

Protección internacional de créditos laborales

RC D 814/2017

Autor:

Elkin, Natan

Encabezado: En este artículo se repasan las recientes adhesiones de Argentina a convenios internacionales del trabajo con el objetivo de poner en relieve la situación del Convenio sobre la Protección de los Créditos Laborales en Caso de Insolvencia del Empleador, 1992 (Convenio 173). Mediante la Ley 24285 de 1993, el Poder Legislativo aprobó la ratificación del Convenio 173 sin que hasta la fecha las autoridades nacionales hayan cumplido con los trámites del depósito del instrumento de ratificación y de la declaración requeridas para que el mencionado convenio tenga vigencia internacional. Sin embargo, el Convenio 173 ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 337:315) y la justicia de la provincia de Córdoba, sin que las decisiones judiciales hayan tenido en cuenta la falta de vigencia internacional del Convenio 173. Las decisiones judiciales examinadas tampoco parecen haberse percatado que, al igual que el artículo 246, inciso 1, de la Ley de Concursos y Quiebras, el artículo 7 del Convenio 173 permite limitar los montos de los créditos laborales. Para completar este estudio se revisan las disposiciones sobre insolvencia del empleador y créditos laborales que se encuentran en tres convenios ratificados y en vigencia para Argentina (artículo 11 del Convenio 17 - indemnización de accidentes de trabajo; artículo 11 del Convenio 95 - protección del salario; pauta B.2.2 del MLC, 2006 - trabajo marítimo) y las disposiciones correspondientes en las normas internacionales del trabajo sobre agencias privadas de colocación y trabajo doméstico. La redacción de este artículo se concluyó en abril de 2017 incluyendo sugerencias particularmente pertinentes del Dr. Mario Ackerman.

Sumario: I. Ratificaciones recientes y convenios internacionales del trabajo en vigencia. II. La demora del registro de la ratificación del Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (núm. 102). III. La operatividad del Convenio sobre la Protección de los Créditos Laborales en Caso de Insolvencia del Empleador, 1992. IV. El Convenio núm. 173 y la posibilidad de limitar los créditos laborales. V. La insolvencia del empleador en las normas internacionales del trabajo. V.A. Quiebras: acreedores preferentes. V.B. Insolvencia del empleador/asegurador y la indemnización de accidentes de trabajo. V.C. Insolvencia y créditos laborales en las normas relativas a las agencias de empleo privadas. V.D. Créditos laborales y gente de mar. V.E. Créditos laborales y las normas sobre trabajadoras y trabajadores domésticos. VI. Conclusiones.

I. Ratificaciones recientes y convenios internacionales del trabajo en vigencia

Entre 2004 y 2016, las autoridades nacionales entregaron doce instrumentos de ratificación de convenios y protocolos internacionales del trabajo al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo (la Oficina). Mediante estas sucesivas ratificaciones, Argentina contribuyó a:

- reforzar la protección de los representantes de los trabajadores (en noviembre de 2006, la Oficina registra la ratificación del Convenio sobre los Representantes de los Trabajadores, 1971),
- consolidar las instituciones del mercado del trabajo (en febrero de 2004, la Oficina registra la ratificación del Convenio sobre la Administración del Trabajo, 1978),

- cumplir con las cuatro normas internacionales más modernas sobre la seguridad e higiene en el trabajo y el medio ambiente de trabajo (en junio de 2006, Argentina ratifica el Convenio sobre Seguridad y Salud en la Agricultura, 2001; en enero de 2014, Argentina ratifica el Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (número 155) y el protocolo de 2002 que completa al Convenio número 155; además, Argentina ratifica el Convenio sobre el Marco Promocional para la Seguridad y salud en el Trabajo, 2006),
- respetar las normas específicas relativas a cuatro sectores: trabajo a domicilio (Convenio número 177, ratificado en julio de 2006), trabajo doméstico (Convenio número 189, ratificado en marzo de 2014), trabajo marítimo (MLC, 2006, ratificado en mayo de 2014) y el trabajo en la pesca (Convenio número 188, ratificado en septiembre de 2011);
- con fecha 27 de julio de 2016, se registró la ratificación del Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (número 102);
- el 9 de noviembre de 2016, el Gobierno depositó el instrumento de ratificación del Protocolo de 2014 al Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930. De este modo, el país aumenta su compromiso de reforzar la prevención del trabajo forzoso, proteger mejor a las víctimas de las formas modernas del trabajo forzoso y castigar a los delincuentes que pretendan que se incurra en trabajo forzoso.

