos líquidos, disponibles en el concurso preventivo, o provenientes de la realización de bienes sobre los cuales se asienta el privilegio especial laboral en la quiebra. En este sentido, se ha interpretado que no debe obstaculizar el pronto pago, la hipotética inexistencia de fondos, como tampoco la concurrencia de otros acreedores en igual situación¹⁴⁰.

Ahora bien, profundizando las cuestiones expuestas respecto de la regulación del pronto pago de los créditos laborales, debe señalarse que, en el concurso preventivo, el

¹⁴⁰ Conf. CNCom., Sala D, “*OEM Telefonía Celular Argentina S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de pronto pago por Simioni, Rosana*”; sentencia del 28.02.01. ED, 193-468.

deudor continúa en la administración de sus bienes, pero sujeto a la imposibilidad de cancelar los créditos que pueden denominarse *preconcursoales*. En tal sentido, el pronto pago en dicha clase de proceso se materializa a través de una excepción a la regla de la prohibición de pagos, a favor de la cancelación de los créditos laborales. La regla es, pues, que el deudor no puede realizar pagos con imputación a créditos *preconcursoales*, con la citada salvedad de los créditos laborales, aunque, en rigor, no se trata de una facultad conferida al deudor, sino de un deber a él impuesto, y que a su vez, constituye una derecho o prerrogativa del trabajador.

Asimismo, debe notarse lo impropio de la regulación del pronto pago en el régimen del concurso preventivo, el cual se incluye entre los actos prohibidos, cuando hubiera sido conveniente, a todas luces, legislar el pronto pago con autonomía suficiente en alguna otra disposición de la cual surgiera claramente que el instituto establece un acto permitido desde el punto de vista del empleador deudor, así como de un derecho desde la óptica del trabajador acreedor.

En cuanto al procedimiento del pronto pago, éste sustituye el proceso de verificación por los mismos créditos, conforme la reforma introducida por la Ley N° 26.086, de manera tal que si el trabajador obtiene el reconocimiento de sus créditos por la tramitación de su pronto pago laboral, luego no debe recabar la verificación de dichos créditos, tal como lo disponía el art. 266 de la LCT.

Desde el aspecto procesal, el pronto pago constituye un reclamo como cualquier demanda o escrito de promoción de incidente. La vía incidental está impuesta por el artículo 280 de la LCQ, por tratarse de una cuestión que se relaciona con el proceso principal, y no se halla sometida a un procedimiento especial. A su vez, el dependiente debe exponer las causas de su reclamo, y practicar liquidación de cada uno de los rubros que se le adeuden, todos los cuales deben guardar coincidencia con aquellos para los

que el artículo 16 de la LCQ habilita el pronto pago, y que, además, gocen de privilegio general o especial.

En cuanto a la oportunidad procesal de solicitar el pronto pago de los créditos laborales, la normativa vigente nada dice al respecto, motivo por el cual dicha solicitud podría ser presentada por el trabajador antes de su apertura, durante, o aún vencido el período de verificación de los créditos, siempre dentro de los límites previstos por el artículo 56 de la LCQ. Del pedido de pronto pago el juez debe dar vista por diez días al síndico, agregando la reforma introducida por la Ley N° 26.086 una vista del pedido de pronto pago al deudor, lo cual, aún cuando no había sido contemplado en la redacción original de la actual LCQ, era de práctica judicial común, para evitar futuras nulidades por violación al derecho de defensa en juicio del deudor¹⁴¹.

Por otra parte, es necesario notar que, al fundar el reclamo, debe tenerse en cuenta que el juez puede denegar el pronto pago si se trata de créditos controvertidos, de manera tal que tanto la existencia como el monto del crédito deben surgir con claridad del escrito de solicitud y prueba documental que dé sustento al crédito.

Y si se habla de créditos controvertidos, pareciera que debe entenderse por ellos los créditos bajo una controversia, judicial o no, que implique un desconocimiento del crédito por parte del empleador, siendo claro que los créditos reconocidos con sentencia firme no dan lugar a controversia, ni los rubros cuya falta de pago surja de documentación del empleador, debiendo notarse que a partir de la reforma introducida por la Ley N° 26.086 al inciso 11) del artículo 14 de la LCQ, parece claro que el deber de información acerca de la legitimidad del pasivo laboral, queda a cargo del síndico, debiendo éste compulsar la documentación necesaria del deudor, sin poder ya

¹⁴¹ Conf. CNCom., Sala A, “*Royal House S.A. s/ inc. de pronto pago por Denistein, Carlos A.*”, sentencia del 17 de junio de 1997, LL 1998-B, 746; ídem Sala A, “*Contesso, Mónica E. s/ inc. de verificación en Obra Social del Personal de la Industria del Vestido*”, sentencia del 21 de febrero de 2003, LL, 2003-E, 209.

considerar controvertidos los pedidos de pronto pago por falta de documentación que debiera estar en poder del deudor. En cualquier caso, el síndico podrá aconsejar que se admita el pedido de pronto pago por tratarse de créditos no controvertidos, o bien aconsejar se desestime el pedido en cuestión por entender que se trata de un crédito controvertido, es decir, que su causa o determinación del monto requieren de una etapa de conocimiento más amplia que el reducido trámite del pronto pago. Pero, en cualquier caso, el Síndico debe agotar todos los medios a su alcance para comprobar el importe del crédito, ya que en el caso del contrato de trabajo, el dependiente, a diferencia de cualquier acreedor comercial, no se encuentra obligado a llevar libros de ningún tipo, motivo por el cual su pedido de pronto pago, siempre que justifique la liquidación practicada con los duplicados de los recibos de remuneraciones extendidos por el empleador, no podrá ser válidamente rechazado, salvo que también se cuestione la autenticidad material de la documentación aportada por el trabajador.

Pero también el juez puede denegar el pronto pago cuando existieren dudas sobre su origen o legitimidad, o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado. Y en tal sentido, no puede soslayarse que, de conformidad con el propio principio protectorio que informa el derecho laboral, en tales casos las dudas deben resultar de elementos objetivos y no de meras sospechas sin mayor fundamento.

Y así, contestado el traslado correspondiente por el síndico, el juez debe resolver entre una de las dos alternativas que permite el artículo 16 de la LCQ, la favorable recepción del pedido de pronto pago, o su desestimación, por las razones explicadas en los párrafos anteriores. Importa, en tal caso, referir los supuestos y consecuencias en uno y otro caso.

Si el juez admite el pronto pago, debe ordenar al síndico que abone al empleado acreedor los rubros reclamados, de manera prioritaria con el resultado de la explotación,

independientemente de la existencia de fondos disponibles, por no ser éste un requisito exigido a los fines de la admisión en cuestión, y hasta podría implicar la exigencia al empleado acreedor de insistir en su petición cada vez que estimase que existen fondos asignables al pago de su crédito.¹⁴² En consecuencia, tampoco es necesario que la continuación arroje utilidades netas.

A su vez, en caso de existir fondos líquidos disponibles, los créditos respecto de los cuales se ha admitido el pronto pago deben ser abonados en su totalidad, preservándose así el derecho del acreedor más diligente, quedando sujetos, quienes se presenten con posterioridad, a la previsión del artículo 56 in fine de la LCQ, no pudiendo reclamar de sus co-acreedores aquellos que estos hubiesen percibido. Y en el caso de no existir o de no haberse determinado la existencia de fondos disponibles, la norma obliga al deudor a afectar al pago en cuestión el uno por ciento (1%) mensual del ingreso bruto de la concursada, y al síndico a efectuar un plan de pagos proporcional a los créditos y sus privilegios, debiendo entenderse que se trata de los créditos laborales con pronto pago admitido.

Es que la resolución que admite el pronto pago equivale a una sentencia de verificación de los créditos por los cuales se admite el instituto, y obliga al síndico y al deudor a realizar los pagos en su totalidad, si existieran fondos disponibles, o a realizar un cronograma de pagos con arreglo a las utilidades que se estimen en el informe, o bien del 1% de la facturación de la empresa.

Por su parte, en el caso de desestimación judicial del pedido de pronto pago, a partir de la reforma de la Ley N° 26.086, la LCQ establece como efecto de dicha resolución la habilitación al empleado acreedor para iniciar o continuar el juicio de

¹⁴² Conf. CNCom., Sala D, “*Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica s/ concurso preventivo s/ incidente de pronto pago pedido por Doctorovich, Eduardo D.*”, sentencia del 22 de diciembre de 2000, ED, 192-341.

conocimiento laboral ante el juez natural. Sin duda alguna, dicha habilitación¹⁴³ no puede implicar jamás una imposición al dependiente, sino sólo ser facultativa para el empleado acreedor, quien podrá optar por abandonar el proceso concursal para promover o continuar su causa en sede laboral, o bien promover un pedido de verificación de su crédito¹⁴⁴, agregando al pedido, en su caso, la causa laboral ya iniciada. Ello, y no obstante la *habilitación* en cuestión, aún cuando no haya sido expresamente contemplado en la redacción de la norma vigente, ya que el acreedor laboral que solicita el pronto pago, y éste le es denegado por cualquier motivo, no podría quedar en peor situación de la que hubiera estado si nunca lo hubiera pedido.

Finalmente, a partir de la reforma de la Ley N° 26.086, la resolución judicial acerca del pronto pago solicitado es apelable en todos los casos, dando solución, de tal manera, a los inconvenientes que se presentaban con anterioridad, dado que el texto original de la actual LCQ no había previsto la posibilidad de recurso contra esta resolución, la cual podía ser considerada como inapelable, atendiendo a la solución prevista por el inciso 3) de su artículo 273.

A su vez, existe un límite temporal para el pedido de pronto pago, cual es la homologación del acuerdo. Así, se ha dicho que una vez homologado el acuerdo propuesto por el concursado, resulta inaplicable el beneficio del pronto pago, puesto que desde entonces los créditos serán percibidos en las condiciones del acuerdo según su clase, o bien resultarán exigibles inmediatamente, de ser ajenos a éste.¹⁴⁵ Como también se ha expresado, en un sentido coincidente, que mediando homologación del acuerdo preventivo celebrado en el principal, deviene inoficioso pronunciarse sobre el pronto pago requerido, ya que éste sólo tiene utilidad durante el período que transcurre

¹⁴³ El propio término así lo indica, como acción de habilitar, es decir, hacer a alguien o algo hábil, apto o capaz para una cosa determinada, según surge de la definición del Diccionario de la Lengua Española.

¹⁴⁴ Conf. CNCom., Sala A, "*Internacional Micro Computer S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de pronto pago por Torquiana, Jorge Ignacio*", sentencia del 14 de septiembre de 2000.

¹⁴⁵ Conf. CNCom., Sala A, "*Industrias Temeyfú*", sentencia del 28 de febrero de 1997. LL 1997-C, 1007.

entre la presentación en concurso y la homologación del acuerdo, a partir de la cual, los acreedores privilegiados recobran el ejercicio de sus acciones individuales.¹⁴⁶

En la quiebra, por su parte, el deudor es desapoderado de sus bienes, los cuales pasan a ser administrados por el representante de la masa de acreedores, que es el síndico, y cuya función primordial consiste en realizar los bienes del deudor y distribuir los resultados entre los acreedores. En tal sentido, el pronto pago en el proceso de quiebra se materializa a través de la posibilidad conferida a los acreedores laborales de percibir parte de sus créditos una vez que existan fondos disponibles derivados de la realización de bienes sobre los cuales se asienta su privilegio especial, sin necesidad de aguardar la completa distribución.

Debe recordarse que, en dicho proceso particular, el pronto pago laboral se encuentra regulado a través del artículo 183 de la LCQ, norma que amplió la nómina de créditos incluidos, agregando aquellos que gozan de privilegio general.

A diferencia de lo que ocurre en el concurso preventivo, en el proceso de quiebra, los fondos para el pronto pago deben provenir de aquello que se recaude –lo cual implica, necesariamente, la continuación de una empresa fallida-, o derive del producido de los bienes sobre los cuales recae el privilegio especial. Sin embargo, en ambos casos deberá tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en el concurso preventivo, en la distribución de tales fondos, sean los que se recauden, sean los que deriven de la venta de bienes, deben considerarse los gastos de conservación y de justicia, esto es, aquellos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso (conforme artículo 240 de la LCQ), créditos que cuentan con una preferencia especial, la que prima sobre los créditos

¹⁴⁶ Conf. CNCom., Sala E, “Robles, Enrique R. En Fortunato Arrufat S.A.”, sentencia del 3 de junio de 2002. LL 2002-F, 889.

con privilegio general y sólo debiera ser preterida por los créditos con privilegio especial, cuando se trate del producido de los bienes sobre los cuales recae este último.

En caso de continuación de actividades, los fondos que se recauden deben ser destinados a cubrir, en primer término, los gastos de la explotación, que no son otros que los previstos por el artículo 240 de la LCQ. Ello así, porque no hay privilegio alguno sobre dichos fondos, salvo el de los propios gastos necesarios para su existencia. Y sólo el remanente, si lo hubiera, puede ser afectado al cumplimiento del pronto pago laboral en relación a los créditos con privilegio general.

Tratándose de fondos provenientes de la venta de bienes sobre los cuales recae el privilegio especial, ellos deben ser afectados, en primer término, al pago de los créditos con privilegio especial, indicados en el inciso 2) del artículo 241 de la LCQ, los cuales deben prevalecer incluso sobre los gastos de conservación y justicia, conforme lo dispuesto por el final del primer párrafo del artículo 240 de la LCQ, siendo razonable, en tales casos, que el juez comercial afecte una mínima proporción del producido para la cobertura de los gastos que fueron necesarios para la realización de esos bienes. Por su parte, los créditos laborales con privilegio general, detallados en el inciso 1) del artículo 246 de la LCQ, así como los demás agregados al artículo 16 de la LCQ por la Ley N° 26.086, en caso de no existir resultado de la explotación por continuación de actividades, sólo podrán ser satisfechos por el pronto pago una vez cancelados los mencionados créditos derivados de gastos de conservación y justicia, indicados en el artículo 240 de la LCQ, lo cual obligará al trabajador a aguardar la distribución final respecto de la satisfacción de sus acreencias.

Por otra parte, la previsión sobre la extensión de los créditos con privilegio general contenida en el artículo 247 de la LCQ¹⁴⁷, no beneficia al pronto pago laboral de

¹⁴⁷ Dice el artículo 247 de la LCQ: *Los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del*

los créditos amparados sólo con dicha clase de privilegio, toda vez que, en definitiva, reduce el privilegio general, de manera sobreabundante desde lo terminológico, a *los sueldos, salarios y remuneraciones*, rubros que deben ser pagados con carácter preferente, afectándose a los demás sólo la mitad del producido líquido de los bienes y, en lo que excedan tal proporción, participan a prorrata con los comunes o quirografarios. Y así, la aplicación literal del texto del artículo 247 de la LCQ desnaturaliza y desarticula el enunciado de los créditos con privilegio general referido por el inciso 1) del artículo 246 de dicha norma, conforme se advierte en doctrina jurisprudencial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.¹⁴⁸

Por ello, debe concluirse que, en la práctica y en los términos de la normativa vigente, no resulta posible llevar a cabo el pronto pago laboral en la quiebra cuando se trate de créditos garantizados sólo con privilegio general.

Así, compete tanto al síndico como al juez del concurso determinar, en virtud de la solicitud de pronto pago, cuáles créditos laborales gozan de privilegio especial, y cuáles sólo de privilegio general, toda vez que aquellos serán atendidos de inmediato con los primeros fondos que se recauden y que sean producto de los bienes sobre los cuales recaea, precisamente, el privilegio especial correspondiente, pero en el caso de los segundos, deberán ser satisfechos una vez que lo hayan sido los créditos correspondientes a gastos de conservación y justicia, motivo por el cual, en los hechos, deberá esperarse al respecto hasta la existencia de algún proyecto de distribución de

Artículo 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inciso 1 del Artículo 246. En lo que excedan de esa proporción, los demás créditos enumerados en el Artículo 246 participan a prorrata con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados.

¹⁴⁸ Conf. CNCom., sala A, "Tualana Sudamericana S.A. s/ quiebra"; sentencia del 15 de mayo de 2007. LL, 2007-E, 180.

fondos¹⁴⁹, circunstancia que, debe insistirse, desarticula, en importantes aspectos, la protección sobre dichos créditos contenida en el artículo 183 de la LCQ¹⁵⁰.

Otro aspecto a considerar acerca del pronto pago en la quiebra, es el referido a la posibilidad de dilatar el cumplimiento de la afectación de fondos que indica el artículo 183 de la LCQ, por la existencia de acreedores con igual derecho. Es que los fondos provenientes de la realización de bienes en la quiebra resultan limitados. Así, los pagos realizados con tal producido a los primeros acreedores laborales que se presenten, se irían agotando paulatinamente, a punto tal que los últimos acreedores podrían ver frustrada la realización de su crédito, por haberse acabado dichos fondos. Frente a ello, dos serían las posibilidades a considerar: realizar el pago a los primeros acreedores que se presenten a percibir los montos correspondientes, hasta el agotamiento de los fondos, quedando los últimos sin posibilidad de realización de su crédito, o bien aguardar la completa determinación del pasivo, la realización del activo, y distribución final de los fondos, a fin de beneficiar a todos los acreedores por igual. Naturalmente, bajo la primera solución, se impondría una distribución poco equitativa de los fondos, toda vez que los acreedores laborales más demorados quedarían sin percibir su crédito, frente a otros que habría podido obtener satisfacción a sus acreencias. Sin embargo, bajo la segunda solución, es decir, demorar la afectación de los fondos a la determinación del pasivo y realización del activo, se llegaría a una oposición a la inmediatez en el pago que exige el artículo 183 de la LCQ, es decir, que se trata de una solución que implica un incumplimiento normativo, incompatible con aquello que el legislador ha querido y dispuesto.

Por su parte, Lorente expresa que entre ambas posiciones, se ha dicho en la doctrina judicial que para hacer efectivo un pronto pago laboral debe sopesarse: 1) el

¹⁴⁹ Conf. CNCom., Sala B, "*Plasbestos SRL s/quiebra s/inc. de apel. por Prieto Jorge*", sentencia del 14 de abril de 1989, LL 1991-C, 556 (Jurisp. Agrup., caso 7304).

¹⁵⁰ Conf. Lorente, Javier A. Op. cit., pág. 350.

resultado de la explotación; 2) la existencia eventual de acreedores preferentes; y 3) la existencia de acreedores concurrentes respecto de los cuales ya se hubiera admitido la satisfacción inmediata de la acreencia, sin que baste la existencia de otros acreedores laborales de igual rango, debiendo exigirse la promoción del pronto pago, y la obtención de la correspondiente resolución favorable.¹⁵¹

En suma, parece evidente que el instituto del pronto pago, exige la afectación inmediata de los fondos obtenidos. Para ello, el juez debe atender los aspectos hasta aquí indicados y, sin perjuicio de ello, cumplir los pronto pagos con resolución favorable, a medida que ellos se vayan dictando, sin que exista otra posibilidad de diferir el pronto pago fuera de la prevista por el artículo 183 de la LCQ, como no sea la existencia de acreedores preferentes. Por ello, no existe alternativa alguna para los acreedores concurrentes, que por cualquier motivo lleguen demorados a la distribución del producido.

3.5.- La Ley N° 23.472 del Fondo de Garantía de los Créditos Laborales.

Ahora bien, parece evidente que debería considerarse supletorio y complementario del orden de prelación de los privilegios, a los fines de la protección del trabajador, la brindada por algún instituto jurídico que garantice la satisfacción de los créditos en cabeza del trabajador dependiente, para el caso en que no sea posible lograr la percepción de las sumas de dinero correspondientes a deudas del empleador concursado o fallido con el trabajador, ya que dicho sistema implicaría una adecuada protección de los créditos laborales, naturalmente siempre que resulte un sistema autónomo y no sujete la garantía en cuestión a preferencias de créditos de una naturaleza distinta a la laboral.

¹⁵¹ Conf. Lorente, Javier A. Op. cit., pág. 352; y CNCom., Sala E, sentencia del 26 de noviembre de 2006.

Y dicho instituto, se reitera, supletorio y complementario de las disposiciones sobre prelación de los privilegios laborales, existe en el derecho argentino, consagrado a través de la Ley N° 23.472, mediante la cual se crea el Fondo de Garantía de los Créditos Laborales, sancionada por el Congreso Nacional el 31 de octubre de 1986, promulgada el 2 de diciembre de 1986, y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 25 de marzo de 1987.¹⁵²

En tal sentido, debe recordarse, siguiendo a Fernández Madrid¹⁵³, que la norma en cuestión es manifestación de “... *una tutela que se ha hecho necesaria a raíz de las situaciones de crisis que determinan estados de insolvencia que impiden la satisfacción de los créditos de los trabajadores dentro de los procedimientos concursales ordinarios ...*”, motivo por el cual, a partir de la década del 60, se han creado fondos de garantía de créditos salariales, que se forman con contribuciones de los empleadores, acudiéndose a ellos, en algunos casos, frente a la simple insolvencia del empleador, y en otros ante su concurso o quiebra.

En apretada síntesis, puede decirse que, a lo largo de su articulado, dicha norma prevé la creación de un fondo de garantía de créditos laborales a los fines de atender diversos rubros, a saber, adelantos a trabajadores o sus causahabientes según el caso, en el supuesto de imposibilidad de pago por parte del empleador, de sumas tales como las correspondientes a: a) hasta cuatro meses de sueldo con un tope mensual máximo de tres veces el importe del salario mínimo vital vigente al momento del pago; de las asignaciones familiares por igual período; y hasta una cuota semestral del sueldo anual complementario, con un tope de una vez y media el importe del salario mínimo vital vigente al momento del pago, debiendo destacarse que en caso de existir créditos por períodos superiores se deben adelantar las sumas, ya sean mensuales o semestrales, más

¹⁵² ADLA, XLVII-A, 1987, 103.

¹⁵³ Fernández Madrid, Juan Carlos. Op. cit., pág. 1346.

elevadas que se adeuden, con los topes y límites temporales indicados; b) indemnizaciones por extinción del contrato laboral computando un año por cada dos años completos de antigüedad efectiva, y sustitutivas de hasta un mes de preaviso y de las vacaciones, debiendo destacarse que cuando la antigüedad del trabajador sea inferior a dos años se debe adelantar el 50 % de la indemnización que corresponda; y c) el monto mínimo de la indemnización prevista en la primera parte del segundo párrafo del artículo 18 de la Ley N° 22.250 –por omisión de entrega, del empleador al dependiente, de la Libreta de Aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos y de la actualización a que hubiere lugar, con que se integra el Fondo de Cese Laboral en la industria de la construcción-; la reparación por incumplimiento de la obligación de inscripción en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción; y hasta 12 meses de los aportes al Fondo de Cese Laboral de la industria de la construcción previstos en el artículo 15 de la Ley N° 22.250, correspondientes al último período trabajado; como asimismo para atender la cobertura de los gastos del organismo de aplicación de la norma, sin que pueda afectarse a este destino más del 0,3 % de los ingresos totales del Fondo, pudiendo el Poder Ejecutivo Nacional elevar dicho porcentaje hasta el 1 %. Asimismo, se la ley faculta al Poder Ejecutivo Nacional a elevar los límites indicados en los puntos a), b) y c) antes mencionados, así como a incluir otras prestaciones de acuerdo con las disponibilidades financieras del sistema.

Y también dispone la norma que las prestaciones previstas en ella han de cubrir los créditos que se devenguen a partir de los 270 días corridos posteriores a su entrada en vigencia, facultándose al Poder Ejecutivo Nacional a reducir dicho plazo, de acuerdo con las disponibilidades financieras del sistema.

Por otra parte, expresa la norma que el Fondo de Garantía de Créditos Laborales debe integrarse con distintos recursos, a saber, en primer lugar, una serie de

contribuciones a cargo de todos los empleadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCT, de la ley 22.248 y del decreto-ley 326/56, con exclusión de las empresas del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta y organismos del Estado nacional, provincial o municipal, comprendidos o no en el régimen de convenciones colectivas de trabajo, tales como el 0,5% de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones previsionales, aun cuando las mismas se encuentren incluidas en el supuesto del punto b) mencionado en el párrafo anterior; el 3% de todas las sumas abonadas por cualquier concepto a los trabajadores como consecuencia de una acción judicial o de un reclamo administrativo, reduciéndose la contribución al 1,5% en caso de acuerdo conciliatorio en sede judicial, y excluyéndose las sumas reclamadas como consecuencia de un infortunio laboral, cualquiera fuera el régimen jurídico a cuyo amparo se haya efectuado el reclamo, con excepción de los salarios debidos en virtud del inc. d) del art. 8° de la ley 9688¹⁵⁴, pudiendo los organismos de aplicación de la norma, por resolución conjunta, reducir hasta en un 50% los porcentajes indicados, de acuerdo con las disponibilidades financieras del sistema; todo ello, previéndose la sanción del incumplimiento por el empleador de dichas obligaciones con multa equivalente a cinco veces el monto de la suma que debió depositar, debiendo actualizarse la misma de acuerdo con la variación experimentada por el índice de precios al consumidor, nivel general, desde la fecha en que se debió efectuar el aporte hasta la de su efectivo pago, actualización también correspondiente sobre el aporte omitido, a la que correspondería

¹⁵⁴ El inciso d) del artículo 8° de la Ley N° 9.688, hoy derogado, expresaba: *La incapacidad temporal producida por el accidente, determinará una indemnización igual a la mitad del salario medio diario desde el día del accidente hasta el día en que la víctima se halló en condiciones de volver al trabajo, calculándose aquél por lo ganado durante los últimos doce meses. Pasado el término de un año, la incapacidad se considerará como permanente desde el día del accidente, a los efectos de la indemnización, de la que deberán descontarse los valores entregados a título de salario durante aquél.* Debe notarse que las normativas correspondientes en la legislación actualmente vigente, esto es, la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557, serían las que surgen de su capítulo IV en relación a la incapacidad laboral temporaria.

adicionar un interés del 8 % anual. Pero también se integra el Fondo con las sumas recaudadas como consecuencia de la subrogación en los derechos de los beneficiarios de las prestaciones del propio Fondo; con las actualizaciones, intereses, cargos o multas originadas en infracciones a las normas de la ley en cuestión; con las rentas provenientes de la inversión de las sumas ingresadas al Fondo por cualquier concepto; y finalmente, con las donaciones, legados y todo ingreso compatible con la naturaleza y fines del Fondo.

En cuanto a los organismos de administración del Fondo de Garantía de Créditos Laborales, prevé la norma que sean las cajas de asignaciones o subsidios familiares, quienes, ejerciendo asimismo la función de organismos de aplicación de la ley, todo ello de acuerdo con las funciones, atribuciones y competencias que le fije la reglamentación, la que debería contemplar los mecanismos necesarios para asegurar la independencia administrativa y contable del Fondo con relación a las demás prestaciones a cargo de esas cajas, disponiéndose asimismo la subrogación de las cajas de asignaciones y subsidios familiares en los derechos y acciones de los trabajadores o de sus causahabientes, en su caso, hasta las sumas que se adelanten, conservando los privilegios y garantías que correspondieran a los créditos abonados a aquéllos.

Asimismo, la propia norma define en qué casos se considera que existe imposibilidad de pago del empleador, señalando que ello se produce al verificarse alguna de las siguientes circunstancias: a) en caso de concurso (concurso preventivo, quiebra, concurso en caso de liquidación administrativa o concurso civil) o de liquidación colectiva judicial de bienes del empleador, cuando así lo declare el juez del concurso o liquidación en razón de que no fuere factible el pago íntegro de los créditos individualizados en la propia ley dentro de los diez días hábiles de la resolución que autorizare el pronto pago de dichos créditos; b) en todos los casos en los que no mediere

concurso ni otro procedimiento de liquidación colectiva judicial de bienes del empleador, y en los que el juez con competencia en lo laboral que tuviera el conocimiento en la respectiva acción judicial promovida por el trabajador o sus causahabientes considerare y declarare la imposibilidad de pago actual de aquél, exigiéndose para la procedencia de dicha declaración, la concurrencia de diversos requisitos, a saber, la existencia de cosa juzgada material en el proceso de conocimiento pertinente, así como de una liquidación aprobada y firme de los créditos emergentes de la condena, sin perjuicio de su ulterior actualización, el resultado negativo de la intimación de pago efectuada al obligado y de la diligencia de embargo o la manifiesta insuficiencia de los bienes del empleador para responder por las consecuencias patrimoniales de la condena en el proceso de ejecución, y la declaración jurada del acreedor o de sus causahabientes, en su caso, sobre el desconocimiento de todo otro bien del condenado sobre el cual hacer recaer dicha ejecución forzada. A su vez, exige la norma que en todos los casos, previo a la declaración judicial de imposibilidad de pago, se dé traslado de la petición por el término de cinco días al organismo de aplicación de la propia ley que corresponda, plazo dentro del cual podrá ofrecer medidas de prueba para acreditar la existencia de bienes del empleador suficientes para responder por la deuda laboral reclamada, así como, una vez vencido el plazo indicado, o producida la prueba ofrecida, en su caso, el juez que intervenga se pronuncie sobre la configuración de la imposibilidad de pago, dentro del término de cinco días.

A su vez, dispone la norma como condición, para el goce de los beneficios en ella contenidos, que se haya registrado ante el organismo de aplicación que corresponda, con los requisitos que establezca la reglamentación, la vinculación laboral con relación a la cual el trabajador pretenda la cobertura, registro que, se impone, sea hecho por el empleador dentro del término de cinco días de iniciada la relación laboral, vencido el

cual el registro podrá ser hecho por el trabajador o por la entidad sindical que lo represente, y disponiéndose que sólo se cubrirán con los recursos del Fondo de Garantía de Créditos Laborales los créditos que se devenguen luego de transcurridos quince días hábiles de efectuado el registro de la relación laboral. El incumplimiento por el empleador de la mencionada obligación de registro conlleva como sanción una multa equivalente a tres veces el importe mensual del salario mínimo vital vigente a la fecha en que se verifique la infracción, por cada trabajador cuya inscripción se hubiera omitido.

Finalmente, la norma en cuestión ordena la sustitución del texto del artículo 266 de la LCT, por aquél que se ha transcripto en la nota 139 del presente trabajo.

No obstante el contenido de la norma descripta, como ella debió ser reglamentada dentro de los sesenta días de su promulgación, para entrar en vigencia a los treinta días de publicado el decreto reglamentario, y ello no ocurrió, por no ser ella operativa y no hallarse reglamentada por decreto del Poder Ejecutivo de la Nación, no se encuentra vigente ni resulta aplicable en el derecho argentino, lo cual configura un vacío legal al respecto, debiendo entenderse que, en nuestro país, los créditos laborales no se encuentran protegidos por garantía alguna frente a la insolvencia del empleador. Situación de gravedad inusitada, y que podría ser fácilmente salvable, con sólo disponer el Poder Ejecutivo Nacional la reglamentación de la norma en cuestión, amén de una adecuación legal en virtud de los años transcurridos, pues aún cuando se hayan cumplido más que holgadamente los sesenta días desde su promulgación previstos en la propia ley para su reglamentación, dicha omisión no funciona como un elemento que imponga la prescripción o caducidad de la posibilidad de su reglamentación, sino todo lo contrario, ya que ello vendría a salvar un incumplimiento del órgano que ejerce

principalmente la función ejecutiva del poder del Estado Nacional, que se arrastra desde el final del año 1986 y principios del siguiente.

CAPÍTULO 4: EL CONVENIO 173 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

Sumario: 4.1.- La Organización Internacional del Trabajo. 4.1.1.- Reseña histórica. 4.1.2.- Composición y estructura. 4.1.3.- Órganos que la integran. 4.1.4.- Régimen de producción de normas de la O.I.T. 4.1.5.- Aplicación y control de las normas de la O.I.T. 4.2.- Los convenios de la O.I.T. en el derecho interno argentino. 4.3.- El Convenio 95 de la O.I.T. como antecedente del Convenio 173. 4.4.- El Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo. 4.5.- El Convenio 173 de la O.I.T. en acción. 4.6.- La obligatoria aplicación en Argentina del Convenio 173 de la O.I.T.

4.1.- La Organización Internacional del Trabajo.

Tal vez uno de los mayores y más viejos anhelos de buena parte de la humanidad sea contar con una normativa universal, o si no tan ambiciosa, con algunas directrices que ordenen la vida de los distintos ciudadanos del mundo, conforme pautas generales y principios reconocidos en cualquier rincón del planeta.

Empresa difícil en su ejecución, se ha llevado a cabo una especie de intento de ordenamiento en base a normas supranacionales dadas a través de organismos conformados por varios países, según el caso, con dos características fundamentales, su fragilidad respecto del constreñimiento jurídico, y su alcance limitado a quienes voluntariamente se someten a ellas. Mas aún frente a las mencionadas dificultades, modernamente se ha constituido un derecho de neto corte internacional, que ha sido definido como “*el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional*”, comprendiendo asimismo “*las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí.*”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Conf. Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María. *Derecho Internacional Público*. Tomo 1. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1988, pág. 3.

Precisamente entre dichas organizaciones internacionales se encuentra la Organización Internacional del Trabajo, entidad con sede en la ciudad suiza de Ginebra, conocida por sus siglas –que en idioma castellano son “O.I.T.”, y en inglés “I.L.O.” (*International Labour Organization*)-, y a través de la cual se generan las normas de derecho internacional público en materia laboral, acuerdos colectivos que Podestá Costa y Ruda señalan como “de naturaleza *sui generis*”¹⁵⁶, denominados *convenios internacionales del trabajo*, los cuales son adoptados por las conferencias de la mencionada O.I.T., quienes aprueban, a través de las dos terceras partes de los delegados presentes, ya sean representantes gubernamentales, patronales u obreros, proyectos de convenio que suscriben sólo el presidente y el secretario de la conferencia, y que son comunicados a cada uno de los Estados Miembros de la organización, quienes, a su vez, independientemente del voto positivo o negativo de sus representantes en la aprobación de los proyectos, deben someterlos a sus autoridades internas con competencia para su aprobación y conversión en ley del Estado Miembro que corresponda, debiendo comunicarse a la O.I.T. la aprobación definitiva, que se denomina en este aspecto *ratificación*, exigiéndose un determinado número de ellas para que el proyecto de convenio entre en vigor y se transforme en un *convenio internacional del trabajo de la O.I.T.*, caso en el cual resulta de cumplimiento obligatorio por el Estado Miembro que lo ha aprobado y ratificado, y cuya inobservancia puede ser motivo de queja ante el Consejo de Administración de la O.I.T.

Así, en conclusión de los mencionados Podestá Costa y Ruda, “... *la Conferencia no elabora por sí misma tratados internacionales; ella fija ne varietur el texto de un “proyecto de convenio” que, de ser aprobado por los Estados Miembros – aunque en la Conferencia no lo hayan votado-, permite formar una legislación del*

¹⁵⁶ Op. cit., tomo 2, pág. 184.

*trabajo de tipo uniforme”, legislación que “... está regida por la vía internacional en cuanto a su elaboración y a su cumplimiento.”*¹⁵⁷

En definitiva, como bien explica Montoya Melgar, la O.I.T. *“es la fuente institucional básica del llamado Derecho internacional <<uniforme>> del Trabajo, entendiendo por tal aquel conjunto de normas internacionales producidas no mediante pactos interestatales, sino a través de acuerdos adoptados en el seno de entes internacionales de carácter institucional.”*¹⁵⁸

4.1.1.- Reseña histórica.

La Organización Internacional del Trabajo fue fundada en el año 1919, al finalizar la Primera Guerra Mundial. En efecto, finalizada la gran contienda en 1918, el 18 de enero de 1919 comenzó la Conferencia de Paz en el Palacio de Versalles, con la participación de 70 delegados de los 27 países vencedores, bajo la presidencia de Clemenceau, jefe del gobierno francés, y tras la exigencia de parte de los aliados a los vencidos de que firmen un Tratado de paz, el cual fue suscripto el 28 de junio de 1919, en el mencionado palacio francés.

El *Tratado de Versalles*, como se lo conoce, contenía 440 artículos divididos en XIV partes, debiendo notarse que dentro de la Parte XIII se dispuso la creación de la Organización Internacional del Trabajo, como institución autónoma asociada a la Sociedad de las Naciones, y con el fin de alcanzar la concreción de la justicia social como elemento esencial para obtener una paz extendida y duradera a través de la consolidación de los ordenamientos jurídicos en materia laboral de los Estados Miembros. En tal sentido, en el propio texto del mencionado Tratado fueron enunciados los principios a los cuales debía sujetarse la normativa laboral de los países que lo

¹⁵⁷ Op. cit., tomo 2, pág. 184.

¹⁵⁸ Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid, 1998, pág. 197.

suscribían, al declarar que el trabajo no es una mercancía, reconociendo también el derecho de asociación de trabajadores y empleadores, el pago de una remuneración que asegure un nivel de vida conveniente según el tiempo y el lugar, la limitación de la jornada de trabajo, el descanso hebdomadario, la supresión del trabajo de menores, la necesidad de que el trabajo de los jóvenes no perjudique su desarrollo, el principio de salario igual por tareas de igual valor, así como la necesidad de protección normativa del trabajo; y para asegurar el cumplimiento de dichos principios se dispuso la creación de un organismo internacional permanente para llevar adelante el programa expresado en el Tratado, adhiriendo a la integración del organismo no sólo los países que suscribieron el pacto en cuestión, sino también muchos otros en vías de desarrollo.

A su vez, en 1944 se reunió en la ciudad estadounidense de Filadelfia la XXVI Conferencia General de la O.I.T., adoptando una resolución a través de la cual se redefinieron y actualizaron sus propósitos, hecho que impuso la modificación y adecuación del tratado a través del cual se instituyó la Organización, lo cual se llevó a cabo en 1946, luego de finalizada la segunda gran guerra, mediante un acuerdo de vinculación entre las Naciones Unidas y el organismo internacional.

Así, en el año 1946, luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, la O.I.T. fue reconocida por la Organización de las Naciones Unidas, como agencia especializada cuya misión es reunir a los funcionarios de los gobiernos con los representantes de los trabajadores y los empleadores, a los fines de emitir recomendaciones sobre normas mínimas internacionales de carácter social, y para redactar convenios internacionales sobre diversos temas vinculados con el trabajo y la seguridad social. Actualmente, la O.I.T. también desarrolla un extenso programa de asistencia técnica a los distintos gobiernos, y publica estudios sobre temas de su incumbencia.

Y así ha llegado hasta la actualidad, verificándose sucesivas reformas del estatuto de la Organización en los años 1953, 1962, 1972 y 1986.

4.1.2.- Composición y estructura.

La creación de la O.I.T. fue dispuesta a través de los artículos 387 a 399 de la Parte XIII del ya referido Tratado de Versalles, de 1919, en el decir de Palomeque y Álvarez de la Rosa¹⁵⁹, como organismo integrado en la estructura de la extinta Sociedad de la Naciones, constituyéndose hoy como organismo especializado vinculado a las Naciones Unidas por un convenio celebrado entre ambas entidades, dándosele una Constitución aprobada en 1919, pero que ha sufrido varias modificaciones con el transcurso del tiempo.

En tal sentido, ya desde su creación, reconociéndose como objeto de la Sociedad de las Naciones *establecer la paz universal, y que una paz de tal naturaleza sólo puede fundarse sobre la base de la justicia social*, la misión del organismo fue y es la de mejorar las condiciones de trabajo que, por el grado de injusticia, miseria y privaciones que entrañan para gran número de personas, constituyen una amenaza para la paz y la armonía universales, observándose que la no adopción, por una nación cualquiera, de un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones, deseosas de mejorar las condiciones de los trabajadores en sus propios países, asumiendo como principios informadores, en primer lugar, la negación del trabajo como mercancía, la necesidad de solidaridad social entre los hombres e internacional entre los pueblos, y la libertad de expresión y asociación como condiciones indispensables para el progreso sostenido.

¹⁵⁹ Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1998, pág. 292.

Así, conforme la redacción actual de la Constitución de la O.I.T., la entidad fue fundada para trabajar por la realización del programa expuesto en el preámbulo de la propia Constitución y en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944.

Asimismo, son miembros de la Organización los Estados que lo eran al 1º de noviembre de 1945, así como cualquier miembro de la Organización de las Naciones Unidas que comunicasen al Director General de la O.I.T. su aceptación formal de las obligaciones que surgen de su Constitución, y cualquier Estado cuya solicitud de admisión fuera aprobada debidamente por la propia Conferencia General de la O.I.T.

A su vez, la O.I.T. se basa en un sistema tripartito de particular peculiaridad entre las organizaciones internacionales, que es un reflejo del espíritu de justicia y equilibrio que la insufla. Así, se encuentra integrada por delegados de gobiernos, empleadores y trabajadores de las representaciones de los Estados miembros de la entidad.

4.1.3.- Órganos que la integran.

En cuanto a los órganos que integran la O.I.T. dispone su Constitución que su organización permanente comprende, en primer lugar, la Conferencia General de los Representantes de los Miembros, luego el Consejo de Administración, y finalmente la Oficina Internacional del Trabajo.

Si se sigue la clara explicación que brinda Díez de Velasco¹⁶⁰, puede decirse que la Conferencia General de los Representantes de los Miembros, o Conferencia General, órgano que cumple claramente funciones legislativas o de asamblea –siendo, a su vez, el

¹⁶⁰ Díez de Velasco Vallejo, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1997, pág. 316 y ss.

órgano de mayor jerarquía, según apunta Mansueti¹⁶¹-, se compone con cuatro delegados por cada uno de los miembros, de los cuales dos representan al gobierno, uno a los empleadores y uno a los trabajadores. Dichos delegados son elegidos según el procedimiento interno de cada Estado Miembro conforme el acuerdo que al efecto celebre el gobierno con las organizaciones patronales y de trabajadores, tienen derecho de voto de manera individual con independencia de su representación, y pueden estar asesorados por consejeros técnicos, dándose en la práctica la formación de especies de bloques de empleadores y trabajadores similares a aquellos que se reúnen en los parlamentos gubernamentales.

Son funciones de la Conferencia, i) la información y realización de encuestas en orden a la preparación de las Convenciones Internacionales y Recomendaciones que se elaboran en su seno, así como controlar la ejecución de las obligaciones asumidas por los Estados Miembros; ii) la adopción de Convenciones Internacionales de Trabajo; iii) la emisión de Recomendaciones, para el caso de que la materia no se preste todavía a los fines de llevarse a una Convención; iv) la aprobación de los presupuestos del organismo, así como el establecimiento de los porcentajes que deben ingresar cada uno de los Estados Miembros, debiendo ser aprobadas las cuotas por una Comisión integrada por los representantes de los distintos gobiernos; v) la aprobación de los acuerdos de cooperación que se celebren con otras organizaciones internacionales, organismos especializados u organizaciones no gubernamentales; y vi) la aprobación de las enmiendas de la Constitución de la O.I.T., para lo cual se requiere el voto favorable de al menos dos tercios de los delegados de la Conferencia, sin perjuicio de la ratificación de dos tercios de los Estados Miembros, el cual debe incluir a cinco de los

¹⁶¹ Mansueti, Hugo Roberto. *Derecho del Trabajo en el MERCOSUR*. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1999, pág. 102.

diez Estados que forman el Consejo de Administración, por ser países de importancia industrial considerable.

El Consejo de Administración, que como su nombre lo indica, es una especie de órgano ejecutivo, se encuentra compuesto por veintiocho representantes de los gobiernos de los distintos Estados Miembros, catorce de parte de los empleadores y otros catorce por los trabajadores, totalizando cincuenta y seis personas. A su vez, debe notarse que los integrantes del Consejo que representan a los empleadores y trabajadores son elegidos por los representantes de cada sector en la Conferencia General, y de los veintiocho representantes de los gobiernos, los Estados Miembros de importancia industrial más considerable designan a diez de aquellos, y los restantes dieciocho resultan designados por los delegados de los gobiernos en la Conferencia General, sin la participación de los delegados de los diez países antes mencionados.

El Consejo de Administración establece las fechas en que se realizarán sus sesiones, en las cuales toma sus decisiones por mayoría simple, así como redacta su reglamento interno, y cumple ciertas funciones, para lo cual goza de determinados poderes, a saber: a) actúa como órgano ejecutivo de la Conferencia General; b) nombra al Director General de la O.I.T.; c) coordina las actividades de las organizaciones y vela por la gestión de la O.I.T.; d) prepara el orden del día provisional que debe tratar la Conferencia General; e) prepara el proyecto de presupuesto a someter a la Conferencia General; y finalmente f) prepara y convoca las reuniones a las Conferencias internacionales a celebrarse bajo la iniciativa y patrocinio de la O.I.T.

En cuanto a la Oficina Internacional del Trabajo, es un órgano permanente que ha desarrollado una muy importante obra desde la fundación de la O.I.T. merced al trabajo de los distintos Directores Generales quienes, a la cabeza de este órgano, han

impulsado fuertemente la acción encaminada a ampliar la legislación laboral internacional y dar solución a grandes crisis internaciones en derredor de dichos temas.

Cumple funciones de secretariado técnico de toda la O.I.T., ejerciendo, sujeta al debido control del Consejo de Administración, ciertas funciones de carácter permanente, entre las que se destacan: 1) la difusión de información sobre régimen de trabajo y condiciones de los trabajadores; 2) la edición de publicaciones sobre la industria y el trabajo, siempre que sean de interés internacional; 3) la preparación de la documentación sobre los distintos puntos del orden del día de la Conferencia General; 4) la preparación de los proyectos de convenciones internacionales; 5) la preparación de los documentos de trabajo para la Conferencia General y sus respectivas comisiones; 6) la ejecución de las encuestas prescriptas por los otros dos órganos de la O.I.T., la Conferencia General y el Consejo de Administración; 7) la vigilancia de la ejecución de las Convenciones internacionales de trabajo de parte de los Estados Miembros; y 8) la prestación a los gobiernos, y por petición de estos, de todo tipo de asistencia útil a los fines de la elaboración de su legislación interior sobre la base de las decisiones de la Conferencia General, como también con el objeto de ejecutar todas las misiones de asistencia técnica internacional en cuestiones laborales que le sean encargadas.

4.1.4.- Régimen de producción de normas de la O.I.T.

En cuanto a la función específica de adopción de convenciones internacionales de trabajo y de recomendaciones por parte de la Conferencia General, en primer lugar debe distinguirse entre ambos institutos.

Puede decirse que las convenciones o convenios internacionales de trabajo son típicas normas generales, que se aprueban en el ámbito de la Conferencia General por el voto afirmativo de dos terceras partes al menos de los representantes que integran tal

órgano, y ello sustituye a la firma de la convención, la que no entra en vigor por su sola aprobación. En efecto, conforme lo dispone el artículo 19.5 de la Constitución de la O.I.T., el convenio aprobado por la Conferencia debe ser comunicado a todos los Estados Miembros para su ratificación; cada uno de dichos miembros está obligado, dentro del plazo de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia, o tan pronto sea posible si no se pudiera hacer en el término de un año por circunstancias excepcionales, pero nunca más allá de los dieciocho meses, a someter el convenio a los órganos internos que ejercen la función legislativa del poder, a efectos de que den a la convención forma de ley o adopten otras medidas. A su vez, los Estados Miembros deben informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas para someter el convenio a las autoridades legislativas competentes, cuáles son estas autoridades, y qué medidas han adoptado al respecto.

En tales casos, puede suceder que el órgano legislativo competente acepte la convención a través de los mecanismos internos previstos para ello, caso en el cual el Estado Miembro debe comunicar la ratificación formal del convenio al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, adoptando las medidas necesarias para hacer efectivas sus disposiciones, y conforme el artículo 22 de la Constitución de la O.I.T., presentando a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas adoptadas para poner en ejecución el convenio al cual se ha adherido.

Sin embargo, si la convención no fuera aceptada por la autoridad legislativa interna, la única obligación del Estado Miembro consistirá en informar al Director General, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de los temas de que trata el convenio en la legislación propia y en su aplicación práctica, pero dando precisiones acerca de en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones de la convención, ya sea a través de normas o

actos administrativos, convenios colectivos, o cualquier otro modo, expresando y detallando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación del convenio de que se trate.

A su vez, apunta muy bien Mansueti, como nota característica de los convenios aprobados por la O.I.T., “... *su flexibilidad, entendido ello porque tienen como destino final el ser aplicadas con alcance universal, por países con estructuras sociales muy distintas y en todas las etapas de desarrollo económico y social*”, nota que se vislumbra de manera expresa en el artículo 19 de la Constitución de la O.I.T., el cual, refiere el autor, “... *admite de manera expresa esta particularidad de los Convenios, estableciendo que la Conferencia debe tener en cuenta las condiciones climáticas y de desarrollo de los países destinatarios de las normas que apruebe.*”¹⁶²

Por su parte, las recomendaciones son normas internacionales que también emanan de la Conferencia General, sólo que su finalidad es servir de guía para los países miembros, sin que establezca una exigencia en el cumplimiento, más allá de la obligación de cada Estado Miembro, una vez que recibe la comunicación oficial de la recomendación por parte de la O.I.T., de someterla a consideración de las autoridades legislativas competentes, a fin de que éstas consideren su concreción en normas laborales, debiendo asimismo informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, cuál es el estado de la situación de los temas a que se refiere la recomendación en particular dentro de la legislación interna vigente y su aplicación en la práctica.

4.1.5.- Aplicación y control de las normas de la O.I.T.

Con independencia de la existencia o no, en las convenciones de la O.I.T., de una cláusula que indique el tiempo en el cual comenzarán a regir, debe recordarse que,

¹⁶² Mansueti, Hugo Roberto. Op. cit., pág. 104.

cada uno de los Estados Miembros, luego de someter el convenio de la O.I.T. de que se trate al órgano que ejerce la función legislativa del poder, en los términos del artículo 19.5.b) de la Constitución de la Organización, si dicho órgano lo aprobare, debe comunicar la ratificación formal de la mencionada convención al director general de la Oficina Internacional del Trabajo, y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio, según lo previsto por el artículo 19.5.d) de la citada Constitución. Por otra parte, conforme lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución de la O.I.T., cada Estado Miembro que haya adherido a un convenio tiene la obligación de presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas adoptadas para ponerlo en ejecución.

Conforme enseña Mansueti¹⁶³, puede decirse que el control de la O.I.T. sobre el cumplimiento de los convenios y recomendaciones, así como respecto de otras obligaciones asumidas por cada Estado Miembro en la Constitución de la Organización, se realiza a través de un proceso que se inicia con el examen de las memorias anuales por una Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en funciones desde el año 1927, integrada por unas veinte personas de reconocida formación y experiencia en temas jurídicos y sociales, designadas por el Consejo de Administración a propuesta del Director General, que desde todas partes del mundo se reúnen en la ciudad de Ginebra cada año durante el mes de marzo. Su labor implica una tarea preparatoria de la Oficina Internacional del Trabajo, la cual puede solicitar información suplementaria al Estado interesado siempre que lo considere conveniente. En cuanto a su función principal, precisamente consiste en examinar las memorias de los Estados Miembros respecto a la aplicación en cada uno de ellos de los convenios ratificados, tanto en relación a la enviada por cada uno como el cotejo de las disposiciones de los convenios o recomendaciones ratificados con la publicación de la

¹⁶³ Mansueti, Hugo Roberto. Op. cit., págs. 105 y 106.

normativa interna del Estado en cuestión, a fin de realizar el correspondiente seguimiento respecto del cumplimiento efectivo en el orden interno de aquellas disposiciones; controlando, asimismo, la Comisión, los informes del Estado Miembro sobre la efectiva información dada a sus autoridades internas respecto del acto de ratificación y del contenido del convenio o recomendación, para que éstas realicen los actos internos a efectos de lograr la concreción de la normativa internacional. Luego de ello, el informe de la Comisión es sometido a la Conferencia en ocasión de cada reunión anual, y se divide en dos partes, a saber, una primera sobre información general, y una segunda respecto de observaciones e informaciones sobre algunos países.

Ahora bien, cuando el informe de la Comisión de Expertos antes mencionada expresa que un gobierno no aplica una convención ratificada o no cumple con alguna de sus obligaciones propias, interviene la denominada Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones, también conocida como Comisión de Normas, integrada por más de ciento cincuenta miembros pertenecientes a los tres grupos de delegados que representan a los gobiernos, empleadores y trabajadores, agregándose consejeros técnicos. En tal caso, el gobierno cuyo incumplimiento se advierte es invitado a intervenir en una de las sesiones de la Comisión de Normas, y su objeto no es censurar al Estado Miembro que no cumple sus obligaciones, sino intentar obtener de parte de éste resultados concretos en la aplicación de los convenios y recomendaciones, y es por ello que si Estado invoca dificultades en implementar las normas internacionales, esta Comisión redacta un informe general en el cual consigna los casos más graves de incumplimientos y explicaciones dadas por los Miembros en cuestión, el cual somete a la Conferencia para su debate y posterior despacho a los gobiernos.

Asimismo, desde el año 1968 la O.I.T. también utiliza el procedimiento de los *contactos directos*, estableciendo una relación entre un representante del Director

General de la Organización y el gobierno implicado, a fin de procurar subsanar las discrepancias halladas por la Comisión de Expertos en relación a los problemas y dificultades que se verifican en el país implicado.

A su vez, conforme lo dispone el artículo 24 de la Constitución de la O.I.T., para el caso en que exista algún reclamo de parte de una organización profesional de empleadores o de trabajadores a través del cual se alegue que cualquier Estado Miembro no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que el Estado Miembro en cuestión sea parte –y no parece ofrecer dudas acerca de aquello que significa ser parte: basta la aprobación interna, por parte del gobierno del Estado Miembro de acuerdo a sus mecanismos propios, de la convención de que se trate-, éste debe presentarse ante la Oficina Internacional del Trabajo, la cual podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno acusado, invitándolo a formular la declaración que considere conveniente sobre la materia. Si dicho gobierno acusado no enviare ninguna declaración en un plazo prudencial, o si la declaración enviada no se considerase satisfactoria por el Consejo de Administración, éste puede hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida (conf. art. 25 de la Constitución).

Por otra parte, conforme lo dispone en artículo 26 de la Constitución de la O.I.T., cualquier Estado Miembro puede presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una queja contra otro que, a su parecer, no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado de conformidad con el procedimiento y las normas de la propia Constitución. En tal caso, el Consejo de Administración puede, de oficio o en virtud de una queja presentada por un delegado de la Conferencia y si lo considerare conveniente, ponerse en contacto con el gobierno contra el cual se presente la queja, invitándolo a formular la declaración que considere

conveniente sobre la materia. Pero si el Consejo de Administración no considerase necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si hecha la comunicación correspondiente no se recibiere dentro de un plazo prudencial una respuesta satisfactoria, dicho organismo puede nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto.

Para el caso en que el Consejo de Administración decidiera someter a una comisión de encuesta una queja recibida contra un Estado Miembro, los demás, le conciernan o no directamente la queja, se encuentran obligados a poner a disposición de la comisión todas las informaciones que tuvieren en su poder relacionadas con el objeto de dicha queja (conf. art. 27 de la Constitución de la O.I.T.). Por su parte, la comisión de encuesta, después de examinar detenidamente la queja, debe redactar un informe en el cual exponga el resultado de sus averiguaciones sobre todos los hechos concretos que permitan precisar el alcance del litigio, así como las recomendaciones que considere apropiado formular con respecto a las medidas que debieran adoptarse para dar satisfacción al gobierno reclamante, y a los plazos dentro de los cuales dichas medidas debieran adoptarse (conf. art. 28 de la Constitución). Dicho informe de la comisión debe ser comunicado por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo al Consejo de Administración y a los gobiernos a los cuales concierna la queja, procediendo a su publicación, y cada uno de los gobiernos interesados debe comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, dentro de un plazo de tres meses, si acepta o no las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión, debiendo indicar, en caso de que no las acepte, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia (conf. art. 29 de la Constitución), la cual puede confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones formuladas, en su caso, por la comisión de encuesta (conf. art. 32), y cuya decisión resulta inapelable (conf. art. 31). Y

para el supuesto en que un Miembro no dé cumplimiento, dentro del plazo prescrito, a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según el caso, el Consejo de Administración debe recomendar a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones (conf. art. 33).

No obstante lo expuesto, prescribe el artículo 34 de la Constitución de la O.I.T. que el gobierno acusado de incumplimiento puede informar al Consejo de Administración, en cualquier momento, que ha adoptado las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones de la comisión de encuesta o las contenidas en la decisión de la Corte Internacional de Justicia, pudiendo pedir asimismo que se constituya una comisión de encuesta encargada de comprobar sus aseveraciones, siendo aplicables en dicho caso las reglas antedichas, y si el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia fueren favorables al gobierno acusado de incumplimiento, el Consejo de Administración debe recomendar que cese inmediatamente cualquier medida adoptada por la Conferencia a instancias del Consejo de Administración.

Finalmente, debe señalarse que en caso de que uno de los Estados Miembros no adoptare, para la aplicación de un convenio o de una recomendación, las medidas prescritas por la Constitución de la O.I.T. en cuanto a someter las normas en cuestión a los órganos legislativos internos, cualquier otro Estado Miembro puede someter la cuestión al Consejo de Administración, y si éste reconociere que el Estado Miembro no ha adoptado dichas medidas, debe informarlo a la Conferencia (conf. art. 30 de la Constitución de la O.I.T.).

No obstante lo hasta aquí expuesto, resta aclarar que, conforme lo dispone el artículo 37 de la Constitución de la O.I.T., y como bien lo señala Mansueti, “... *la Corte*

*Internacional de Justicia es el único organismo competente para dar una interpretación autorizada de los Convenios y Recomendaciones”*¹⁶⁴, ya que expresa la norma en cuestión que todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de la mencionada Constitución y de los convenios concluidos por los Estados Miembros en virtud de las disposiciones de dicha norma deben ser sometidas a la Corte Internacional de Justicia para su resolución. Aunque, en rigor, el Consejo de Administración puede formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio, que le fuere referida por el Consejo de Administración o en virtud de los términos de dicho convenio, obligando, cualquier fallo u opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, a cualquier tribunal establecido en tal sentido, debiendo destacarse que cualquier sentencia dictada por dicho tribunal debe ser comunicada a los Estados Miembros de la Organización, y cualquier observación que éstos formulen al respecto debe someterse a la Conferencia.

4.2.- Los convenios de la O.I.T. en el derecho interno argentino.

El inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, luego de la reforma sancionada por la Convención Nacional Constituyente, en la ciudad de Santa Fe, el 22 de agosto de 1994, dispone cuanto sigue:

Corresponde al Congreso: ...

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre

¹⁶⁴ Mansueti, Hugo Roberto. Op. cit., pág. 108.

Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Debe notarse, en primer lugar, que la reforma constitucional de 1994 modificó el *status* jurídico de los tratados internacionales, que hasta ese momento tenían una jerarquía igual a la de las leyes de la Nación, para ponerlos por sobre encima de éstas, y disponer la posibilidad de modificación permanente de la Carta Magna, en abierta contradicción con la disposición de su propio artículo 30 -que exige una convención constituyente al efecto-, al permitir otorgar jerarquía constitucional, con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, a cualquier tratado internacional, amén de una cantidad expresa de tratados que el propio inciso 22 enumera, a los cuales reconoce ese valor igual a la Constitución Nacional.

A partir, entonces, del mes de agosto de 1994, el tratado internacional –categoría dentro de la cual deben incluirse tanto los tratados celebrados con otras naciones como los convenios o acuerdos con organizaciones internacionales, o los suscriptos dentro de su ámbito, como por ejemplo los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)- tiene una jerarquía superior a la ley del Congreso de la Nación, aunque debe ser aprobado mediante una de ellas, y hasta puede tener el mismo valor legal que nuestra propia Norma Fundamental, aún cuando algunos expresamente ya lo tienen. De allí la importancia de mencionar, con la correspondiente referencia a la ley nacional aprobatoria en vigencia, algún ejemplo de dichos tratados, superiores a las leyes nacionales y de igual jerarquía que la Constitución en muchos casos, los cuales contienen disposiciones puramente de derecho del trabajo.

En tal sentido, corresponde citar la Ley N° 20.683, publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 25 de julio de 1974, vinculada con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por medio de la cual se aprobó el instrumento de enmienda a la Constitución de dicho organismo, que fue adoptada en la 57ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Naturalmente, todo el texto de la Constitución en cuestión es de materia jurídica laboral, y se encuentra fundado en el principio protectorio del derecho del trabajo, lo cual se advierte desde la propia lectura del preámbulo en cuanto considera la urgencia de mejorar las condiciones de trabajo que entrañan injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, debiendo notarse asimismo que existen también referencias expresas a la protección del trabajador, fundamentalmente en su anexo, en el cual se transcribió la declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (Declaración de Filadelfia), y cuyo punto III expresa, como obligación suya, la de fomentar entre todas las naciones del mundo programas que permitan adoptar, en materia de salarios y ganancias, y de horas y otras condiciones de

trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección (inciso d), así como proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones (inciso f), y proteger a la infancia y a la maternidad (inciso g).

Pero también pueden enumerarse, siempre a modo de ejemplo, algunas normas que han aprobado tratados internacionales relacionados con temas de derecho del trabajo, tales como las leyes 13.559, 14.324, 16.838, 23.912, vinculadas éstas con enmiendas a la Constitución de la OIT, y otras como las 11.726, 11.727, 12.232, 13.560, 14.329, 14.932, 21.662, 21.663, 21.664, 23.451, 23.460, y 25.255, todas ellas aprobatorias de distintas convenciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo o Conferencia General de la OIT.

Por su parte, y en cuanto interesa fundamentalmente a este trabajo, debe decirse que el Congreso de la Nación, mediante la Ley N° 24.285, publicada en el Boletín Oficial nacional el 29 de diciembre de 1993, ratificó el Convenio N° 173 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo de la O.I.T. en el año 1992, el cual corresponde en esta instancia ser estudiado, no sin antes referirse a su antecedente directo y principal, cual es el Convenio 95 de la la O.I.T., relativo a la protección del salario.

4.3.- El Convenio 95 de la O.I.T. como antecedente del Convenio 173.

El 1° de julio de 1949, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, que había sido convocada el 8 de junio de 1949 en la ciudad de Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, congregada en su trigésima segunda reunión, adoptó el Convenio sobre la protección del salario, el cual

entró en vigencia el 29 de abril de 1952, conociéndose el mismo como Convenio 95 de la O.I.T. relativo a la protección del salario, el cual fuera revisado parcialmente en el año 1992, a través del Convenio 173. Dicho convenio fue ratificado por la República Argentina mediante el Decreto-Ley N° 11.594/56, del 24 de septiembre de 1956, y debe ser aplicado por nuestro país, conforme surge pacíficamente de la jurisprudencia de nuestros tribunales.¹⁶⁵

Interesan, a los fines del presente trabajo, fundamentalmente algunos artículos que deben ser específicamente comentados.

Luego de definir el Convenio, en su artículo 1, el término salario, expresando que significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar, el artículo 2 expresa que dicho Convenio se aplica a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario, pudiendo la autoridad competente, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores cuando dichas organizaciones existan y estén directamente interesadas, excluir de la aplicación de todas o de cualquiera de las disposiciones del Convenio 95 a las categorías de personas que trabajen en circunstancias y condiciones de empleo tales que la aplicación de todas o de algunas de dichas disposiciones sea inapropiada, y que no estén empleadas en trabajos manuales o estén empleadas en el servicio doméstico o en trabajos análogos.

¹⁶⁵ Por ejemplo, en los autos "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.", CS, fallo del 01.09.09; ídem "García, Fernando A. c. Hospital Británico de Buenos Aires", CNATrab. Sala V, fallo del 30.04.07; ídem "Rodríguez, Gustavo A. c. S.A. Organización Coordinadora Argentina", CNATrab. Sala VI, fallo del 29.04.04; ídem "Cuitiño, Marcelo Alejandro c. Orígenes A.F.J.P. S.A. y otro s. Despido", CNATrab. Sala VI, fallo del 27.04.01; ídem "Gimenez Patricia Dolores c. Blockbuster Argentina S.A. s/ despido", CNATrab. Sala X, fallo del 26.06.09, entre muchos otros.

A su vez, el convenio reconoce la naturaleza alimentaria del salario, al disponer en su artículo 10 que el salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, así como que deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.

Pero interesa fundamentalmente la mención del artículo 11 del Convenio en cuestión, el cual expresa, literalmente:

1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.

2. El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.

3. La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes.

En tal sentido, es evidente que el Convenio 95 de la O.I.T. estableció, respecto del resguardo de los créditos en caso de insolvencia del empleador o liquidación de una empresa, principio generales, aunque no vagos ni ambiguos, a los fines de dejar cierta libertad a los estados miembros para que reglamenten dicha protección según sus particularidades y necesidades, y dichos principios fueron recibidos por la legislación argentina en el Título XIV de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 -t.o. 1976-, mucho antes de que el Convenio 173 de la O.I.T. revisara el Convenio 95.

No obstante ello, es evidente que el propio Convenio 173 de la O.I.T. ha precisado las normas contenidas en el Convenio 95, superándolas con un detalle que no puede ser soslayado por aquellos estados miembros que deban aplicar aquél, en aras de la protección del crédito laboral para los casos en que el empleador se encuentre en estado de insolvencia.

A mayor abundamiento, puede citarse el ya mencionado estudio general de las memorias relativas al Convenio 95 y a la Recomendación 85 sobre la protección del salario de 1949, contenido en el informe III (Parte 1B) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, dado en la 91ª reunión, del año 2003, de notable importancia a pesar de que el propio instrumento expresa que la publicación de informaciones sobre las medidas tomadas respecto de los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo no implica opinión alguna de la Oficina Internacional del Trabajo acerca del estatuto jurídico del Estado que comunica tales informaciones (incluida la comunicación de una ratificación o de una declaración), ni acerca de su autoridad sobre las zonas o territorios a los que se refieran las informaciones comunicadas, ya que en algunos casos ello puede plantear problemas sobre los cuales la OIT no tiene competencia para expresar una opinión.

En tal sentido, expresa importancia adquiere el Capítulo V del mencionado instrumento, sobre el trato preferencial de los créditos laborales en caso de quiebra del empleador, que aborda las disposiciones del Convenio 173 de la O.I.T. (el cual, debe reiterarse, revisa el artículo 11 del Convenio 95), en particular las de la Parte III, relativas a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía, y en base al cual debe señalarse, en acápite aparte, una serie de consideraciones de la mayor importancia, bastando citar aquí los términos con los que inicia el referido capítulo V:

“El artículo 11 del Convenio contiene una de las medidas de protección social más antiguas, es decir la prioridad concedida a los créditos laborales en la distribución de los activos del empleador en caso de quiebra. A fin de evitar una situación en la que los trabajadores se vean privados de su sustento, debido a la quiebra de su empleador, deben elaborarse disposiciones que garanticen la inmediata y total liquidación de las deudas contraídas por el empleador respecto de sus trabajadores. El Convenio puntualiza el principio prácticamente reconocido universalmente, según el cual los salarios de los trabajadores y demás créditos relacionados con un servicio prestado, respecto a un período determinado de servicio o hasta una determinada suma según lo determine la legislación nacional, deberán considerarse créditos preferentes en caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa. El Convenio establece asimismo que el salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar incluso una parte del activo que le corresponda. No obstante, el Convenio deja a cada Estado ratificante la tarea de determinar la relativa prioridad de los salarios que constituyan un crédito preferente y los límites dentro de los que tales créditos serán tratados como preferentes. El artículo 11 del Convenio fue parcialmente revisado por el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173), adoptado en 1992 con el fin de incrementar la protección establecida en 1949. El fortalecimiento de la protección se realizó en dos sentidos: en primer lugar, el establecimiento de normas específicas relativas al alcance, los límites y el rango de los privilegios, a los que apenas se hace referencia en el Convenio núm. 95, y, en segundo lugar, la introducción de nuevos conceptos tales como sistemas de garantía salarial, diseñados para brindar una protección más eficaz que la del sistema tradicional de privilegios. La Comisión examinará la legislación y la práctica nacionales bajo el sistema de protección basado

en las preferencias, previstas en el artículo 11 del Convenio y luego abordará las nuevas normas contenidas en el Convenio núm. 173, en particular aquellas relativas a las instituciones de garantía salarial y a su aplicación en la práctica.”

No obstante lo expuesto, las deficiencias del sistema de privilegio de los créditos laborales establecido a través del Convenio 95 de la O.I.T. aparece evidente, ya que aquél exhibió, con el correr del tiempo, la insuficiencia protectoria de las acreencias del dependiente frente a la insolvencia del patrono. Es que se ha cuestionado en base a diversos fundamentos el texto del artículo 11 del Convenio 95. Así, se lo ha calificado de ineficaz en los casos de insuficiencia de bienes realizables en la masa de la quiebra. También se dijo que, no obstante establecer una preeminencia de los créditos laborales, nada hubo de expresar acerca de un rango mínimo. Como tampoco cumplió en establecer un *mínimo socialmente aceptable de protección*. Y menos aún trató el tema de los créditos laborales derivados de la prestación de tareas luego de ocurrida la cesación de pagos en aquellos casos en que ésta no impone el cierre de la empresa, tema especialmente sensible, ya que no existía planteo alguno al respecto en los tiempos en que la bancarrota arrastraba a la empresa a la clausura del establecimiento y la extinción de las relaciones laborales con los dependientes, pues en dicho escenario se imponía la limitación del privilegio a los créditos laborales correspondientes a tareas realizadas antes de la quiebra; lo cual hubo de cambiar en la actualidad, frente al caso cada vez más frecuente de aceptación de la continuación de la empresa fallida, ya de manera temporal a los fines de su liquidación, ya permanente a partir de su salvataje económico-financiero y el “cramdown”, en una tendencia que ha abandonado la idea de la desaparición de la empresa en crisis para dar lugar a su rehabilitación, lo cual impone la consideración y protección a través de un privilegio de los créditos laborales por tareas posteriores a la cesación de pagos. Y conforme las deficiencias apuntadas, nada

pudo rebatir la evidencia que exhibía un sistema de privilegios que, aunque se pretendiera perfeccionar, estaba herido de muerte en cuanto a cualquier pretensión de garantizar la percepción total, completa y definitiva de los créditos laborales, debiendo recurrirse a nuevos instrumentos protectores.

4.4.- El Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo.

El 1° de diciembre de 1993 fue sancionada la Ley N° 24.285, la cual fuera promulgada el 23 de diciembre de 1993, y publicada en el Boletín Oficial nacional el día 29 de dicho mes y año¹⁶⁶. Importa sólo el artículo 1° de la norma, mediante el cual el Congreso nacional ratificó el Convenio 173 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (LXXIX Reunión, 1992) de la Organización Internacional del Trabajo.

Atento su clara vinculación con el tema bajo análisis, cabe aquí, entonces, analizar el Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo, no sólo en cuanto a sus disposiciones, sino también en cuanto a su obligatoriedad como norma interna del derecho positivo argentino.

El texto del Convenio 173 comienza enunciando los motivos que lo hubieron inspirado, expresando el reconocimiento de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo de la importancia de la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y recordando las disposiciones al respecto del artículo 11 del Convenio sobre la protección del salario, de 1949, y del artículo 11 del Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, de 1925, así como observando que, desde la adopción del Convenio sobre la protección del salario, en 1949, se atribuyó una mayor importancia a la rehabilitación de empresas insolventes, que en razón de los efectos sociales y económicos de la insolvencia deberían realizarse

¹⁶⁶ ADLA, LIV-A, 1994, 35.

esfuerzos, siempre que sea posible, para rehabilitar las empresas y salvaguardar el empleo, que, desde la adopción de dichas normas, la legislación y la práctica de muchos Miembros han experimentado una importante evolución en el sentido de una mejor protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, y considerando finalmente la oportunidad para la adopción, por parte de la Conferencia, de nuevas normas relativas a los créditos laborales, adoptó el Convenio 173 en cuestión, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.¹⁶⁷

Dividido el Convenio en cuestión en tres partes, trata la primera de disposiciones generales, agrupadas en cuatro artículos. En tal sentido, interesa destacar, en primer lugar, no sólo lo expresado en el punto 1 del artículo 4 del Convenio, según el cual, como principio general, el mismo se aplica a todos los trabajadores asalariados y a todos los sectores de actividad económica¹⁶⁸, sino también los expresos mandatos del artículo 2 y del punto 1 del artículo 3 del Convenio¹⁶⁹, de los cuales surge la obligatoriedad de

¹⁶⁷ Así, expresa el preámbulo del Convenio 173 OIT:

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1992, en su septuagésima novena reunión;

Subrayando la impotencia de la protección de los créditos en caso de insolvencia del empleador y recordando las disposiciones al respecto del artículo 11 del Convenio sobre la protección del salario, 1949, y del artículo 11 del Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925;

Observando que, desde la adopción del Convenio sobre la protección del salario, 1949, se ha atribuido una mayor importancia a la rehabilitación de empresas insolventes y que, en razón de los efectos sociales y económicos de la insolvencia, deberían realizarse esfuerzos, siempre que sea posible, para rehabilitar las empresas y salvaguardar el empleo;

Observando que, desde la adopción de dichas normas, la legislación y la práctica de muchos Miembros han experimentado una importante evolución en el sentido de una mejor protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, y considerando que sería oportuno que la conferencia adoptara nuevas normas relativas a los créditos laborales;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión;

Después de tener decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional;

Adopta, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos noventa y dos, el presente Convenio que podrá ser citado como el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992:

¹⁶⁸ Dice el punto 1 del artículo 4: *A reserva de las excepciones previstas en el párrafo siguiente, y llegado el caso, de las limitaciones establecidas de conformidad con el artículo 3, párrafo 3, el presente Convenio se aplica a todos los trabajadores asalariados y a todos los sectores de actividad económica.*

¹⁶⁹ Dice el artículo 2: *Las disposiciones del presente Convenio deberán aplicarse por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional. A su vez, expresa el punto 1 del artículo 3: *Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá aceptar, ya sea las obligaciones de su parte II,**

su aplicación, tema controvertido, cuyo análisis conviene sea abordado en un acápite aparte, a los fines de arrojar luz sobre su imperio en el mundo jurídico argentino.

La segunda parte del Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo establece disposiciones sobre protección de los créditos laborales por medio de un privilegio. En tal sentido, se refiere en primer lugar a los créditos protegidos, expresando en el artículo 5 que en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deben quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda. Por su parte, completa el artículo 6 expresando que el privilegio debe cubrir al menos los créditos laborales correspondientes a: a) los salarios de un período determinado, no inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

b) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior;

c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, no inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; y d) las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo.

Por otra parte, el artículo 7 del Convenio 173 acepta la posibilidad de limitación a un monto determinado del alcance del privilegio de los créditos laborales, mas ello no implica que la limitación pueda darse en el tipo de crédito laboral, sino sólo en la suma,

relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, ya sea las obligaciones de la parte III, relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía, o bien las obligaciones de las partes II y III. Su elección deberá consignarse en una declaración que acompañará a la ratificación.

que por otra parte no puede ser inferior a un mínimo socialmente aceptable –esto es, a no dudarlo, una suma razonable conforme las circunstancias de cada sociedad-, y que debe reajustarse, cuando corresponda, para que mantenga su valor.¹⁷⁰

Ahora bien, tal vez el artículo 8 del Convenio N° 173 de la O.I.T. sea el más importante a los fines del presente análisis, o cuanto menos el más significativo, pues dispone imperativamente, respecto del rango del privilegio, que la legislación de cada Estado Miembro debe atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social, previendo como salvedad el caso de los créditos laborales cuando estén protegidos por una institución de garantía, de conformidad con la parte III del Convenio, pudiéndose en tal caso atribuir a los créditos protegidos de tal forma un rango de privilegio menos elevado que el de los créditos del Estado y de la seguridad social.¹⁷¹

La importancia de la norma es evidente, y a tal fin debe destacarse que si bien el artículo 8 en cuestión no expresa la obligación del Estado de reconocer legalmente un rango de privilegio superior a todos los créditos privilegiados, la mención a la mayoría denota a las claras la intención protectora por una parte, y por otra la idea de que solamente unos muy pocos créditos privilegiados podrán hallarse en igual o superior rango de privilegio a los créditos laborales. Pero ello también implica, con un poco más de profundidad, que no puede hacerse distinción alguna entre los créditos laborales, reconociéndose la preeminencia sólo a algunos y no a todos, y por otro lado, que si hay

¹⁷⁰ Dice el artículo 7: 1. *La legislación nacional podrá limitar el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable.* 2. *Cuando el privilegio de los créditos laborales esté limitado de esa forma aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor.*

¹⁷¹ Dice el artículo 8: 1. *La legislación nacional deberá atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la Seguridad Social.* 2. *Sin embargo, cuando los créditos laborales están protegidos por una institución de garantía, de conformidad con la parte III del presente Convenio, se podrá atribuir a los créditos así protegidos un rango de privilegio menos elevado que el de los créditos del Estado y de la Seguridad Social.*

muy pocos créditos que pueden gozar de un privilegio igual o superior al de los laborales, mucho más acotado debe entenderse el grupo de los de privilegio superior, aún cuando ello no esté expresado claramente, pero resultando de toda lógica conforme la redacción pertinente.

Con el artículo 9 del Convenio comienza la parte III, sobre la protección de los créditos laborales por una institución de garantía. En tal sentido, el mencionado artículo impone la obligación del otorgamiento de una garantía, por parte de alguna institución al efecto, siempre que el propio empleador no pueda garantizar el cobro del crédito debido a su insolvencia¹⁷², dando la posibilidad a cada Estado Miembro, a través del artículo 10, de adoptar medidas para evitar posibles abusos¹⁷³, previéndose, a través del artículo 11, que las modalidades de organización, gestión funcionamiento y financiación de las instituciones de garantía sean determinadas por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional, es decir, conforme las disposiciones del artículo 2 del propio Convenio, aunque sin impedir que se permita a compañías de seguros que otorguen la garantía prevista en el artículo 9 siempre que ofrezcan los debidos avales¹⁷⁴.

La protección mínima que deberá ser garantizada se consigna en el artículo 12 del Convenio, a través de la enumeración de los rubros allí detallados, a saber, los salarios correspondientes a un período determinado no ser inferior a ocho semanas, anterior a la insolvencia o a la extinción de la relación laboral; las sumas adeudadas en

¹⁷² Dice el artículo 9: *El pago de los créditos adeudados a los trabajadores por sus empleadores, en razón de su empleo, deberá ser garantizado por una institución de garantía, cuando no pueda ser efectuado por el empleador debido a su insolvencia.*

¹⁷³ Dice el artículo 10: *A los efectos de la puesta en aplicación de esta parte del Convenio, todo Miembro podrá adoptar, después de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, las medidas apropiadas para evitar posibles abusos.*

¹⁷⁴ Dice el artículo 11: *1. Las modalidades de organización, gestión funcionamiento y financiación de las instituciones de garantía deberán ser determinadas de conformidad con el artículo 2. 2. El párrafo precedente no obsta a que un miembro, de conformidad con sus características y necesidades, permita que las compañías de seguros proporcionen la protección mencionada en el artículo 9, siempre que ofrezcan garantías suficientes.*

concepto de vacaciones sujetas a pago correspondientes al trabajo efectuado en un período determinado no inferior a seis meses, anterior a la insolvencia o a la extinción de la relación laboral; las sumas adeudadas por otras ausencias retribuidas correspondientes a un período determinado no inferior a ocho semanas, anterior a la insolvencia o a la extinción de la relación laboral; y finalmente, las indemnizaciones debidas por la extinción del contrato de trabajo.¹⁷⁵

Y de manera similar a la disposición del artículo 7 del Convenio, el 13 prevé la limitación de los créditos laborales protegidos por una institución de garantía, siempre que lo sea a un monto específico socialmente aceptable, debiendo realizarse el ajuste correspondiente cuando proceda, a los fines de evitar la depreciación.¹⁷⁶

Con todo, debe señalarse que el Convenio 173 de la O.I.T. resulta conforme a una convención anterior, la número 95, relativa a la protección del salario, muy anterior a la norma bajo análisis, atento haber entrado en vigor el 24 de septiembre de 1952.

En cuanto a la Recomendación 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, complementaria del Convenio N° 173 de la O.I.T. y transcrita a continuación de su texto en el anexo único correspondiente a la norma de ratificación del mencionado Convenio, Ley N° 24.285, contiene ésta numerosas disposiciones respecto de los privilegios laborales, todas ellas destacables.

Así, luego de exponer un preámbulo en términos similares al Convenio 173, y señalando expresamente que la Recomendación resulta un complemento del Convenio,

¹⁷⁵ Dice el artículo 12: *Los créditos laborales protegidos en virtud de esta parte del Convenio deberán cubrir, al menos: a) los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; b) las sumas adeudadas en concepto de las vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en un período determinado, que no deberá ser inferior a seis meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y d) las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo.*

¹⁷⁶ Dice el artículo 13: *1. Los créditos laborales protegidos en virtud de esta parte del Convenio podrán ser limitados a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable. 2. Cuando los créditos protegidos estén limitados en esa forma, aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor.*

menciona una serie de elementos de indiscutida importancia como pautas para establecer una legislación verdaderamente protectora de los créditos laborales a través de privilegios, en un articulado que, en su parte pertinente, conviene aquí transcribir por la claridad de sus proposiciones:

II. PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES POR MEDIO DE UN PRIVILEGIO

CRÉDITOS PROTEGIDOS

3. 1) La protección conferida por un privilegio debería cubrir los siguientes créditos:

a) los salarios, las primas por horas extraordinarias, las comisiones y otras modalidades de remuneración, correspondientes al trabajo efectuado durante un período determinado, inmediatamente anterior a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; este período debería fijarse en la legislación nacional y no debería ser inferior a doce meses;

b) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior;

c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, las primas de fin de año y otras primas establecidas en la legislación nacional, los convenios colectivos o los contratos individuales de trabajo, correspondientes a un período determinado que no debería ser inferior a los doce meses anteriores a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

d) todo pago adeudado en sustitución del preaviso de despido;

e) las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo;

f) las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador.

2) La protección conferida por un privilegio podría cubrir los siguientes créditos:

a) las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

b) las cotizaciones adeudadas a los regímenes privados de protección social, sean profesionales, interprofesionales o de empresa, que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

c) las prestaciones a que tuviesen derecho los trabajadores antes de la insolvencia, en virtud de su participación en regímenes de protección social de la empresa y cuyo pago incumba al empleador.

3) Los créditos enumerados en los subpárrafos 1) y 2) que hayan sido reconocidos a un trabajador por fallo judicial o laudo arbitral pronunciado en los doce meses precedentes a la insolvencia deberían ser cubiertos por el privilegio independientemente de los límites de tiempo mencionados en dichos subpárrafos.

LIMITACIONES

4. Cuando el monto del crédito protegido por medio de un privilegio esté limitado por la legislación nacional, para que no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable, dicho monto debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria.

CRÉDITOS VENCIDOS DESPUÉS DE LA FECHA DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA

5. Cuando, en virtud de la legislación nacional, se autorice la continuación de las actividades de una empresa que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación deberían quedar excluidos del procedimiento y saldarse a sus vencimientos respectivos con los fondos disponibles.

PROCEDIMIENTOS DE PRONTO PAGO

6. 1) Cuando el procedimiento de insolvencia no permita asegurar el pago rápido de los créditos laborales protegidos por un privilegio, debería existir un procedimiento de pronto pago para que dichos créditos sean pagados, sin aguardar a que concluya el procedimiento de insolvencia, con los fondos disponibles o tan pronto como queden disponibles, a menos que el pronto pago de los créditos laborales esté asegurado por una institución de garantía.

2) El pronto pago de los créditos laborales podría asegurarse como sigue:

a) la persona o la institución encargada de administrar el patrimonio del empleador debería pagar dichos créditos, una vez verificada su autenticidad y su exigibilidad;

b) en caso de impugnación, el trabajador debería estar habilitado para hacer reconocer la validez de sus créditos por un tribunal o cualquier otro organismo competente en la materia, a fin de obtener entonces el pago de conformidad con el apartado a).

3) El procedimiento de pronto pago debería amparar a la totalidad del crédito protegido por un privilegio, o por lo menos a una parte del mismo, fijada por la legislación nacional.

III. PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES POR UNA INSTITUCIÓN DE GARANTÍA. CAMPO DE APLICACIÓN

7. La protección de los créditos laborales por una institución de garantía debería ser lo más amplia posible.

PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO

8. Las instituciones de garantía podrían funcionar con arreglo a los siguientes principios:

a) deberían tener autonomía administrativa, financiera y jurídica con respecto al empleador;

b) los empleadores deberían contribuir a su financiación, a menos que ésta esté asegurada íntegramente por los poderes públicos;

c) deberían asumir sus obligaciones para con los trabajadores protegidos, independientemente de que el empleador haya cumplido o no con sus obligaciones eventuales de contribuir a su financiación;

d) deberían asumir con carácter subsidiario las obligaciones de los empleadores insolventes, en lo referente a los créditos protegidos por la garantía, y poder subrogarse en los derechos de los trabajadores a los que hayan pagado prestaciones;

e) los fondos administrados por las instituciones de garantía que no provengan del Erario público no podrían ser utilizados sino para los fines para los cuales fueron recaudados.

CRÉDITOS PROTEGIDOS POR LA GARANTÍA

9.1) La garantía debería proteger los siguientes créditos:

a) los salarios, primas por horas extraordinarias, comisiones y otras formas de remuneración correspondientes al trabajo efectuado durante un período determinado, que no debería ser inferior a los tres meses que preceden a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

b) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como en el año anterior;

c) las primas de fin de año y otras primas previstas por la legislación nacional, los convenios colectivos o los contratos individuales de trabajo, correspondientes a un período determinado, que no debería ser inferior a los doce meses precedentes a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

d) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no debería ser inferior a los tres meses precedentes a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

e) todo pago adeudado en sustitución del preaviso de despido;

f) las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo;

g) las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando estén directamente a cargo del empleador.

2) La garantía podría proteger los siguientes créditos:

a) las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

b) las cotizaciones adeudadas en virtud de regímenes privados de protección social, sean profesionales, interprofesionales o de empresa, que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

c) las prestaciones a que tuvieran derecho los trabajadores antes de la insolvencia, en virtud de su participación en los regímenes de protección social de la empresa y cuyo pago incumba al empleador;

d) los salarios o cualquier otra forma de remuneración compatible con este párrafo, reconocidos a un trabajador por fallo judicial o laudo arbitral pronunciado en los tres meses precedentes a la insolvencia.

LIMITACIONES

10. Cuando el monto del crédito protegido por una institución de garantía esté limitado, para que no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable, debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones de la seguridad social o el salario medio en la industria.

IV. DISPOSICIONES COMUNES A LAS PARTES II Y III

11. Los trabajadores o sus representantes deberían recibir información en tiempo oportuno y ser consultados en relación con los procedimientos de insolvencia que hayan sido abiertos y que sean relativos a los créditos laborales.

Con todo, e independientemente del análisis sobre la obligatoriedad de la aplicación del Convenio 173 como norma interna del derecho positivo argentino, en el caso de la Recomendación 180 no parece posible colegir obligatoriedad alguna al respecto, como tampoco de adecuación de la legislación vigente en relación a la recomendación en cuestión, pues al ser de tal naturaleza, es decir, una Recomendación, debe excluirse cualquier imperio de ella, y considerar que sólo resulta útil como conjunto de consejos a los fines de usarse como pauta o parámetro para establecer una normativa más adecuada en el ámbito interno.

4.5.- El Convenio 173 de la O.I.T. en acción.

A los fines de abordar el presente acápite, basta recurrir a la abundante información brindada por la propia Organización Internacional del Trabajo¹⁷⁷, y que resulta por demás esclarecedora respecto del devenir y de la actualidad del Convenio 173, especialmente, al ya mencionado y comentado Estudio general de las memorias relativas al Convenio 95 y a la Recomendación 85 sobre la protección del salario de 1949, contenido en el informe III (Parte 1B) de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones la Conferencia Internacional del Trabajo, dado en la 91ª reunión, del año 2003, en base al cual pueden realizarse algunas referencias respecto de la recepción y aplicación que ha tenido el Convenio 173 de la O.I.T. en distintos países.

Para ello, conviene señalar, en primer lugar, que el Convenio 173 de la O.I.T. puede ser ratificado en su totalidad, pero es uno de los pocos casos en que está conformado por distintas partes, las cuales pueden ser ratificadas individualmente. Se integra con dos grupos de normas, ambos referidos a la protección de los créditos laborales, mas el primer grupo a través de privilegios (Parte II del Convenio), y el otro por intermedio de instituciones independientes de garantía (Parte III), permitiendo, de tal manera, que cada Estado Miembro adhiera a un aspecto u otro de la protección, según prefiera, alternativa o sucesivamente.

Ahora bien, puede decirse que la mayoría de los países miembros de la O.I.T. han recibido favorablemente los principios y las disposiciones del Convenio 173, consignándolos en su normativa y en la aplicación práctica, haciendo más específica la protección que exigía el Convenio 95, y que aquél vino a revisar en el año 1992. En otras palabras, parece evidente que el Convenio 95 propuso una protección del crédito laboral en caso de insolvencia del empleador de manera tibia o tímida, pero el Convenio

¹⁷⁷ La cual puede hallarse, en abundancia, en la página www.ilo.org/global/lang-es/index.htm.

173 profundizó dicha protección, y los Estados Miembros de la O.I.T., en general, y aún antes de efectuada la ratificación del mencionado Convenio 173 por parte de muchos de ellos, han adecuado su derecho del trabajo a esta tutela más honda, con mayor especificidad y pertinencia, a través de dos cursos de protección que implican el establecimiento de un régimen de privilegios laborales de mayor contundencia, y el instrumento adicional y novedoso del fondo de garantía salarial.

Aunque, respecto de este último instituto, reconoce el propio Estudio que no obstante sus ventajas, no es la panacea para solucionar los problemas de insolvencia de la empresa, pues brinda una seguridad en caso de pago inexistente o imposible en el régimen de privilegios laborales, pero al encontrarse sujeto a límites impuestos por el tiempo de la prestación de servicios y montos máximos protegidos, así como al no reemplazar totalmente los procedimientos tradicionales de falencia mediante los cuales se liquida el activo del deudor, y con su producido se abonan las acreencias con privilegio, de acuerdo al orden de prelación legalmente establecido, y al dar por sentado la existencia tanto de institutos laborales sanos y de una administración de la empresa responsable, en varios casos aparecen como inaplicables. Pero aún las ventajas resultan considerables, más todavía en una época de graves problemas económicos globales e incertidumbre acerca del futuro próximo, como bien lo señala el Estudio, atento la confirmación que de ello han dado las quiebras de algunas empresas entre las más importantes a nivel mundial.

Más aún, debe mencionarse, siguiendo al Estudio, *“que las normas establecidas en la Parte III del Convenio relativas a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía guardan cierta similitud con las disposiciones de la Directiva del Consejo Europeo núm. 80/987/EEC del 20 de octubre de 1980, sobre la*

aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”.

Agrega respecto de la Directiva en cuestión, además, que ésta “... establece que los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer instituciones de garantía que aseguren el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados correspondientes a un período determinado. A fin de limitar la duración de la garantía, los Estados Miembros pueden elegir entre tres fechas alternativas que determinan el comienzo del período de referencia dentro del cual debe quedar comprendido el período mínimo de remuneración garantizada. La Directiva permite igualmente a los Estados Miembros establecer un tope para la garantía de pago de los créditos impagados de los trabajadores, y sienta los principios de funcionamiento de las instituciones de garantía, a saber, independencia financiera, contribución de los empresarios a la financiación y obligación de pago independientemente del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación.”

Por su parte, también debe notarse que en el mes de septiembre de 2002, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva 2002/74/CE¹⁷⁸, la cual hubo de

¹⁷⁸ El texto de la Directiva 2002/74 CE es el siguiente:

5.1. Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario

Artículo 1

1. La presente directiva se aplicará a los créditos a favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentran en estado de insolvencia, en el sentido del apartado 1 del artículo 2. [...]

Artículo 2

1. A los efectos de la presente Directiva, un empresario será considerado insolvente cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario, previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro, que implique el desapoderamiento parcial o total de éste y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, y la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones: a) haya decidido la apertura del procedimiento; o b) haya comprobado el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento. [...]

Artículo 3

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el pago de los créditos impagados de los

modificar la mencionada Directiva 80/987/CEE, a fin de adaptar su contenido a las nuevas normas en materia de insolvencia en los Estados Miembros, así como consagrar otras directivas de la Comunidad adoptadas desde 1980 y los últimos casos ventilados ante la Corte de Justicia, proponiendo, la nueva Directiva, una definición más amplia de insolvencia, abarcando los procedimientos de insolvencia colectiva, y extendiendo el ámbito de protección de los trabajadores cubiertos impidiendo a los Estados Miembros excluir trabajadores como los de tiempo parcial, con contratos de duración determinada, o con una relación de empleo temporal. Y a su vez, pretende simplificar las disposiciones relativas a los límites temporarios aplicables a los créditos privilegiados, atacando asimismo el tema de la jurisdicción en los casos de insolvencia internacional.

En cuanto a las ratificaciones hasta aquí producidas, puede señalarse, además de que la República Argentina aún no realizó dicho acto formal, que los países que han

trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno. Los créditos tenidos en cuenta por la institución de garantía serán las remuneraciones impagadas correspondientes a un período situado antes o en su caso, después de una fecha determinada por los miembros o antes y después de la misma.

Artículo 4

1. Los Estados miembros tendrán la facultad de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía prevista en el artículo 3.

2. Cuando los Estados miembros hagan uso de la facultad prevista en el apartado 1, establecerán la duración del período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía. Esa duración no podrá, sin embargo, ser inferior a un período correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral situados antes y/o después de la fecha contemplada en el artículo 3. Los Estados miembros podrán incluir ese período mínimo de tres meses en un período de referencia cuya duración no podrá ser inferior a seis meses. [...]

3. Además, los Estados miembros podrán establecer límites a los pagos efectuados por la institución de garantía. Estos límites no podrán ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la presente Directiva. Cuando los Estados miembros hagan uso de esa facultad, comunicarán a la Comisión los métodos utilizados para establecer dicho límite.

Artículo 8(bis)

1. Cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia en el sentido del apartado 1 del artículo 2, la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores será la del Estado miembro en cuyo territorio éstos ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo.

2. La extensión de los derechos de los trabajadores asalariados vendrá determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de garantizar que, en los casos previstos en el apartado 1, las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia previsto en el apartado 1 del artículo 2, cuya apertura se haya solicitado en otro Estado miembro, se tengan en cuenta para determinar el estado de insolvencia del empresario en el sentido de la presente Directiva. [...]

llevado a cabo tal acción fueron 19, a saber, Albania, Armenia, Australia, Austria, Botswana, Bulgaria, Burkina Faso, Chad, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Letonia, Lituania, Madagascar, México, Suiza, Ucrania y Zambia, sin que ninguna de dichas ratificaciones haya sido condicional, ni se haya expresado declaración de aplicación provisoria alguna, ni uno tan solo de dichos Estados haya denunciado el Convenio.

En particular, puede realizarse una descripción sintética, a modo de cuadro sinóptico¹⁷⁹, respecto de cada uno de los países que han ratificado el Convenio 173 de la O.I.T., así como la fecha en que ello fue realizado, la situación actual y las obligaciones por el Estado en cuestión:

<i>País</i>	<i>Fecha de ratificación</i>	<i>Situación</i>	<i>Obligaciones aceptadas</i>
Albania	03.02.2005	Vigente	Parte II del Convenio
Armenia	18.05.2005	Vigente	Partes II y III del Convenio
Australia	08.06.1994	Vigente	Parte II del Convenio
Austria	20.12.1996	Vigente	Parte III del Convenio
Botswana	05.06.1997	Vigente	Parte II del Convenio
Bulgaria	28.09.2004	Vigente	Parte II del Convenio ¹⁸⁰
Burkina Faso	11.02.1999	Vigente	Parte II del Convenio
Chad	15.12.2000	Vigente	Parte II del Convenio
Eslovaquia	24.09.1998	Vigente	Parte II del Convenio
Eslovenia	08.05.2001	Vigente	Parte III del Convenio
España	16.05.1995	Vigente	Partes II y III del Convenio ¹⁸¹
Finlandia	20.06.1994	Vigente	Parte III del Convenio
Letonia	22.02.2002	Vigente	Parte III del Convenio
Lituania	26.09.1994	Vigente	Parte II del Convenio

¹⁷⁹ Ver <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C173>.

¹⁸⁰ Excluyendo: 1) los socios de la empresa; 2) los miembros de los órganos de gestión y control de la empresa; y 3) los cónyuges y familiares descendientes en línea directa del responsable de la empresa o de las personas señaladas en los puntos 1) y 2).

¹⁸¹ Excluyendo, en la parte II, a los funcionarios, y en la parte III al personal de trabajo doméstico.

Madagascar	03.06.1998	Vigente	Parte II del Convenio
México	24.09.1993	Vigente	Parte II del Convenio
Suiza	16.06.1995	Vigente	Partes II y III del Convenio
Ucrania	01.03.2006	Vigente	Parte II del Convenio
Zambia	25.05.1998	Vigente	Parte II del Convenio

Como de ve, en los cinco años siguientes a la adopción del Convenio 173 de la O.I.T., sólo ocho Estados Miembros lo ratificaron, y si se extiende a diez años, el número de ratificaciones apenas aumenta a quince, para alcanzar, a los 17 años de la adopción del convenio en cuestión, tan solamente a diecinueve, siendo las más recientes las de Albania, Armenia, Bulgaria y Ucrania.

A su vez, como complemento de lo expuesto, conforme el Estudio oportunamente citado, pueden consignarse algunos elementos significativos respecto de la aplicación del Convenio 173 de la O.I.T. en los distintos países que hubieron de ratificar el mencionado instrumento.

Así, puede decirse que entre los países que han aceptado la Parte II del Convenio 173 de la O.I.T., Zambia ha modificado su legislación a fin de adecuarla y conformarla a los presupuestos mínimos consignados en el artículo 6 del mencionado instrumento, y en tal sentido, para el caso de quiebra del empleador, los créditos del dependiente que gozan de privilegio sobre los demás serían los siguientes: i) los salarios adeudados al trabajador correspondientes a los tres meses anteriores a la designación del síndico de la quiebra; ii) los montos debidos en concepto de licencias correspondientes a los dos años anteriores a la fecha de designación del síndico de la quiebra; iii) las sumas adeudadas en concepto de cualquier suspensión de la relación laboral con goce de haberes correspondiente al período de los últimos tres meses; iv) los gastos de contratación u otras sumas adeudadas en virtud del contrato de trabajo; v) una suma equivalente a tres

meses de salarios en concepto de indemnización por extinción del contrato de trabajo; y vi) toda suma que corresponda al dependiente por imperio de la legislación vigente en concepto de indemnización, siempre que sea anterior al nombramiento del síndico de la quiebra.

Por su parte, la aceptación de la Parte II del Convenio ha implicado para Madagascar la extinción de las obligaciones asumidas en virtud del artículo 11 del Convenio 95 de la O.I.T., así como la protección, a través de un privilegio, de distintos créditos laborales, tales como salarios, vacaciones pagadas, indemnización sustitutiva de preaviso con un tope de seis meses de remuneración, e indemnización por extinción del contrato de trabajo a razón de diez días por cada año completo de servicio que no excedan de seis meses de salario.

También México ha aceptado las obligaciones que surgen de la Parte II del Convenio 173, protegiendo con privilegio las remuneraciones, incluyendo todos los suplementos correspondientes, devengadas durante el año anterior, incluyendo los créditos por vacaciones, otras licencias retribuidas, e indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo con un tope en el monto de tres meses de salario.

Por su parte, y según se ha expresado, también Burkina Faso ratificó el Convenio 173 de la O.I.T. en cuanto a la Parte II, limitando el privilegio de los créditos laborales a una suma de dinero establecida que no debe ser inferior a un mínimo socialmente aceptable, lo cual se encuentra delineado en el párrafo 4 de la Recomendación N° 180, refiriendo variables tales como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria.

En cuanto a España, uno de los pocos países que ratificó ambas partes del Convenio 173 de la O.I.T., debe notarse que, al hacerlo, excluyó expresamente al personal del servicio doméstico.

Casi como curiosidad, puede destacarse que en los casos de Australia y Eslovaquia, a pesar de que por el momento sólo han ratificado las obligaciones de la Parte II del Convenio 173 de la O.I.T., relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, ambos Estados Miembros poseen asimismo sistemas legales de garantía salarial vigentes.

Baste concluir, a modo de corolario, que conforme lo expresado por la Comisión redactora del Estudio en cuestión, en general, la revisión parcial del artículo 11 del Convenio 95 de la O.I.T. por parte del Convenio 173 ha logrado un instrumento flexible que establece normas más elevadas de protección, a los fines de paliar las crisis de las empresas, constituyendo, el mencionado Convenio 173, una solución adecuada a los problemas de protección social en caso de insolvencia patronal, aportando nuevos elementos al sistema de privilegios, introduciendo nuevos métodos de protección a través de fondos de garantía salariales, y dejando un amplio margen a la discreción de los Estados Miembros para que apliquen su normativa.

Por todo lo expuesto, es posible señalar que la protección de los créditos laborales por deudas salariales en caso de insolvencia del empleador, a través de un privilegio, parece estar, de manera general, plasmada suficientemente en la legislación general del trabajo de prácticamente la totalidad de los Estados Miembros de la Organización Internacional del Trabajo; e incluso, varios de esos Estados Miembros han conferido un trato preferencial a otros créditos laborales más allá de las remuneraciones, como también han reconocido una prioridad absoluta a los créditos laborales sobre todos los otros privilegiados, aún los créditos cuyo titular es el Estado, y hasta han

llegado a garantizar, en ciertos casos, el pago de los créditos laborales a través de instituciones o fondos de garantía.

4.6.- La obligatoria aplicación en Argentina del Convenio 173 de la O.I.T.

Según el artículo 2 del Convenio, sus disposiciones deben aplicarse por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional, es decir, que la norma ordena que la legislación propia de los países que lo suscriben trasladen al texto de la normativa interna las disposiciones del Convenio en cuestión, dándose a sí mismo, de tal forma, carácter programático, excluyendo la posibilidad de su aplicación sin más. Y más aún cuando la ratificación del Congreso Nacional no se hizo consignando, en una declaración adjunta a la mencionada ratificación, la aceptación de las obligaciones contenidas en la parte o las partes del Convenio correspondientes, conforme lo prevé el punto 1 del artículo 3, según el cual todo Miembro que lo ratifique –como oportunamente lo hizo la República Argentina a través de la Ley N° 24.285- debe aceptar, ya sea las obligaciones de su parte II, relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, ya sea las obligaciones de la parte III, relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía, o bien las obligaciones de ambas, debiendo consignarse la elección en cuestión en una declaración adjunta a la ratificación.

Ello, no obstante que la ratificación por parte del Congreso Nacional a través de la Ley N° 24.285 implica, conforme lo oportunamente expuesto, que el Convenio N° 173 de la O.I.T., en tanto norma que evidentemente debe incluirse en la categoría de tratado concluido con una organización internacional –en los términos del inciso 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional¹⁸²- tiene una jerarquía superior a la ley del

¹⁸² No obstante lo cual debe recordarse lo antes expuesto en cuanto a que los convenios internacionales del trabajo adoptados por las conferencias de la Organización Internacional del Trabajo, son acuerdos

Congreso de la Nación¹⁸³, aunque sin idéntico valor legal que la propia Carta Magna, la cual de ninguna manera puede violentar, y con evidente asiento en el principio de protección del trabajador, toda vez que fue aprobado mediante una ley de la Nación es norma válida en la República Argentina, mas no de aplicación operativa.

Pero como también es de toda evidencia, y por su propia jerarquía superior a la ley, ésta no podría ser contraria a sus postulados, so pena de inconstitucionalidad, por afectar la jerarquía de las normas prevista en la propia Ley Fundamental. En otras palabras, las disposiciones del Convenio 173 no son aplicables internamente, en la República Argentina, de manera directa, sino que deben ser contenidas expresamente en leyes internas de la Nación, sin que alcance para considerar cumplido tal requisito la disposición de ratificación de la Ley N° 24.285, pero la legislación argentina no puede ser contraria a las mencionadas disposiciones del referido Convenio, pues con ello es clara la violación de la jerarquía normativa. Es decir, las normas del Convenio 173 O.I.T. no son directamente aplicables en Argentina, pero su legislación interna debe conformársele.

Sólo resta señalar al respecto que las formalidades impuestas por el propio Convenio en cuanto a ratificación y registro, no obstan a la validez de las conclusiones expuestas en los párrafos anteriores. En efecto, expresa el artículo 15 que las ratificaciones formales del Convenio deben ser comunicadas, para su registro, al

colectivos de naturaleza *sui generis*, de resultas de lo cual la Conferencia no elabora por sí misma tratados internacionales, sino que fija el texto de un proyecto de convenio que en caso de ser aprobado por los Estados Miembros permite formar una legislación del trabajo de tipo uniforme, pero no parece haber posibilidad alguna distinta, respecto del texto constitucional, en cuanto a identificar cada uno de ellos con la denominación de *tratado concluido con una organización internacional*.

¹⁸³ En tal sentido, se ha señalado, por ejemplo, que los Convenios suscriptos en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, que revisten la naturaleza de tratados internacionales, tienen jerarquía superior a las leyes, salvo el Convenio N° 87, sobre Libertad Sindical, el cual tiene rango constitucional (conf. Vázquez, Gabriela Alejandra. *El regreso al derecho civil para la protección del trabajador*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2004, pág. 204).

Director General de la Oficina Internacional del Trabajo¹⁸⁴, agregando el punto 1 del artículo 16 que el Convenio 173 sólo obliga a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General, sin aparecer como dato de importancia la fecha de entrada en vigor del acuerdo, para cuyo establecimiento los puntos 2 y 3 del mencionado artículo 16 prevén un mecanismo, y que en definitiva se produjo el 8 de junio de 1995.¹⁸⁵ Es que, como se expresara, nuestro país ratificó el Convenio N° 173 O.I.T. mediante la Ley N° 24.285, pero hasta la fecha no ha sido registrado por el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, mas ello no puede implicar que el Convenio en cuestión no resulte vinculante para la República Argentina, toda vez que la disposición del punto 1 del artículo antes mencionado, según el cual el Convenio obliga sólo a los Miembros de la O.I.T. cuyas ratificaciones haya registrado el Director General, implica una norma imperativa respecto de la obligación internacional del Estado para con la comunidad de los países, pero su obligatoriedad en el propio territorio –en este caso, se reitera, no de la aplicación sin más de las normas programáticas del Convenio sino de plasmarlo en la legislación laboral interna- surge de la propia ratificación realizada, independientemente del registro del Director General de la O.I.T.

Por lo expuesto, no parece posible coincidir con la doctrina jurisprudencial establecida, por ejemplo, en el caso “Morali c. Ilansir”, al menos respecto de lo dispuesto en cuanto al Convenio 173 O.I.T., si bien resulta acertado lo decidido en relación a la Ley N° 23.472. En efecto, el 24 de septiembre de 2001, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, dictó la sentencia

¹⁸⁴ Dice el artículo 15: *Las ratificaciones formales del presente convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.*

¹⁸⁵ Dice el artículo 16: *1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General. 2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General. 3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.*

interlocutoria número 21.391, en los autos “Morali, Adolfo Ramón c. Ilansir S.A. s. Despido”, expediente número 4.482/98. En dicho fallo, con el voto del Dr. Roberto Jorge Lescano, al cual adhirió el Dr. José Emilio Morell –sin el voto del Dr. Álvaro Balestrini- expresó el tribunal cuanto sigue:

“I. El actor intenta hacer valer la ejecución de su crédito contra el Estado Nacional por encontrarse –a su juicio- su ex-empleadora Ilansir SA en estado de quiebra. Sostiene, en tal sentido, que su pretensión se encuentra avalada por lo establecido en las leyes 24.285 y 23.472 e impugna la resolución de la juzgadora que desestimó sus pretensiones por entender que las normas sustantivas mencionadas tendrían sólo un carácter programático.”

“II. Su queja no es atendible.”

“Ello lo afirmo porque si bien la sanción de la ley 24.285 implicó la incorporación a nuestro derecho interno del convenio n° 173 de la OIT, lo cierto es que dicho convenio no resulta vinculante para el Estado Nacional en tanto y en cuanto la ratificación del Estado de la Nación Argentina –acto administrativo voluntario vinculante dentro del derecho internacional público- no ha sido registrada por el Director General de tal organismo internacional (conf. art. 16 de la ley 24.285 y pieza informativa de fs. 124/5) por lo que la aludida directiva no pasa de ser una norma programática.”

“Sobre el particular, la doctrina admite que una vez aprobado un tratado por el Congreso de la Nación, es menester para su operatividad la ratificación en sede internacional (ver Bidart Campos, “Manual de Derecho Constitucional Argentino”, p. 672).”

“Por otra parte, dicho convenio sólo obligaría al Estado Nacional dictar normas legales tendientes a lograr la protección de los créditos laborales por medio de

privilegios y/o mediante la creación de una institución de garantía y lo cierto es que el derecho interno establece directivas específicas concediendo privilegios especiales y generales a los créditos laborales (ver arts. 261, 262, 263, 267, 268 y cons de la LCT, art. 293 de la ley de quiebras) lo que revela el acatamiento parcial de los lineamientos del convenio internacional que funcionaría como un marco normativo amplio para el dictado de normas específicas tutelares de los créditos laborales.”

“Bajo este esquema de pensamiento, cabe aclarar que del propio texto del convenio n° 173 surge que los Estados miembros podrían adoptar una u otra forma de tutela –o ambas- consignando tal circunstancia en una declaración que acompañaría la ratificación ante el Director General del organismo internacional, acto administrativo no efectivizado al presente conforme lo he referenciado.”

“Por ley 23.472 (Boletín Oficial del 25/3/87) se dispuso, asimismo, la creación de un Fondo de Garantía de los Créditos Laborales pero dicha norma tampoco es operativa ya que su vigencia estaba condicionada al dictado de un decreto reglamentario –ver art. 10 del referido cuerpo legal- que fijaría la fecha a partir de las cuales serían exigibles las contribuciones empresarias al sistema y podría, en consecuencia, reclamarse el pago de créditos laborales impagos por razones de insolvencia patronal.”

“La falta de reglamentación de la ley 23.472 es explicable ya que, con posterioridad, y mediante un decreto de necesidad y urgencia se creó el Sistema Único de Contribuciones a la Seguridad Social –ver art. 85, decreto 2.284/91- que ha dado otro sesgo normativo a nuestro sistema de tutela de la clase activa y pasiva frente a las contingencias económicas y sociales sin comprender la obligación estatal de responder monetariamente por las obligaciones laborales de las empresas en quiebra, quedando al presentante como única vía legal acudir al régimen específico de la ley 24.522.”

Varias cuestiones deben puntualizarse sobre dicho fallo.

En primer lugar debe notarse que, según lo expresado en la sentencia bajo análisis, el actor, Adolfo Ramón Morali, intentó hacer valer la ejecución de un crédito laboral en cabeza suya contra el Estado Nacional, por encontrarse en quiebra quien fuera su empleadora, Ilansir S.A., fundándose en la Ley N° 23.472, que dispone la creación y el establecimiento del Fondo de Garantía de los Créditos Laborales, y en la Ley N° 24.285, mediante la cual el Congreso Nacional ratificó el Convenio N° 173 de la O.I.T. Y si bien no surge del documento que la empresa Ilansir S.A. estuviera en quiebra –expresamente manifiesta el Dr. Lescano que el estado de quiebra en cuestión es a juicio del actor-, de ser ello así, debería concluirse que la acción del actor estuvo bien planteada y dirigida, naturalmente, conforme las conclusiones que seguidamente se expondrán.

La sentencia en cuestión reconoce expresamente que la sanción de la Ley N° 24.285 implicó la incorporación a nuestro derecho interno del Convenio 173 de la O.I.T. Es por ello que no puede sino concluirse, salvo que algún otro elemento imponga concluir lo contrario, que si las normas del Convenio 173 se han incorporado al derecho interno de la República Argentina, resultan de aplicación obligatoria en el mundo jurídico de nuestro país, sin más. Debe, pues, analizarse si existe algún motivo por el cual concluir que la incorporación del Convenio 173 al derecho interno argentino no importa su obligatoriedad de aplicación.

Prosigue la sentencia en cuestión expresando que el Convenio 173 de la O.I.T. no resulta vinculante para el Estado Nacional en tanto y en cuanto la ratificación del Estado de la Nación Argentina no ha sido registrada por el Director General del mencionado organismo internacional, por lo que la aludida directiva no pasa de ser una norma programática. Sin embargo, según se ha comentado en párrafos anteriores, las

formalidades impuestas por el propio Convenio en cuanto a ratificación y registro, que impone su obligatoriedad sólo a los Miembros de la O.I.T. cuyas ratificaciones haya registrado el Director General, implica una imperativa respecto de la obligación internacional del Estado para con la comunidad de los países, y sólo corresponde a dicho ámbito, pero nada tiene que ver con su obligatoriedad en el propio territorio nacional en donde se ha receptado la norma internacional mediante una ley interna, caso en el cual las disposiciones del Convenio serán derecho interno argentino pues así lo ha asumido mediante una norma propia, independientemente del registro del Director General de la O.I.T. y su obligatoriedad para con la comunidad internacional. En otras palabras, la ratificación del Convenio 173 de la O.I.T. por nuestro Congreso Nacional a través de una ley interna, lo ha transformado en una norma interna, pero que aún no exige compromiso alguno frente a la comunidad internacional por no haber sido registrada por el Director de la Organización Internacional del Trabajo. Ello, no obstante deber reiterarse que la obligatoriedad interna del Convenio 173, por ser una norma programática, sólo puede concretarse al plasmarse sus disposiciones en la legislación laboral del país, pero es ésta, sin duda alguna, una obligación del Estado Nacional por la cual, en caso de omisión, debería responder, amén de lo ya expresado en cuanto a que las normas internas no pueden contradecir las disposiciones del Convenio en cuestión, so riesgo de desconocimiento de la jerarquía normativa.

Por ello, si bien expresa Germán J. Bidart Campos en su *Manual de Derecho Constitucional Argentino*¹⁸⁶ que luego de la aprobación, el tratado necesita, para entrar en vigor, la ratificación en sede internacional, que es cumplida por el Poder Ejecutivo a través de su cancillería, y sólo después de ratificado el tratado, éste se incorpora automática y directamente al orden interno, no parece posible coincidir con dicha postura, pues la ratificación internacional sólo podría darle al tratado validez en dicho

¹⁸⁶ Ediar, 1979, pág. 585.

ámbito, es decir, el internacional, mas el vigor o la obligatoriedad interna, debe entenderse, se produce necesariamente con la aprobación del tratado por el Congreso, pues para ello el Estado Nacional es soberano, y cualquier acto aprobatorio de un pacto internacional, en los términos constitucionales, le otorga plena validez dentro de nuestro país, sin que pueda sujetarse ello a una ratificación fuera del ámbito nacional.

Ahora bien, en cuanto a que dicho Convenio sólo obligaría al Estado Nacional a dictar normas legales tendientes a lograr la protección de los créditos laborales por medio de privilegios o mediante la creación de una institución de garantía, así como que el derecho interno establece directivas específicas concediendo privilegios especiales y generales a los créditos laborales, todo lo cual revela el acatamiento parcial de los lineamientos del convenio internacional que funcionaría como un marco normativo amplio para el dictado de normas específicas tutelares de los créditos laborales, no puede sino coincidirse con ello, así como con la referencia sobre la posibilidad de elegirse, conforme al Convenio, una u otra o ambas formas de tutela, y con la falta de operatividad del Fondo de Garantía creado por la Ley N° 23.472, mas dichas coincidencias sólo confirmarían el desacierto de la decisión del tribunal en cuestión.

Es que, sin duda, el Convenio 173 obliga al Estado Nacional sólo a dictar normas en los términos contenidos en la propia disposición internacional, y dicha obligación ha sido asumida por la República Argentina mediante la Ley N° 24.285, imponiéndose a si misma la exigencia de dictar una normativa realmente protectora en términos adecuados al Convenio, motivo por el cual, el acatamiento parcial que refiere la sentencia a través de directivas específicas internas que conceden privilegios especiales y generales a los créditos laborales, justamente por ser parcial, indica un incumplimiento –también parcial, si se quiere- de parte del Estado de sus obligaciones legislativas propias, hecho que impone una responsabilidad al respecto, más aún cuando

se encuentra cumplida la sanción de una norma que establece una institución de garantía de los créditos laborales pero que no se halla operativa –aunque sí vigente- por omisión del órgano que ejerce principalmente la función administrativa del poder del Estado, responsabilidad entonces compartida por los denominados poderes legislativo y ejecutivo, según la omisión en que incurre cada uno de ellos. Por ello, no podría desligarse de responsabilidad el Estado Nacional, si de los dos posibles medios de tutela a elegir para preservar los créditos laborales, conforme la obligación asumida a través de su legislación interna (leyes N° 23.472 y 24.285), no ha cumplido acabadamente con ninguna de los dos, por resultar aplicables sólo algunos aspectos de uno de ellos.

Es por ello que tampoco parece posible coincidir con el voto en solitaria disidencia del Dr. Antonio Boggiano dado en el recurso de hecho interpuesto en autos *Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c. Poder Ejecutivo Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto-*, en fecha 4 de diciembre de 1995 –aclárese que la mayoría denegó la queja a través de la cual se llegaba a dicha instancia, con fundamento en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-, al expresar:

8°) Que, como ya ha dicho esta Corte, con la aprobación de un tratado el Congreso participa en el acto federal complejo en el cual el Poder Ejecutivo concluye y firma el tratado, el Congreso Nacional lo desecha o aprueba y el Poder Ejecutivo Nacional lo ratifica (art. 75, inc. 22 y art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional). Pero en este acto complejo federal la participación del Congreso, aunque es necesaria, no es definitiva.

En nuestro régimen constitucional, es el Poder Ejecutivo, en representación de la Nación, quien ejerce competencias constitucionales exclusivas para asumir obligaciones

internacionales por la decisión de ratificar los tratados internacionales (arts. 27 y 99 inc. 1, 11 de la Constitución Nacional).

9º) Que las características especiales de los convenios celebrados en el marco de la OIT no puede conmovir esta facultad del Poder Ejecutivo. Si bien el art. 19 de la Constitución de la OIT contempla la obligación del Estado de someter el convenio adoptado a la autoridad competente para que le dé forma de ley o se adopten otras medidas, esta obligación de someter los convenios a los órganos competentes y de informar al Director General acerca de la resolución adoptada no puede ser razonablemente interpretada en el sentido de obligar a la ratificación en el plano internacional, suprimiendo la potestad discrecional de ratificar o no, potestad que constituye un principio fundamental del derecho público argentino (art. 27 Constitución Nacional).

10) Que, los tratados tienen primacía sobre las leyes (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Y es atribución del Poder Ejecutivo asumir para la Nación, por ratificación, obligaciones internacionales con el alcance de tal primacía.

11) Que por lo demás, no podría suscitarse en el caso un supuesto de responsabilidad internacional del Estado por no ratificar el Convenio de la OIT, como afirma el recurrente, ya que la violación de un tratado internacional sólo es posible - obviamente- una vez que el tratado sea obligatorio para la República Argentina, es decir, cuando haya sido ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Y decididamente, con lo que no parece posible coincidir en relación a la sentencia de la Sala V, es con la manifestación acerca de que la falta de reglamentación de la Ley Nº 23.472 es explicable por la creación, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 2.284/91, del Sistema Único de Contribuciones a la Seguridad Social, por haber dado éste otro sesgo normativo a nuestro sistema de tutela de la clase activa y

pasiva frente a las contingencias económicas y sociales sin comprender la obligación estatal de responder monetariamente por las obligaciones laborales de las empresas en quiebra, ya que la exclusión indicada de un sistema de seguridad social no significa, por sí misma, la pretensión de evitar la tutela de los créditos laborales mediante alguna institución de garantía, y menos aún cuando existe una norma sancionada y vigente – aunque no operativa- que no ha sido derogada por los órganos competentes, y menos todavía si se piensa que el régimen establecido no impone obligaciones en cabeza del Estado, sino que el fondo se conforma con contribuciones de los empleadores.

CAPÍTULO 5: INCOMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ARGENTINO DE PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES EN EL CONCURSO Y LA QUIEBRA CON EL CONVENIO 173 DE LA O.I.T.

Sumario: 5.1.- Planteo general. 5.2.- Distintos cuestionamientos vinculados a la protección del trabajador. 5.2.1.- La derogación del requisito de acreditar el pago de remuneraciones. 5.2.2.- La posibilidad del trabajador de renunciar a su privilegio. 5.2.3.- La ubicación de los créditos laborales en el orden de prelación legal. 5.2.4.- La limitación de efectos reipersecutorios. 5.2.5.- La limitación de la extensión de los privilegios a los intereses. 5.2.6.- La dificultad de concreción del privilegio laboral especial. 5.2.7.- Los créditos laborales con privilegio general y quirografarios. 5.2.8.- El contenido actual del derecho de pronto pago. 5.3.- Incompatibilidades concretas de la normativa vigente con el Convenio 173 de la O.I.T. 5.3.1.- Incumplimientos específicos. 5.3.2.- La garantía respecto de los créditos laborales.

5.1.- Planteo general.

Frente a todo lo hasta aquí expuesto, debe analizarse, en el presente acápite, si el sistema argentino de protección de los créditos laborales frente a la insolvencia del empleador, dado fundamentalmente por el régimen de los privilegios laborales en el derecho nacional, respecto de su ubicación en el orden de prelación de los privilegios en general y las cuestiones conexas a ello, como la garantía de percepción de dichos créditos, se adecuan a las disposiciones del Convenio 173 de la Organización Internacional del Trabajo, y con ello, si cumplen de manera completa con la función de protección del trabajador que opera como causa fuente y fin del derecho del trabajo, y que impone asegurar al dependiente la percepción en tiempo y forma de sus créditos, cuyo carácter alimentario no soporta mengua ni dilación.

Y si bien no se discute dicho carácter alimentario de los créditos laborales, toda vez que la doctrina lo ha aceptado de manera extendida, y ello se ha reflejado también en la legislación de manera expresa¹⁸⁷, no es ocioso recordar aquí lo expuesto por la

¹⁸⁷ Nótese, por ejemplo, el claro texto del punto 1 del artículo 11 de la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557, al señalar: “*Las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas.*”

Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Complejo Textil Bordalesa S.R.L.*¹⁸⁸, al señalar: *“También los créditos laborales –como los hipotecarios- tienen una tutela especial destinada a que los acreedores no se vean forzados a esperar el trámite completo de la quiebra para cobrar sus créditos, solución que, mientras en los segundos se fundamenta en la seguridad de las garantías reales, tendiente a evitar que el necesitado de dinero deba recurrir a formas de préstamo más proclives a la usura, en los primeros tiene su razón de ser en el carácter alimentario de las prestaciones adeudadas.”*

Por lo tanto, el carácter alimentario de los créditos en cabeza del trabajador marca a fuego el trato que debe dar tanto la legislación como la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales a los créditos laborales en su totalidad, a los fines de proteger al empleado en relación de dependencia, con el objeto de concretar el fin propio del derecho laboral.

En tal sentido, desde ya debe adelantarse que el actual sistema de prelación de los créditos laborales en el conjunto de las acreencias generales en caso de insolvencia del empleador, no parece cumplir acabadamente con su función protectoria específica, en otras palabras, dejando al dependiente indefenso en ciertos aspectos en relación a la satisfacción de las deudas con él mantenidas por el patrono, correspondientes a sumas de dinero de carácter alimentario para el empleado.

Naturalmente, el régimen general de los privilegios implica una protección al dependiente en relación a sus acreencias, y no parece posible sostener que el derecho positivo argentino carece de todo tipo de protección, o aún de alguna defensa, pues la propia existencia tanto de los privilegios laborales, como los institutos del pronto pago o el papel preponderante asignado al acreedor privilegiado en la negociación y efectos del acuerdo preventivo, según se ha comentado, son prueba suficiente de la existencia de

¹⁸⁸ Fallos, 307:398.

una protección, incluso, si se quiere, amplia y extendida. Sin embargo, por amplia y extendida, la protección no parece resultar completa, pues se verifica, en algunos aspectos, una carencia parcial o falta de amparo legal, que debería ser superada.

5.2.- Distintos cuestionamientos vinculados a la protección del trabajador.

En tal sentido, y conforme lo expuesto, son varios los aspectos a enumerar a través de los cuales se nota la mencionada falta de protección, y que se procurarán detallar en los próximos párrafos, a modo de observaciones, debiendo considerarse, en particular, contradicciones de la normativa vigente respecto de una adecuada protección al trabajador. Observaciones que conviene enumerar y comentar puntual y separadamente en cada caso, y que exhiben la falta de protección que inspira medularmente la disciplina jurídica laboral, y por ello urge su pronta modificación.

5.2.1.- La derogación del requisito de acreditar el pago de remuneraciones.

La primera observación que merece hacerse está dada por la derogación del requisito impuesto en el inciso 8 del artículo 11 de la anterior Ley de Concursos y Quiebras N° 19.551, que exigía como requisito formal de la petición del concurso preventivo el acompañar la documentación que acreditara el pago de las remuneraciones y el cumplimiento de las disposiciones de las leyes sociales del personal en relación de dependencia, actualizado al momento de la presentación.

Si bien no se relaciona directamente con el texto del Convenio 173 de la O.I.T., o con la cuestión del orden de prelación de los privilegios y el sistema de garantía de la percepción de los créditos laborales, junto con resultar obvio el perjuicio que ello provoca al principio de protección del trabajador, la reforma en cuestión demuestra, ya desde el inicio, la tendencia de la norma concursal a disminuir la protección legal

habida hasta la reforma de la actual LCQ, lo cual se plasma en el resto del cuerpo legal, e indica que aparece como evidente, a modo de prolegómeno, el desinterés legal por dar a las acreencias de los dependientes el sitio que les correspondiera en la prelación de cobro y su protección.

5.2.2.- La posibilidad del trabajador de renunciar a su privilegio.

La segunda observación, directamente relacionada con los privilegios laborales, y que también influye de alguna manera en su mencionado orden de prelación, está dada por la posibilidad que tiene el trabajador de renunciar al privilegio. Naturalmente, la desprotección aparece evidente por la flagrante violación al principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, plasmada expresamente en nuestro derecho positivo en el artículo 12 de la LCT, patente manifestación del principio protectorio que da sustento al derecho laboral, configurando un grave ataque a la estructura medular de dicha disciplina jurídica.

Por lo tanto, la mencionada innovación de la LCQ, que permitió la renuncia del privilegio otorgado al crédito laboral, es de toda evidencia que no ha advertido que el privilegio constituye una forma de protección del trabajo, derivada del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y consagrada, entre otras disposiciones, en el art. 12 de la LCT, que establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales por parte del dependiente, motivo por el cual, la disposición del artículo 43 de la LCQ, en cuanto permite la libre disposición del mecanismo protectorio, constituye una excepción que desnaturaliza el principio y su marco de articulación, que es el orden público laboral.

No obstante ello, lo cierto es que hasta ni siquiera parece necesario discutir en el caso si ello se opone al mencionado principio de irrenunciabilidad de derechos del trabajador previsto en el también referido artículo 12 de la LCT, pues no es más que un

elemento de protección normativa del dependiente, y así, resulta indistinto si la posibilidad de renunciar aparece como constitucional y legalmente válida, por ser contraria al mencionado artículo 12, pues basta con reconocer la contradicción entre la posibilidad de renuncia y el principio rector de las normas que rigen las relaciones entre empleadores y trabajadores dependientes, en base al sentido común: no es posible pretender que se proteja al empleado si se le permite renunciar a sus derechos, como no sea mediando control acerca de haberse arribado a una justa composición de los derechos e intereses de los dependientes en particular, y en virtud de ello, autorización de la autoridad judicial o administrativa. Es que si el derecho es un todo armónico que no puede contradecirse en las diversas disciplinas que lo conforman o integran¹⁸⁹, debe advertirse la intrínseca invalidez que implica la contradicción entre la protección que brinda una de ellas a un determinado sujeto que se juzga en situación de desventaja económica frente a otro mejor posicionado, y la desprotección con que lo abandona otra, permitiéndole renunciar a sus derechos.

5.2.3.- La ubicación de los créditos laborales en el orden de prelación legal.

La tercera observación que debe hacerse es, probablemente, medular en el tema bajo análisis. Es que, conforme surge del orden de prelación de los privilegios laborales mencionado en el acápite correspondiente, esto es, la preferencia de distintos créditos antes de los laborales, así como el verse relegados algunos tipos frente a otras clases de créditos, el esquema correspondiente implicaría un orden de prelación en el que, en primer lugar, aparece la reserva, sobre el precio del bien en el cual recaen, de los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización,

¹⁸⁹ En tal sentido, tiene dicho nuestro más alto tribunal de garantías constitucionales: “Así, se ha subrayado en repetidas oportunidades, que es regla de hermenéutica de las leyes atender a la armonía que ellas deben guardar con el orden jurídico restante y con las garantías de la Constitución, y que en casos no expresamente contemplados ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos legislativamente.” (Fallos, 305:2040).

efectuados en el concurso, con más una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso vinculados solamente a diligencias sobre tales bienes; luego, los gastos de conservación y de justicia, pagados conjuntamente con los créditos que gozan de privilegio especial; posteriormente, los créditos sobre una cosa determinada por gastos para su construcción, mejora o conservación, en tanto ella se encuentre en poder del deudor por cuya cuenta se realizaron los gastos, incluyéndose aquí cierto tipo de créditos laborales originados en la conservación de los bienes prendados que surgen del inciso 1° del artículo 43 del Decreto-ley N° 15.348, que incluye los salarios que respondan a dicho concepto; a continuación aparecen los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante, junto con los créditos indicados en el Título III del Capítulo IV de la Ley N° 20.094, en el Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico (Ley N° 17.285), los del Artículo 53 de la Ley N° 21.526, los de los Artículos 118 y 160 de la Ley N° 17.418; le sigue el crédito del retenedor, si ha comenzado a retener antes del nacimiento del crédito laboral, junto con algunos impuestos y tasas; y sólo después aparece la preferencia de los créditos laborales con privilegio especial, relegándose a aquellos con privilegio general –si bien preferidos a los otros créditos con ese tipo de privilegio, y sin limitación del 50%- con posterioridad a los demás créditos con privilegio especial, existiendo, además, créditos laborales sin privilegio alguno o quirografarios.

Y así, no puede considerarse que se logra plenamente el objetivo de la protección del trabajador con el reconocimiento, por parte de nuestra legislación, de un privilegio especial sobre una parte o algunos de los créditos laborales, pues resulta inaceptable la existencia de varios créditos con preferencia ante aquellos que se encuentran en cabeza del trabajador, o en concurrencia con ellos, ya que con la absoluta

excepción de cualesquiera otros créditos con carácter alimentario –categoría dentro de la cual deben ser incluidos los créditos del trabajador en cuanto tal, como ya se ha dicho-, que deberían cobrarse a prorrata con los laborales de todo tipo, íntegramente, con absoluta preferencia sobre todos los demás créditos, salvo los gastos de conservación, y con los efectos del privilegio especial sobre todos los bienes del deudor concursado o fallido, conforme su especial naturaleza e importancia personal, familiar y social –que algunos han basado en el llamado principio de “antropía”, ya citado-, el hecho de no otorgar prioridad absoluta en el cobro a dichos créditos dejaría desprotegidos a aquellos acreedores que necesitan ver satisfechas sus acreencias para satisfacer sus necesidades primarias y vitales, propias y familiares, en su caso.

5.2.4.- La limitación de efectos reipersecutorios.

Surgen, a partir de aquí, otras cuestiones que no pueden soslayarse. En tal sentido, la cuarta observación, ya directamente sobre las categorías de privilegios legalmente establecidas, consiste en que -debe recordarse, según lo expresado por el artículo 269 de la LCT-, en aquellos casos en que se hubiesen retirado del establecimiento empresarial los bienes afectados al privilegio especial del que gozan los créditos laborales, el dependiente que resulta acreedor tiene el derecho o prerrogativa de requerir la traba de un embargo sobre los mismos, con el objeto de que se efectivice el privilegio, independientemente de si a ese momento el poseedor fuera de buena o de mala fe, facultad que caduca a los seis meses de haberse producido el mencionado retiro de los bienes involucrados, con la limitación, asimismo, de recaer sólo sobre maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación.

En tal sentido, en primer lugar debe notarse que si bien la norma pretende la protección del trabajador dependiente al otorgar los efectos *reipersecutorios* señalados, no logra su cometido al limitar el ejercicio de la facultad a que se ejerza en un plazo máximo de seis meses, por aparecer dicho lapso de tiempo como excesivamente escueto, en especial tratándose de empleados que en más de un caso podrían desconocer sus prerrogativas al respecto, o no hallarse en condiciones de advertir tal situación, así como por la dificultad propia de tomar conocimiento, muchas veces, de la existencia en el establecimiento de los bienes retirados por el patrono que pretende sustraerlos.

Y en segundo lugar, debe apuntarse el cuestionamiento de la derogación del sistema de la Ley N° 19.551 en cuanto a que el privilegio especial de los créditos laborales recaía no sólo sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que integraban el establecimiento donde prestaba tareas el trabajador o sirvieran para la explotación de que aquél formaba parte, sino también sobre el fondo de comercio, el dinero, los títulos de crédito o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que fueran resultado directo de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros.¹⁹⁰ Es obvio que, aunque imperfecta, la norma protegía más adecuadamente a los créditos del trabajador, haciendo recaer el privilegio del acreedor laboral sobre una extensión mayor de elementos que aquélla que se encuentra actualmente vigente.

5.2.5.- La limitación de la extensión de los privilegios a los intereses.

Pero también, como quinta observación, debe recordarse que la legislación vigente en materia de concursos y quiebras dispone la extensión del privilegio especial de los créditos laborales a los intereses por dos años contados a partir de la mora de los créditos antes mencionados, lo cual supone una desprotección objetiva en dicha

¹⁹⁰ Conf. artículo 265, inciso 4), de la Ley N° 19.551.

limitación de percepción de sumas que deben compensar el paso del tiempo sin que el dependiente haya visto satisfechas sus acreencias.

Desprotección que se agrava, respecto del privilegio laboral especial, por la previsión contenida en el artículo 129 de la LCQ¹⁹¹, que manda suspender los intereses de todo tipo luego de la declaración de quiebra, dejando a salvo el derecho a los intereses sólo para los créditos amparados por garantías reales.

5.2.6.- La dificultad de concreción del privilegio laboral especial.

Como sexta observación, debe mencionarse, respecto de los créditos laborales con privilegio especial, que éste resulta asignado sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias, todo lo cual aparece como de difícil concreción en los hechos. Ello, toda vez que tanto en el caso del concurso preventivo como de la quiebra con continuidad en la explotación, los bienes en cuestión son los primeros que suelen afectarse al giro normal de actividades. Así, el producido tanto de las mercaderías como del procesamiento de las materias primas, habitualmente es utilizado no tanto para cancelar acreencias laborales como para preservar la actividad de la empresa. En otras palabras, debe señalarse que el producido de las mercaderías y materias primas existentes en el establecimiento, tanto en caso de concurso como de quiebra con continuidad, suele ser asignado a cubrir las erogaciones derivadas del giro normal de actividades.

Por otro lado, debe notarse que no se ha conferido al crédito laboral privilegio especial sobre el inmueble donde tiene su asiento el establecimiento, para el caso en que sea de propiedad del empleador. Sin embargo, sobre dicho inmueble se ha previsto conferir privilegio a los créditos de la más variada índole, como ser el hipotecario, el

¹⁹¹ Dice el artículo 129 de la LCQ: *Suspensión de intereses. La declaración de quiebra suspende el curso de intereses de todo tipo. Sin embargo, los compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos amparados por garantías reales pueden ser percibidos hasta el límite del producido del bien gravado después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la quiebra y el capital.*

warrant, o la obligación negociable, por citar tres ejemplos, pero no al crédito laboral, cuya adecuada protección no se logra en tal sentido. Asimismo, la referida ausencia de protección al crédito laboral reconociéndole el privilegio que recaiga sobre el inmueble, implica que incluso el privilegio especial asignado al crédito por impuestos y tasas sobre los bienes que recaen prevalece sobre el privilegio especial asignado al crédito laboral.

Y, debe notarse, tampoco se ha asignado al crédito laboral privilegio sobre otros componentes importantes del establecimiento donde prestara servicios el acreedor, tales como los derechos de marcas y patentes; como también que no se encuentra previsto como asiento del privilegio especial laboral, actualmente, el precio del fondo de comercio, tal como expresamente lo indicara la norma del segundo párrafo del artículo 268 de la LCT.

5.2.7.- Los créditos laborales con privilegio general y quirografarios.

La séptima observación implica un cuestionamiento a la existencia de créditos laborales con privilegio general, profundizándose la crítica respecto de los quirografarios. En tal sentido, no parece lógico pretender cumplir con el principio de protección del trabajador si sus créditos contra su empleador concursado o fallido pueden gozar de la protección de un privilegio relegado en relación al especial, y mucho menos si deben ceder ante una enorme cantidad de créditos para ser cobrados a prorrata con los créditos comunes, lo cual implica una protección nula, y por lo tanto inaceptable.

5.2.8.- El contenido actual del derecho de pronto pago.

Como octava observación, puede apuntarse el derecho de pronto pago de los créditos laborales, en la redacción actual del artículo 3 de la Ley N° 26.086, modificadorio del artículo 16 de la LCQ, norma mucho más amplia que la original del artículo 266 de la LCT en su redacción según la Ley N° 23.472. Ello, pues en aquel caso sólo se preveía el pronto pago de las indemnizaciones por accidentes, sin otro detalle, de la indemnización sustitutiva de preaviso, la integración del mes de despido, las indemnizaciones debidas en virtud de la extinción del contrato de trabajo en los supuestos que correspondieran, y en todos los casos que gozaran de privilegio especial, abarcando hoy bastante más la enumeración dispuesta, como también el resto de las disposiciones de la norma nueva. Asimismo, dispone actualmente la norma vigente que, previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando se tratase de créditos que no surgieren de los libros que estuviere obligado a llevar el concursado -debiendo notarse la diferencia con la disposición anterior, que no se imponía la condición, respecto de dichos libros, de que el concursado estuviere obligado a llevarlos-, existiere duda sobre su origen o legitimidad -cuando el sistema de la LCT se refería sólo al origen-, se encontraren controvertidos o existiere sospecha de connivencia -que en el sistema de la LCT debía ser dolosa- entre el peticionario y el concursado, pudiendo agregarse que, actualmente, la decisión es apelable en todos los casos, cuando en el sistema de la LCT sólo lo era la resolución que denegaba el pedido.

Y si lo expuesto se incluye entre las observaciones en relación a la falta de protección del trabajador no es porque se desconozca el altísimo valor protectorio que la restitución del instituto del pronto pago supone, sino porque, amén de los detalles señalados, parece verificarse un supuesto de desprotección del dependiente en el hecho de la atadura y constreñimiento del pronto pago de los créditos a la desprotección de los

privilegios especiales y generales, no sólo en su orden de prelación, sino también en todas aquellas cuestiones que deben apuntarse como criticables en el sistema de dichas clases de créditos.

Pero además, no parece adecuado al principio de protección del trabajador la posibilidad de que el juez rechace el pronto pago de los créditos laborales correspondientes, si no surgen de los libros que el empleador está obligado a llevar o los créditos estuvieren controvertidos, ya que ello podría estar sujeto a una omisión dolosa o culposa del empleador en cuando al debido registro y cumplimiento de las obligaciones respecto de sus libros, así como a su voluntad de controvertir créditos realmente existentes sin derecho a hacerlo, debiendo buscarse una solución que no permita el desconocimiento de créditos alimentarios en cabeza del deudor merced a una conducta ilegítima del patrono concursado o fallido.

Y no puede pasarse a otro aspecto sin señalar, como detalle de incompleta protección respecto del pronto pago de los créditos laborales, específicamente en el caso de la quiebra del empleador, el hecho de la competencia, tanto del síndico como del juez del concurso, respecto de determinar, en virtud de la solicitud de pronto pago, cuáles créditos laborales gozan de privilegio especial, y cuáles sólo de privilegio general, siendo aquellos atendidos de inmediato con los primeros fondos que se recauden y que sean producto de los bienes sobre los cuales recae, precisamente, el privilegio especial correspondiente, pero debiendo, en el caso de los segundos, ser satisfechos una vez que lo hayan sido los créditos correspondientes a gastos de conservación y justicia; lo cual exhibe que, en los hechos, deberá esperarse al respecto hasta la existencia de algún proyecto de distribución de fondos¹⁹², circunstancia que desarticula, en importantes

¹⁹² Conf. CNCom., Sala B, "*Plasbestos SRL s/quiebra s/inc. de apel. por Prieto Jorge*", sentencia del 14 de abril de 1989, LL 1991-C, 556 (Jurisp. Agrup., caso 7304).

aspectos, la protección sobre dichos créditos pretendida con el pronto pago en la quiebra¹⁹³.

Por lo tanto, debe concluirse que no es exacta la manifestación que hace la mayoría de la doctrina, al sostener que el pronto pago laboral constituye un beneficio adicional para el acreedor laboral, o bien que mejora su posición frente a los demás acreedores privilegiados, toda vez que el pronto pago es de escasa utilidad en el concurso preventivo, y en la quiebra se encuentra desarticulado por las disposiciones de los artículos 240 y 247 de la LCQ para los casos de créditos con privilegio general, no obstante lo cual, la actual LCQ ha deparado una mejor posición a los créditos con garantía hipotecaria o prendaria, al conferirles la posibilidad -denegada al trabajador- de llevar adelante la ejecución individual de sus créditos, fuera del proceso concursal.¹⁹⁴

5.3.- Incompatibilidades concretas de la normativa vigente con el Convenio 173 de la O.I.T.

A todo ello, debe agregarse, como observación adicional, la falta de adecuación de nuestra legislación positiva a las disposiciones del Convenio N° 173 de la O.I.T. y el absurdo que supone la existencia de una legislación expresa en materia de garantías de créditos laborales, pero que no se encuentra vigente por omisión propia de los órganos que ejercen las funciones del poder del Estado que tienen a su cargo la concreción de dicha protección.

5.3.1.- Incumplimientos específicos.

¹⁹³ Conf. Lorente, Javier A. Op. cit., pág. 350.

¹⁹⁴ Dice el artículo 126 de la LCQ: *Créditos prendarios o hipotecarios. Sin perjuicio del cumplimiento oportuno de esa carga, los acreedores con hipoteca, prenda o garantizados con warrant, pueden reclamar en cualquier tiempo el pago mediante la realización de la cosa sobre la que recae el privilegio, previa comprobación de sus títulos en la forma indicada por el Artículo 209 y fianza de acreedor de mejor derecho.*

Sobre este punto, la primera reflexión que podría aquí consignarse es que el gobierno de la República Argentina ha incurrido en un grave incumplimiento de sus obligaciones pues, sometido el convenio 173 de la O.I.T. al órgano que ejerce la función legislativa del poder, en los términos del artículo 19.5.b) de la Constitución de la Organización, y aprobada la convención mediante una ley de la Nación, jamás se ha comunicado la ratificación formal de la mencionada convención al director general de la Oficina Internacional del Trabajo, ni se han adoptado las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio, conforme lo exige el artículo 19.5.d) de la referida Constitución, y por tal motivo nuestro país puede ser pasible de sufrir una reclamación de parte de una entidad representativa de empleadores o trabajadores – probablemente más del segundo tipo que del primero- o queja de parte de cualquier otro Estado Miembro, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar, cualquier empleado damnificado que no alcance a cobrar las acreencias que le correspondan por la inacción del Estado argentino respecto del Convenio 173 de la O.I.T., una acción judicial a fin de obtener indemnizaciones en la medida del daño y los perjuicios sufridos, conforme la doctrina del caso *Francovich c. Gobierno de Italia*, oportunamente mencionado.

Pero también podría señalarse que, conforme lo ya expuesto, la legislación argentina debería adecuarse íntegramente a las disposiciones del Convenio 173 de la O.I.T., por ser éste de aplicación obligatoria en el ámbito de nuestro derecho interno, mas no como norma operativa sino programática, y en tal sentido las disposiciones internas de nuestro país no podrían contradecir sus disposiciones, so pena de violentar la Constitución Nacional en cuanto a la falta de respeto a la jerarquía normativa, debiendo agregarse la inobservancia del principio de protección del trabajador dependiente que implicaría cualquier omisión de adecuación al respecto.

Es por ello que debe analizarse, en esta instancia y a los fines del presente trabajo, cuáles son las normas internas argentinas que no resultan conformes al mencionado Convenio 173, de resultas de lo cual no se configura en nuestro derecho interno una adecuada protección del trabajador, debiendo concluirse, en tal sentido, que nuestra legislación interna no cumple con su cometido como elemento protectorio del dependiente.

Así, como claramente hubo de expresarse en el acápite correspondiente, varios son los créditos privilegiados con preferencia de cobro respecto de los créditos laborales con privilegio especial, y mucho más aún, en relación a las acreencias de los trabajadores con privilegio general. Ello se da de bruces con la disposición del artículo 8 del Convenio 173, según la cual la legislación nacional debe atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la Seguridad Social. Es que si se exige que el crédito laboral goce de un privilegio superior a la mayoría de los otros privilegiados, aquellos no solamente deberían ser precedidos apenas por un mínimo de acreencias con privilegio, y ello no puede decirse que se cumpla en el caso de los créditos laborales con privilegio especial, y claramente no se verifica en el de los que gozan de un mero privilegio general.

Y en cuanto a la preeminencia del crédito con privilegio especial por impuestos y tasas sobre cualquiera laboral, es evidente que, por estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio 173 de la O.I.T., en cuanto establece que, en todos los casos, el privilegio otorgado a los créditos laborales debe contar con rango superior a los del Estado y la seguridad social, dicha preeminencia resulta ilegal e ilegítima, toda vez que cualquier privilegio conferido al crédito laboral, sea éste especial o general,

debe desplazar al privilegio otorgado a favor del Estado -nacional, provincial o municipal-, en sus créditos por impuestos y tasas, sobre los bienes en los cuales recaen.

No obstante ello, debe recordarse que el artículo 5 del Convenio 173 de la O.I.T. expresa que en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda. Y a su vez, el artículo 6 del Convenio expresa que el privilegio deberá cubrir, al menos, los créditos laborales correspondientes a los salarios por un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; a las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación laboral, así como las correspondientes al año anterior; a las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; y a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo. En otras palabras, las disposiciones del Convenio 173 exigen que la normativa interna nacional asegure que determinados créditos laborales gozarán de privilegio, y entre ellos menciona, básicamente, remuneraciones por no menos de los últimos 3 meses, vacaciones por el año en curso y el anterior, licencias con goce de haberes por no menos de los últimos 3 meses, e indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

Y así, en rigor, dichas normas no parecen expresar que los créditos laborales de los empleados, sin distinguir clases ni tipos, deben gozar de un privilegio que les dé preferencia frente a los acreedores no privilegiados del deudor, sino que impone un

mínimo. Ahora bien, respecto del mínimo previsto en la legislación argentina, si bien podría decirse que ésta cumple formalmente con aquellos, toda vez que los créditos laborales privilegiados, ya sea con privilegio especial o general, debe recordarse, son aquellos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis meses, los créditos derivados de indemnizaciones por accidentes de trabajo, las indemnizaciones por antigüedad o despido, sustitutiva de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral, incluyéndose intereses y costas judiciales, el hecho de la diferencia entre las categorías de privilegios, en la práctica puede tornar a algunos créditos, como por ejemplo las licencias –que gozarían de privilegio general, dentro de la denominación de “cualquier otro crédito derivado de la relación laboral”-, en meramente quirografarios.

De todas maneras, es evidente que si el Convenio 173 impone mínimos, ello no obsta a que su espíritu sea, como es, la protección mas amplia posible de los créditos laborales, y si bien ello no implica que todos los créditos laborales deban gozar de un privilegio que los anteponga en el pago a cualquier otro crédito –al menos en los términos de las disposiciones del Convenio 173-, sí claramente sería deseable que todos los créditos laborales gocen de un privilegio, motivo por el cual, dicho de otro modo, no deberían existir créditos laborales sin la protección de un privilegio, como es el caso, en el derecho interno argentino, de todos aquellos que, aún con naturaleza alimentaria como cualquier otro crédito laboral, no gozan de privilegio especial o general, por no disponerlo expresamente la legislación vigente.

Pero, a su vez, es obvio que también resulta parte del espíritu de la norma del artículo 5 del Convenio 173 de la O.I.T. su clara intención, no sólo de que no haya créditos laborales que carezcan de privilegio, sino, asimismo, que cuanto menos el

privilegio los coloque en una situación de preferencia, sino ante todos, al menos frente a la mayoría de los otros créditos. Y por ello, la existencia de dos tipos de privilegios para los créditos laborales (el especial y el general, distinción que no existe en las normas del Convenio 173), así como la existencia de varios créditos no laborales y de naturaleza no alimentaria que se les anteponen en la preferencia al cobro –más aún en el caso de los créditos laborales con privilegio general que en el de aquellos que gozan de privilegio especial- echan por tierra el referido espíritu de la norma del Convenio 173, tanto más frente a la disposición del artículo 8, según el cual la legislación nacional debe atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la Seguridad Social, salvo en el caso de los créditos laborales cuando estén protegidos por una institución de garantía, en el cual se puede atribuir a los créditos así protegidos un rango de privilegio menos elevado pero sólo respecto de los créditos del Estado y de la Seguridad Social, todo lo cual no se verifica en el derecho interno argentino, ya sea porque son muchos más que aquellos del Estado y de la Seguridad Social los créditos con preferencia de cobro sobre los laborales –en especial si estos gozan de privilegio general-, o porque no se encuentra actualmente vigente un sistema de garantía de los créditos laborales.

5.3.2.- La garantía respecto de los créditos laborales.

Conforme lo adelantado, no resulta posible dar fin a este capítulo omitiendo referir, como décima observación, la situación respecto del fondo de garantía de los créditos laborales, regulado a través de la Ley N° 23.472 –aunque nunca puesto en vigencia-, y complementario del orden de prelación de los privilegios legalmente establecidos como elemento de protección del dependiente.

Sobre dicho instituto es necesario mencionar, en primer lugar, que el régimen en cuestión, conforme la regulación legal actual, aparece como claramente insuficiente a los fines de concretar, como único medio, la protección de la totalidad de los créditos laborales en caso de insolvencia del patrono. En efecto, la limitación impuesta a los créditos garantizados, en cantidad y calidad, reflejan solamente una protección parcial de créditos con naturaleza alimentaria, viéndose desprotegido el dependiente, fuera de este sistema, en relación a otras acreencias no contempladas en la norma, que sólo prevé la garantía sobre hasta cuatro meses de sueldo -con un tope mensual máximo-, asignaciones familiares por igual período, hasta una cuota semestral del sueldo anual complementario -también con un tope-, indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo laboral computando un año por cada dos años completos de antigüedad efectiva, y sustitutiva de hasta un mes de preaviso y de las vacaciones, el monto mínimo de la indemnización por omisión de entrega de la Libreta de Aportes en el régimen de la construcción, la reparación por incumplimiento de la obligación de inscripción en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción, y hasta 12 meses de los aportes al Fondo de Cese Laboral de la industria de la construcción.

Sin embargo, no obstante su garantía limitada, debe referirse aquí que la efectiva vigencia de la norma en cuestión resultaría por demás útil como medio adicional de protección de los créditos laborales, así como elemento de concreción parcial de la normativa del Convenio N° 173 de la O.I.T., que prevé el establecimiento de algún régimen de garantía de los créditos laborales, de manera única o complementaria con otro sistema, a los fines de la protección de las acreencias de los dependientes.

Y por ello, su efectiva reglamentación y entrada en vigencia -aún hoy sin concretar luego de más de 20 años de falta de reglamentación, omisión imputable antes que a nadie al órgano que cumple principalmente la función administradora del poder

del Estado (el vulgarmente denominado Poder Ejecutivo Nacional)- podría significar la existencia, en el derecho positivo, de un elemento adicional de protección de los créditos laborales a todas luces beneficioso para los dependientes, aunque no baste por sí en soledad.

Aunque, sin duda alguna, sería preferible sancionar una nueva norma al respecto.

CAPÍTULO 6: CONCLUSIÓN.

Sumario: 6.1.- Propuestas concretas de solución a las objeciones planteadas. 6.2.- Conclusión general.

6.1.- Propuestas concretas de solución a las objeciones planteadas.

Como corolario de todo lo hasta aquí expuesto, e independientemente de los defectos observados al lugar que ocupan los privilegios laborales dentro del sistema del orden de prelación de los privilegios en general a los fines de lograr una razonable conformidad a las disposiciones del Convenio 173 de la O.I.T., y con ello, también una adecuada protección del trabajador en relación de dependencia, parece conveniente finalizar enunciando sintéticamente las características que el sistema jurídico argentino debería exhibir al respecto, pudiendo proponerse algunas posibles modificaciones, que permitan la consecución del objetivo planteado, para lo cual acaso convenga seguir, en la medida de lo posible, el orden de las observaciones consignadas en el capítulo anterior.

La primera propuesta al respecto, entonces, parece encaminarse a la reinstauración de la exigencia del requisito formal, al solicitar el concurso preventivo por parte del empleador en crisis, de presentar la documentación que acredite fehacientemente el pago de las remuneraciones de los trabajadores en relación de dependencia de la empresa, así como el cumplimiento de las demás disposiciones de normas de naturaleza social respecto de dicho personal dependiente, todo ello al momento de la presentación.

Concretamente, debería modificarse la LCQ N° 24.522, pudiendo agregarse como inciso 8) del artículo 11, y luego del encabezamiento del artículo en cuestión, que reza: “*Son requisitos formales de la petición en concurso preventivo:*”, el siguiente

texto: “8) *Acompañar la documentación que acredita el pago de las remuneraciones y el cumplimiento de las disposiciones de las leyes sociales, del personal en relación de dependencia, actualizado al momento de la presentación.*”

Y debe notarse que dicho texto no resulta original, sino que era el texto correspondiente a la norma antecesora de la actual LCQ, la Ley N° 19.551, el cual fuera oportunamente agregado a través de la Ley N° 20.595.

La segunda propuesta se relaciona directamente con la derogación de la posibilidad jurídica en cabeza del trabajador en relación de dependencia para renunciar al privilegio que recae sobre sus créditos, la cual contradice abiertamente el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, expresa manifestación del principio protectorio del derecho del trabajo, y por lo tanto abiertamente inconstitucional en tanto obsta a la protección al trabajo plasmada y reconocida expresamente en el artículo 14 bis de la Norma Fundamental de la República Argentina.

Es ella una propuesta simple. Bastaría reinstaurar, mediante ley del Congreso Nacional, la norma del artículo 264 de la LCT, la cual determinaba: “*Los privilegios laborales son irrenunciables, medie o no concurso*”, junto con derogar, también mediante un acto propio del órgano que ejerce propiamente la función legislativa del Poder del Estado, el párrafo décimo del artículo 43 de la LCQ N° 24.522, el cual expresa: “*A estos efectos, el privilegio que proviene de la relación laboral es renunciable, debiendo ser ratificada en audiencia ante el juez del concurso, con citación a la asociación gremial legitimada. Si el trabajador no se encontrare alcanzado por el régimen de Convenio Colectivo, no será necesaria la citación de la asociación gremial. La renuncia del privilegio laboral no podrá ser inferior al veinte por ciento (20%) del crédito, y los acreedores laborales que hubieran renunciado a su privilegio se incorporarán a la categoría de quirografarios laborales por el monto del*

crédito a cuyo privilegio hubieran renunciado. El privilegio a que hubiere renunciado el trabajador que hubiere votado favorablemente el acuerdo renace en caso de quiebra posterior con origen en la falta de existencia de acuerdo preventivo, o en el caso de no homologarse el acuerdo.”

La tercera propuesta recae sobre la ubicación de los créditos laborales en el orden de prelación del sistema legal argentino.

Es este, a no dudarlo, un punto clave.

Acaso para ello baste una muy simple modificación de la normativa actualmente vigente, cual sería, además de derogar el inciso 2) del artículo 241 de la LCQ (en cuanto dispone que tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes que en cada caso se indica: “... *Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por SEIS (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del concursado, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación*”), agregar una última expresión a la disposición del artículo 244 de la LCQ, en el sentido de anteponer los créditos laborales a cualquier otro crédito contra el empleador insolvente, tanto concursado como fallido, a prorrata de los demás créditos de naturaleza alimentaria que pudieran existir, y los gastos del proceso de falencia indispensables para mantener los bienes sobre los que se podría hacer efectivo el cobro de los créditos en cuestión.

En tal sentido, el mencionado artículo 244 LCQ podría quedar redactado de la siguiente manera, merced a una ley del Congreso de la Nación que modifique su texto: “*Reserva de gastos. Antes de pagar los créditos que tienen privilegios especiales, se debe reservar del precio del bien sobre el que recaen, los importes correspondientes a*

la conservación, custodia, administración y realización del mismo efectuados en el concurso. También se calcula una cantidad para atender a los gastos y honorarios de los funcionarios del concurso, que correspondan exclusivamente a diligencias sobre tales bienes. En cualquier caso, la totalidad de los créditos derivados del contrato de trabajo, ya sea por remuneraciones o indemnizaciones de cualquier tipo debidas legalmente a los dependientes del deudor, o sus intereses sin límite alguno en el tiempo, deberán ser satisfechos con preferencia a cualquier otro crédito con privilegio especial, sobre el producido de cualquier bien de naturaleza patrimonial de propiedad del deudor, y a prorrata de los gastos y honorarios cuya reserva se dispone en la presente norma, o de cualquier otro crédito de naturaleza alimentaria.”

Con la redacción propuesta en el párrafo precedente, como cuarta propuesta se plasmaría la necesidad de eliminar la limitación de la extensión de los privilegios a los intereses por sólo dos años a partir de la mora de los créditos en cuestión, la cual podría completarse con la eliminación de la suspensión de los intereses derivados de los créditos laborales, pudiendo modificarse, mediante ley del Congreso nacional, la primera frase del artículo 129 de la LCQ, el cual quedaría redactado de la siguiente manera: *“Suspensión de intereses. La declaración de quiebra suspende el curso de intereses de todo tipo, salvo los correspondientes a créditos de cualquier tipo derivados del contrato de trabajo, ya sean de naturaleza remuneratoria o indemnizatoria. Sin embargo, los compensatorios devengados con posterioridad que correspondan a créditos amparados por garantías reales pueden ser percibidos hasta el límite del producido del bien gravado después de pagadas las costas, los intereses preferidos anteriores a la quiebra y el capital.”*

Pero también quedaría superada, con la modificación propuesta al artículo 244 LCQ, la dificultad de concreción del privilegio laboral especial que exhibe actualmente

la legislación vigente, según se ha expresado oportunamente, así como el cuestionamiento detallado respecto de la existencia de créditos laborales con privilegio general y quirografarios.

En quinto lugar, a los fines de extender de manera razonable la protección del dependiente que se ve afectado por la insolvencia del empleador, podría proponerse la eliminación de la limitación vigente de los efectos reipersecutorios previstos en el artículo 269 de la LCT, y su extensión al plazo de la prescripción y bienes sobre los cuales recaiga, pudiendo modificarse la norma en cuestión mediante ley del Congreso de la Nación, en los siguientes términos: *“Si los bienes afectados al privilegio hubiesen sido retirados del establecimiento, el trabajador podrá requerir su embargo para hacer efectivo el privilegio, aunque el poseedor de ello sea de buena fe. Este derecho caducará al cumplirse, desde el retiro, el plazo de prescripción de las acciones relativas a créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo previsto en la presente norma, o aquella que en el futuro pudiera modificarla, y se aplicará sobre las mercaderías, materias primas, maquinarias, muebles u otros enseres que hubiesen integrado el establecimiento o explotación, así como sobre el fondo de comercio, el dinero, los títulos de crédito o depósitos en cuentas bancarias o de otro tipo que fueran resultado directo de la explotación, salvo que hubiesen sido recibidos a nombre y por cuenta de terceros.”*

La sexta propuesta se refiere directamente al derecho de pronto pago, aún cuando debe reiterarse, resulta en la actualidad mucho más amplio que aquél que fuera establecido a través del artículo 266 de la LCT a través de la modificación impuesta por la Ley N° 23.472. Sin embargo, no por ello debe considerarse que no pueda perfeccionarse lo existente en aras de ampliar razonablemente la protección del trabajador dependiente, y es por ello que parece útil avanzar en una reforma legislativa

que disponga el pronto pago de los créditos laborales en el concurso preventivo, con total amplitud, y sin sujeción a limitaciones arbitrarias como la falta de registro en los libros del empleador, o al constreñimiento a distintos tipos de privilegios de que gocen los créditos laborales, más aún si, como se ha propuesto en párrafos previos, ello desaparece.

En tal sentido, la propuesta de modificación de la normativa vigente al respecto podría impulsar una reforma conforme la cual quede redactado el artículo 16 de la LCQ, en su parte correspondiente, de la siguiente manera:

“Pronto pago de créditos laborales: Dentro del plazo de 10 días de emitido el informe que establece el artículo 14 inciso 11), el Juez del concurso autorizará el pago de la totalidad de los créditos derivados del contrato de trabajo de los cuales el trabajador fuere titular, tanto de naturaleza remuneratoria como indemnizatoria, sin necesidad de verificación del crédito en el concurso, ni sentencia en juicio laboral previo. Previa vista al síndico y al concursado, el juez podrá denegar total o parcialmente el pedido de pronto pago mediante resolución fundada, sólo cuando existiere duda fundada sobre su origen, se encontraren razonablemente controvertidos o existiere sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado. En todos los casos la decisión será apelable. La resolución judicial que admite el pronto pago tendrá efectos de cosa juzgada material, e importará la verificación del crédito en el pasivo concursal. La que lo deniegue, habilitará al acreedor para iniciar o continuar el juicio de conocimiento laboral ante el juez natural. No se impondrán costas al trabajador en la solicitud de pronto pago, excepto en el caso de connivencia, temeridad o malicia. Los créditos serán abonados en su totalidad, si existieran fondos líquidos disponibles. En caso contrario y hasta que se detecte la existencia de los mismos por parte del síndico se deberá afectar el 1% mensual del ingreso bruto de la concursada.

El síndico efectuará un plan de pago proporcional a los créditos y sus privilegios. En el control e informe mensual que la sindicatura deberá realizar, incluirá las modificaciones necesarias, si existen fondos líquidos disponibles, a los efectos de abonar la totalidad de los pronto pagos o modificar el plan presentado.”

La séptima propuesta se refiere, directamente, a uno de los incumplimientos específicos detectados respecto del Convenio 173 de la O.I.T. Lisa y llanamente, nuestra máxima autoridad administrativa nacional debe, sin más dilación, comunicar la ratificación formal de la mencionada convención al director general de la Organización Internacional del Trabajo, así como adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones del mencionado instrumento internacional, debiendo notarse que las propuestas precedentes, así como el establecimiento de una garantía respecto de los créditos laborales, implicarán suficientemente la adopción de las medidas expresadas, por resultar una adecuación de la legislación nacional a las disposiciones del Convenio 173 de la O.I.T.

La última propuesta se refiere, directamente, a la garantía respecto de los créditos laborales. Y al respecto, deben notarse dos posibilidades que aparecen en el escenario legal, si bien distintas, no necesariamente incompatibles o contradictorias, y posiblemente de aplicación progresiva.

En primer lugar, atento que la necesidad de poner en vigencia un régimen de garantía de los créditos laborales en la República Argentina no admite dilación, la primera posibilidad es dar vigencia al régimen legal sancionado en el país a través de la Ley N° 23.472, a través de su reglamentación. Y bastaría para ello una reglamentación mínima por parte del órgano que ejerce propiamente la función ejecutiva del gobierno nacional.

Ahora bien, al aparecer francamente como insuficiente el régimen de la mencionada norma, nunca efectivizado en nuestro país a falta de la necesaria reglamentación, un segundo estadio podría estar dado por la sanción de una nueva norma que establezca un sistema de garantía de créditos laborales frente a la insolvencia del empleador que resulte suficientemente amplio y protectorio, y no gravemente limitado, como el impuesto por la Ley N° 23.472.

A tal efecto, no puede dejar de mencionarse el proyecto del diputado Héctor Recalde¹⁹⁵, bajo la referencia 0769-D-07, que implica un esfuerzo por abordar y dar solución a un tema pendiente.¹⁹⁶

¹⁹⁵ http://www3.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=1951186770&advquery=0768-D-07&headingswithhits=on&infobase=tp.nfo&record={D4FA}&softpage=Document42

¹⁹⁶ El texto del proyecto en cuestión es el siguiente:

FONDO DE GARANTÍA DE CREDITOS LABORALES

Artículo 1° – Créase el Fondo de Garantía de Créditos Laborales.

Art. 2° – El Fondo de Garantía de Créditos Laborales se integrará con los recursos que a continuación se enumeran:

- 1. A cargo de los empleadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, que tengan relación de dependencia:*
- 2. Una compensación equivalente de hasta dieciocho (18) meses de aportes previstos en el artículo 15 de la ley 22.250 correspondiente al último año y medio trabajado, o proporcionalmente al tiempo trabajado si éste fuera inferior al tope precedente, para el caso de los trabajadores de la construcción.*
- 3. Intereses devengados, hasta el plazo máximo de dos (2) años, por los conceptos previstos en los incisos 1, 2 y 3 del presente artículo.*

Art. 4° – Se considerará que existe imposibilidad de pago del empleador, a los efectos previstos en el artículo anterior, cuando se verifique alguna de las siguientes circunstancias:

En caso de concurso del empleador, o de liquidación colectiva administrativa o judicial de los bienes de éste, cuando la imposibilidad fuera declarada por el juez o autoridad competente en razón de no ser factible el pago íntegro de los créditos individualizados en el artículo anterior dentro de los diez (10) días hábiles de la resolución que hubiera autorizado el pronto pago de los mismos.

En todos los casos en los que no mediare concurso ni otro procedimiento de liquidación colectiva judicial o administrativa de los bienes del empleador, y en los que el juez con competencia en lo laboral que tuviera el conocimiento en la respectiva acción judicial promovida por el trabajador o sus causahabientes, declare la imposibilidad de pago actual. Para la procedencia de esta declaración será necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

La existencia de cosa juzgada material en el proceso de conocimiento pertinente.

La existencia de una liquidación aprobada y firme de los créditos emergentes de la condena.

El resultado negativo de la diligencia de embargo o la manifiesta insuficiencia de los bienes del empleador para responder por las consecuencias patrimoniales de la condena en el proceso de ejecución.

La declaración jurada del acreedor o de sus causahabientes, en su caso, sobre el desconocimiento de todo otro bien del condenado sobre el cual hacer recaer dicha ejecución forzada.

En todos los casos, previo a la declaración judicial de imposibilidad de pago, deberá darse traslado de la petición por el término de quince (15) días al Fondo de Garantía de Créditos Laborales, para que dentro de dicho plazo pueda ofrecer medidas de prueba para acreditar la existencia de bienes del empleador suficientes para responder por la deuda laboral reclamada.

Una vez declarada judicialmente la imposibilidad del pago del empleador, el trabajador beneficiario o sus causahabientes deberán requerir se intime al Fondo de Garantía de Créditos Laborales a depositar

Pero también puede proponerse, antes que la derogación de la Ley N° 23.472, su modificación en los aspectos que resultan inadecuados y en contradicción con el Convenio 173 de la O.I.T., la Recomendación 180, y en general, con una sana aplicación del Principio Protectorio del Derecho del Trabajo. Y en tal sentido, junto con actualizarse la terminología del régimen en virtud del tiempo transcurrido desde la sanción de la Ley N° 23.472, son varias las modificaciones que podrían proponerse al respecto, a saber: 1) debería modificarse el artículo 2° de la Ley N° 23.472, a los fines de imponer a las empresas del Estado y conexas, la participación en la integración de los recursos del sistema en cuestión, eliminando a los empleadores del servicio doméstico, atento la falta de ánimo de lucro para el dador de trabajo que caracteriza dichas tareas, así como cualquier otra situación de empleo similar; 2) también correspondería modificar el artículo 3° de la norma en cuestión, a los fines de ampliar la garantía de los créditos laborales a todos aquellos derivados de una relación laboral en dependencia entre un empleador insolvente y un trabajador, sin límite alguno; y 3) parece asimismo necesario modificar el artículo 7° de la norma, en cuanto a la exigencia del registro de la

las sumas que correspondan en concepto de capital e intereses, bajo apercibimiento de ejecución. El juez otorgará a esos efectos un plazo de diez (10) días, transcurrido el cual se producirá la mora de pleno derecho.

Art. 5° – Determínese como organismo y autoridad de aplicación de la presente ley al Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil instaurado en la Ley Nacional del Empleo –ley 20.413–, en cuya órbita queda instituido el Fondo de Garantía de Créditos Laborales.

Este organismo deberá llevar una administración contable independiente para las sumas que recaude con destino al Fondo de Garantía de Créditos Laborales, y será el ente recaudador de las sumas que deban ingresar a aquél.

Art. 6° – El organismo de aplicación se subrogará de pleno derecho a los fines del reembolso de las sumas abonadas, en los derechos de los trabajadores o de sus causahabientes frente a los empleadores deudores, conservando los privilegios y garantías que correspondieran a los créditos abonados a aquéllos.

Art. 7° – El incumplimiento por el empleador de las obligaciones previstas en el artículo 2, inciso 1, apartados a) y b), de la presente ley, será sancionado con multa equivalente a cinco veces la suma que omitió depositar, a la que se le deberán calcular intereses a una tasa de un 24 % anual desde la mora y hasta el efectivo pago.

Art. 8° – Las prestaciones previstas en la presente ley cubrirán los créditos que se devenguen a partir de los ciento veinte (120) días posteriores a su entrada en vigencia.

Art. 9° – Derógase la ley 23.472.

Art. 10. – Incorpórase como inciso h) en el artículo 135 de la ley 24.013 –Ley Nacional de Empleo– el siguiente:

h) Actuar como organismo, autoridad de aplicación y ente recaudador del Fondo de Garantía de Créditos Laborales.

Art. 11. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

relación ante el organismo que corresponda, por suponer una doble desprotección de los trabajadores no registrados o con registro defectuoso.

Es por ello que, a continuación, se propone un proyecto de ley de modificación de la norma mencionada, cuya redacción podría ser la siguiente:

Artículo 1°.- Modifícase el artículo 2° de la Ley N° 23.472, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 2°.- El Fondo de Garantía de Créditos Laborales se integrará con los recursos que se enumeran a continuación:

1. Las siguientes contribuciones a cargo de todas aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que resulten empleadores en relación de dependencia, en los términos de los distintos regímenes jurídicos vigentes en la República Argentina, con excepción de aquellos empleadores que resulten dadores de trabajo dependiente respecto de tareas sin integración en una actividad que importe ánimo de lucro, comprendidos o no en el régimen de convenciones colectivas de trabajo:

a) 0,5 % de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones previsionales, aun cuando las mismas se encuentren incluidas en el supuesto del inc. b);

b) 3 % de todas las sumas abonadas por cualquier concepto a los trabajadores como consecuencia de una acción judicial o de un reclamo administrativo. En caso de acuerdo conciliatorio en sede judicial, la contribución se reducirá al 1,5 %.

Exclúyense las sumas reclamadas como consecuencia de un infortunio laboral, cualquiera fuera el régimen jurídico a cuyo amparo se haya efectuado el reclamo, con excepción de los salarios debidos en virtud del régimen jurídico que regule la prevención y reparación de los daños derivados del trabajo.

El organismo de aplicación de la presente ley, podrá reducir hasta en un 50 % los porcentajes indicados, de acuerdo con las disponibilidades financieras del sistema.

2. Las sumas recaudadas como consecuencia de la subrogación en los derechos de los beneficiarios de las prestaciones del Fondo.

3. Las actualizaciones, intereses, cargos o multas originadas en infracciones a las normas de la presente ley.

4. Las rentas provenientes de la inversión de las sumas ingresadas al Fondo por cualquier concepto.

5. Donaciones, legados y todo ingreso compatible con la naturaleza y fines del Fondo.

Artículo 2°.- Modifícase el artículo 3° de la Ley N° 23.472, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 3°.- Los recursos del Fondo de Garantía de Créditos Laborales serán destinados a:

1. Adelanto a los trabajadores o a sus causahabientes, en su caso, de cualquier suma correspondiente a créditos derivados del trabajo en relación de dependencia, por cualquier actividad, en el supuesto de imposibilidad de pago del empleador, sin tope ni límite alguno.

2. Cobertura de los gastos del organismo de aplicación, sin que pueda afectarse a este destino más del 0,3 % de los ingresos totales del Fondo. El Poder Ejecutivo Nacional podrá elevar este porcentaje hasta el 1 %.

3. Asimismo el Poder Ejecutivo nacional podrá incluir otras prestaciones de acuerdo con las disponibilidades financieras del sistema.

Artículo 3°.- Modifícase el artículo 5° de la Ley N° 23.472, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 5°.- El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad de la Nación será el organismo de aplicación de la presente ley, y tendrá a su cargo la administración del Fondo de Garantía de Créditos Laborales, de acuerdo con las funciones, atribuciones y competencias que le fije la reglamentación, la que deberá contemplar los mecanismos necesarios para asegurar la independencia administrativa y contable del Fondo creado por esta ley con relación a cualquier otro organismo, o incluso prestación a su cargo.

Artículo 4°.- Modifícase el artículo 6° de la Ley N° 23.472, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 6°.- El organismo de aplicación se subrogará en los derechos y acciones de los trabajadores o de sus causahabientes, en su caso, hasta las sumas que se adelanten, conservando los privilegios y garantías que correspondieran a los créditos abonados a aquéllos.

Artículo 5°.- Modifícase el artículo 7° de la Ley N° 23.472, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 7°.- Será condición para el goce de los beneficios de la presente ley que se encuentre registrada la vinculación laboral con relación a la cual el trabajador pretenda la cobertura del art. 3°, o bien que esta sea sumariamente demostrable ante el organismo de aplicación de la ley, conforme la pautas que fije la reglamentación.

Artículo 6°.- Modifícase el artículo 8° de la Ley N° 23.472, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

Art. 8°.- El incumplimiento por el empleador de las obligaciones previstas en el apartado 1 del artículo 2° de la presente ley, será sancionado con multa equivalente a cinco veces el monto de la suma que debió depositar, la que será actualizada, en caso de corresponder, de conformidad con los mecanismos legales vigentes al momento de su consideración, desde la fecha en que debió efectuar el aporte hasta la de su efectivo

pago. Igual actualización corresponderá sobre el aporte omitido y a ella se adicionará un interés del 8 % anual.

Art. 7°.- Comuníquese, etc.

6.2.- Conclusión general.

En suma, para que exista verdadera adecuación del régimen en cuestión al Convenio 173 de la O.I.T, y con ello una real protección de los créditos laborales, en el caso de un empleador insolvente, tanto concursado como fallido, debe reconocerse a todos ellos, sin distinción de la oportunidad en que se hayan devengado, y a prorrata con el resto de los créditos alimentarios, en cuanto aquellos integran dicha categoría, así como con los gastos del concurso indispensables para mantener los bienes sobre los que se podrán cobrar dichos acreedores:

i) Preferencia absoluta de cobro por sobre todos los créditos contra el deudor que no tengan naturaleza alimentaria, y contra los gastos del concurso que no sean indispensables para mantener los bienes sobre los que se podrá hacer efectivo el cobro, en caso de existir alguno;

ii) Los efectos del privilegio especial sobre la totalidad de los bienes del deudor, sin efectuar distinción alguna;

iii) Prohibición de renuncia por parte del titular del crédito, salvo homologación de autoridad administrativa o judicial;

iv) En general, cada uno de los derechos previstos en el Convenio 173 de la O.I.T., el cual debe ser considerado, en su aplicación, como una norma programática, a la cual corresponde se adecuen las demás disposiciones legales internas, dándose definitiva vigencia a un adecuado régimen de garantía de percepción de los créditos laborales frente a la insolvencia del empleador.

Conforme lo expuesto, parece claro que el sistema general de protección del crédito laboral frente a la insolvencia del empleador, dado fundamentalmente por el régimen legal de los privilegios laborales, no cumple acabadamente y totalmente con el principio de protección del trabajador, fundacional en la disciplina jurídica del trabajo, pues para ello debería necesariamente, atento el carácter alimentario de los créditos del dependiente en cuanto tal, no sólo ser irrenunciables sin excepción, sino también, ser ejecutables todos y cada uno de los bienes del deudor sin limitación alguna, no imponer limitación de ningún tipo en los montos de los créditos, gozar de los efectos del privilegio especial sobre la totalidad de los bienes del deudor insolvente, concursado o fallido, así como de una preferencia en el cobro sobre todos los demás créditos, sin ningún tipo de excepción, como no sean los créditos por alimentos propios del derecho de familia, o cualquier otro con carácter alimentario, y los gastos del concurso indispensables para mantener los bienes sobre los que se podrá hacer efectivo el cobro, con todos los cuales deben concurrir en igualdad de condiciones.

Ello, pues no existen en el mundo jurídico otras deudas que puedan ser satisfechas con mayor necesidad de prontitud que ellas, por configurar las sumas correspondientes al medio de vida y subsistencia del trabajador y su familia.

Finalmente, debe destacarse la importancia que, como elemento de protección del dependiente, y a los fines de complementar el sistema de la prelación de los privilegios laborales, puede exhibir un adecuado sistema de garantías de los créditos de los trabajadores. A tal fin, es necesario reiterar que, en rigor, el régimen establecido por la Ley N° 23.472 es insuficiente como único medio para lograr la mencionada protección, no obstante lo cual su reglamentación y entrada en vigencia configuraría un medio adicional de protección que, aunque no baste por sí mismo, implicaría un aporte

adicional benéfico para el resguardo de los créditos de los trabajadores en relación de dependencia.

Y si se pretende establecer un régimen verdaderamente útil para la defensa de los créditos laborales, que a su vez cumpla acabadamente con las disposiciones del Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo, parece razonable constituir un doble sistema que consista, por un lado, en asegurar el cobro de las acreencias derivadas de la extinción del contrato de trabajo mediante un régimen indemnizatorio a través de un fondo de desempleo materializado en una cuenta integrada por aportes del dependiente y contribuciones patronales¹⁹⁷, de las cuales una parte podría derivarse a la conformación de un fondo de garantías para la satisfacción de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, complementado con la preferencia absoluta sobre cualquier otro crédito salvo los alimentarios, y en paridad con estos, de la totalidad de los montos que el patrono adeude al dependiente por cualquier concepto y sin restricción alguna, con el agregado del beneficio del derecho de pronto pago de todos esos créditos de naturaleza alimentaria.

¹⁹⁷ En un trabajo anterior se ha expresado: “Aunque también podría modificarse el sistema de indemnizaciones previsto en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 por uno semejante al dispuesto por la Ley N° 22.250, aplicable en el ámbito de la construcción, según el cual se prevé la formación de un fondo de desempleo integrado con un aporte obligatorio a cargo del empleador, mediante depósito en una entidad bancaria, del 12 % de la remuneración mensual que perciba el trabajador, y que luego de cumplido el primer aniversario desde el ingreso al trabajo se reduce al 8 %, pudiendo disponer el empleado de la acumulación de dichas sumas al cesar la relación laboral. La ventaja del sistema es evidente, ya que el empleador puede evitar zozobras económicas frente a la súbita necesidad de decidir la extinción de uno o varios contratos de trabajos –en especial de trabajadores con muchos años de servicios– aún cuando se produzca un aumento del dinero a desembolsar mes a mes, el cual puede asimilar el empresario con mayor facilidad, previéndolo como un costo más. Por otra parte, se podrían abolir todas la indemnizaciones correspondientes a modos de extinción del contrato de trabajo, con la consecuente simplificación del sistema, como por ejemplo la debida por muerte del trabajador, prevista en el artículo 248 de la Ley N° 20.744, del empleador, conforme lo dispuesto por el artículo 249 de dicha norma, por falta o disminución de trabajo, de acuerdo al artículo 247 del citado cuerpo legal, etcétera.” (Conf. Díez Selva, Manuel. *Pautas para una verdadera reforma laboral*. ED 213-838). Aunque bien debe aclararse que dichas expresiones resultaron oportunamente sólo un ejemplo o esbozo del proyecto de instituto propuesto, y no sería absurdo engrosar los montos en cuestión a través de un aporte mensual del dependiente, así como que el porcentaje de aportes y contribuciones a establecer, a los fines de la concreción del principio de protección del trabajador, debería suponer guarismos que permitan lograr una adecuada y razonable indemnización para el dependiente, que cumpla con su claro objetivo, con más la conformación del mencionado fondo de garantía de los créditos laborales.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.

Fuentes.

- 1) *Anales de Legislación Argentina*. Editorial La Ley. Buenos Aires.
- 2) Cartas encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Pacem in Terris*, *Populorum Progressio*, *Octogesima Adveniens*, *Laborem Excercens*, *Sollicitudo Rei Socialis*, y *Centesimus Annus*.
- 3) *Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª reunión 2003. Informe III (Parte 1B). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*.
- 4) *Convenio 95 de la Organización Internacional de la Trabajo*.
- 5) *Convenio 173 de la Organización Internacional de la Trabajo*.
- 6) *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Madrid. 1925.
- 7) *El libro del Pueblo de Dios. La Biblia*. Fundación Palabra de Vida. Ediciones Paulinas. Madrid-Buenos Aires, 1990.
- 8) *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Publicación a cargo de la Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal*. Editorial La Ley S.A.E. e I.

Bibliografía.

- 1) Ackerman, Mario y Tosca, Diego (directores). *Tratado de derecho del trabajo*. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2005.
- 2) Allende, Guillermo L. *Panorama de Derechos Reales*. La Ley. Buenos Aires, 1967.

- 3) Altamira Gigena, Raúl Enrique (Coordinador). *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*. Astrea. Buenos Aires. 1981.
- 4) Antokoletz, Daniel. *Derecho del trabajo y previsión social*. Editorial Guillermo Kraft Limitada. Buenos Aires. 1953.
- 5) Belluscio, Augusto C. (director) y Zannoni, Eduardo A. (coordinador). *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990.
- 6) Bidart Campos, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires. Ediar. 1989.
- 7) Bidegain, Carlos María; Gallo, Orlando; Palazzo, Luis Eugenio; Punte, Roberto y Schinelli, Guillermo. *Curso de Derecho Constitucional. V La Constitución como garantía. Los derechos y deberes del hombre*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001.
- 8) Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones. Tomo I*. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1965.
- 9) Cabanellas de Torres, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral (actualizado por José N. Gómez Escalante)*. Tomo I. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 2001.
- 10) Cabanellas, Guillermo. *Tratado de derecho laboral. Doctrina y legislación iberoamericana*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1987.
- 11) Casanovas y la Rosa, Oriol. *Casos y textos de Derecho Internacional Público*. Ed. Tecnos. Madrid. 1986.
- 12) Cordeiro Álvarez, Ernesto. *Tratado de los Privilegios*. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1941.
- 13) De Diego, Julián Arturo. *La remuneración del trabajador*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1984.

- 14) Deveali, Mario L. *Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social*. Víctor P. de Zavalía-Editor. Buenos Aires. 1954.
- 15) Deveali, Mario L. (director). *Tratado de derecho del trabajo*. La Ley. Buenos Aires. 1964.
- 16) Diéguez, Gonzalo. *Derecho y Trabajo*. Ediciones Rialp. Madrid. 1963.
- 17) Díez Selva, Manuel. *Pautas para una verdadera reforma laboral*. ED 213,838.
- 18) *El tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes*. Publicaciones del Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado. Madrid. 1920.
- 19) *Enciclopedia Universal Sopena*. Editorial Ramón Sopena, S.A. Barcelona. 1975.
- 20) Ensinck, Juan A. *Ley de Contrato de Trabajo anotada*. Víctor P. de Zavalía. 1974.
- 21) Etala, Carlos Alberto. *Contrato de trabajo. Ley 20.744 texto ordenado según decreto 390/76. Comentado, anotado y concordado con legislación modificatoria y complementaria*. Astrea. Buenos Aires. 1998.
- 22) Etchart, Martha B. y Douzon, Martha C. *Historia de las instituciones políticas y sociales desde 1810*. Itinerarium S.A. Buenos Aires. 1985.
- 23) Fernández Madrid, Juan Carlos. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1990.
- 24) Ferrari, Irany; Nascimento, Amauri Mascaro y Da Silva Martins Filho, Ives Gandra. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. Editora LTR. Sao Paulo. 1998.
- 25) Gaii, *Institvtionum*. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica. Madrid. 1845.
- 26) García Martínez, Roberto. *Derecho concursal*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997.
- 27) García Martínez, Roberto. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 1998.

- 28) Garrido, Roque Fortunato y Zago, Jorge Alberto. *Contratos civiles y comerciales. Parte General*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989.
- 29) Garriguet, L. *El Trabajo (en Tratado de Economía Social según los principios de la teología católica)*. Tomo I. Casa Editorial Saturnino Calleja Fernández. Madrid.
- 30) Garrone, José Alberto. *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1986.
- 31) Gayo. *Institutas. Texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993.
- 32) Grisolia, Julio Armando. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. LexisNexis Depalma. Buenos Aires. 2003.
- 33) Grispo, Jorge Daniel. *Los privilegios de los acreedores laborales en la quiebra*. ED 195-872.
- 34) Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades concursales por la ley 24.522*. DyE, 1995. N° 4.
- 35) Krotoschin, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*. Depalma. Buenos Aires. 1968.
- 36) Krotoschin, Ernesto. *Tratado práctico de derecho del trabajo*. Depalma. Buenos Aires. 1977.
- 37) Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tomo VI. Tratado de las Obligaciones*. Vol. I. Ediar. Buenos Aires, 1947.
- 38) López, Justo; Centeno, Norberto O. y Fernández Madrid, Juan Carlos. *Ley de Contrato de Trabajo comentada*. Ediciones Contabilidad Moderna. Buenos Aires. 1978.

- 39) López, Justo. *Los principios de la justicia social y el derecho*. Moenia N° XXVI/XXVII. Centro de Estudios Tomistas. Buenos Aires. septiembre-diciembre de 1986.
- 40) López, Justo. *Cuestiones laborales sobre el derecho. Conferencia publicada en la revista "Corporación de Abogados Católicos, actividades públicas 1975-1980"*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1981.
- 41) López, Justo, *El salario*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1988.
- 42) Lorente, Javier A. *Del reino de la escasez al reino del revés. A propósito de la situación de los trabajadores ante la quiebra de su empleador*. En *Derecho Laboral*, coord. por César Arese. Ed. Nova Tesis. Rosario, 2005.
- 43) Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1967.
- 44) Llerena, Baldomero. *Derecho Civil. Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*. Tomo séptimo. Carlos Casavalle, Editor. Buenos Aires, 1891.
- 45) Machado, José Olegario. *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*. Tomo X. Félix Lajouane, Editor. Buenos Aires, 1902.
- 46) Mansueti, Hugo Roberto. *Derecho del Trabajo en el MERCOSUR*. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999.
- 47) Martínez Vivot, Julio J. *Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.
- 48) Maza, Miguel Ángel (Director). *Ley de Contrato de Trabajo comentada*. La Ley. Buenos Aires. 2008.
- 49) Maza, Alberto J. *Privilegios laborales en el proceso falencial*. Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002-2.

- 50) Maza, Alberto José y Lorente, Javier Armando, *Créditos laborales en los concursos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.
- 51) Meilij, Gustavo Raúl. *Contrato de trabajo*. Depalma. Buenos Aires. 1980.
- 52) Molinario, Alberto D. *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Valerio Abeledo, Editor. Buenos Aires, 1941.
- 53) Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid. 1998.
- 54) Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. Editorial Saraiva. San Pablo. 2004.
- 55) Negre de Alonso, Liliana Teresita, *Los acreedores laborales en el proceso concursal*. Rubinzal–Culzoni Editores. Santa Fe, 1996.
- 56) Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1998.
- 57) Peliza, Eleonora. *Europa: protección de los trabajadores en caso de insolvencia patronal*. En <http://www.laboral.org.ar>. Página de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral.
- 58) Pérez Botija, Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. Ed. Tecnos. Madrid. 1950.
- 59) Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Depalma. Buenos Aires. 1998.
- 60) Planiol, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Tome Deuxième (Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Privilèges et hypothèques). Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence. París, 1912.
- 61) Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Tome XII (Suretés Réelles). Avec le concours de Emile Becqué. Libraire Généralè de Droit et Jurisprudence. París, 1927.

- 62) Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome VI (Obligations). Avec le concours de Paul Esmein*. Libraire Généralè de Droit et Jurisprudence. París. 1930.
- 63) Podestá Costa, L. A. y Ruda, José María, *Derecho Internacional Público 2*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1985.
- 64) Ponssa, Roberto. *Doctrina General de los Privilegios*. Depalma. Buenos Aires, 1951.
- 65) *Pontificiae Academiae Scientiarvm Socialivm Acta. The future of Labour and Labour in the future. Proceedings. Second Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences. 20-23 March 1996*. Vatican City. 1998.
- 66) Ripert, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*. Supervisión del doctor Jorge Joaquín Llambías. Traducción de la doctora Delia García Daireaux. Tomo VII. Derechos Reales (2ª parte). La Ley. Buenos Aires, 1965.
- 67) Rodríguez Mancini, Jorge (Director). *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Astrea. Buenos Aires. 1996.
- 68) Rodríguez Mancini, Jorge (Director). *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, concordada y anotada*. La Ley. Buenos Aires. 2007.
- 69) Sardegna, Miguel A. *Ley de contrato de trabajo. Comentada – anotada – concordada*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1995.
- 70) Sacheri, Carlos A. *El Orden Natural*. Ediciones del Cruzamante. Buenos Aires. 1980.
- 71) Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*. Tomo 3. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1946.
- 72) Salvat, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*. Cuarta edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por

- Manuel J. Argañarás. Tomo IV. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires, 1960.
- 73) Seignobos, Charles. *Historia Universal Ilustrada. Tomo II*. Ediciones Argentinas S.R.L. Buenos Aires. 1974.
- 74) Tissembaum, Mariano R. *La constitucionalización y codificación del derecho del trabajo, sus fuentes e interpretación (en Tratado de derecho del trabajo. Dirigido por Mario L. Deveali). Tomo I*. La Ley. Buenos Aires. 1964.
- 75) Valiente Noailles, Carlos. *Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires. Fondo de obras jurídicas. 1970.
- 76) Vázquez, Gabriela Alejandra. *El regreso al derecho civil para la protección del trabajador*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2004.
- 77) Vázquez Vialard, Antonio. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Astrea. Buenos Aires. 1994.
- 78) Vázquez Vialard, Antonio, *Primera aproximación a las modificaciones producidas al régimen de las prioridades concursales por la ley 24.522, D. y E.*, Buenos Aires, 1995.
- 79) Vázquez Vialard, Antonio. (director). *Tratado de derecho del trabajo*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1984.
- 80) Villanueva, Julia. *Privilegios*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2004.
- 81) Zinder, Hermann; Hilgemann, Werner y Herat, Manfred. *Atlas Histórico Mundial II. De la Revolución Francesa hasta nuestros días*. Ediciones Akal. Madrid. 2006