Estas ratificaciones ilustran un compromiso a largo plazo del país con la justicia social y el trabajo decente. Sería sencillo demostrar que Argentina es uno de los países del mundo que más convenios ha ratificado en la última década.

61 convenios y dos protocolos internacionales del trabajo se encuentran en vigencia para Argentina. El Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (número 102), el Convenio sobre el Trabajo en la Pesca, 2007 (número 188) y el Protocolo de 2014 al Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930 entrarán en vigencia para Argentina en el transcurso del año 2017. Información actualizada sobre los convenios ratificados y vigentes para Argentina se encuentra en el sitio internet de la OIT[1].

II. La demora del registro de la ratificación del Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (número 102)

Resulta de público conocimiento que mediante la Ley número 26678, de mayo de 2011, el Poder Legislativo aprobó la ratificación del Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (número 102)[2]. Sin embargo, hasta julio de 2016, la Oficina no estuvo en condiciones de registrar el instrumento de ratificación y la declaración que son indispensables para considerar que el Convenio número 102 ha entrado en vigencia.

No es inusual que los gobiernos demoren en cumplir los trámites requeridos para la ratificación formal de un convenio. Por ejemplo, la Ley número 25071, de abril de 1992, aprobó la ratificación del Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (número 169). Sin embargo, la ratificación por parte de Argentina del Convenio número 169 se registró el 3 de julio de 2000, el día en que el Gobierno depositó el instrumento de ratificación del Convenio número 169 ante el Director General de la OIT, es decir, ocho años después de aprobarse la ley nacional que autorizaba su ratificación.

De la misma manera que nadie pretendió que el Convenio número 169 tuvo vigencia entre abril de 1992 (promulgación de la Ley número 25071) y julio de 2001 (fecha de entrada en vigencia internacional del Convenio número 169 para la Argentina), tampoco se puede pretender que el Convenio número 102 se encontraba vigente en la Argentina, a los efectos internacionales, antes del 27 de julio de 2017, dado que el Gobierno no había cumplido los trámites correspondientes.

La doctrina argentina más calificada ya había comentado la situación de convenios que obtienen la aprobación parlamentaria pero que no se encuentran vigentes hasta tanto se cumplan con las formalidades internacionales destinadas a registrar la ratificación: "Son las normas constitucionales u otras de cada país las que determinan a la autoridad con facultades para ratificar un convenio, así como el procedimiento interno a dicho efecto. Lo que interesa a la OIT es que se proceda adecuadamente a la comunicación de la ratificación, pues a partir de ese momento se exterioriza el acto a los efectos internacionales. Existen casos en los cuales una ley de ratificación de un convenio ha quedado sin comunicar a la OIT. El acto, válido a los efectos internos, no ha podido cobrar vigencia internacional, resultando inoperante en términos de la Constitución de la OIT"[3].

III. La operatividad del Convenio sobre la Protección de los Créditos Laborales en Caso de Insolvencia del Empleador, 1992

En autos "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A." (Fallos: 337:315), de fecha 26 de marzo de 2014, la Corte Suprema[4] debía resolver si el pedido de un acreedor laboral, tendiente a la percepción sin limitaciones y de manera preferente de su crédito indemnizatorio por accidente de trabajo, resultaba conforme con el Convenio sobre la Protección de los Créditos Laborales en Caso de Insolvencia del Empleador, 1992 (Convenio núm. 173). En efecto, las disposiciones de dicho convenio, según los tribunales inferiores, no habían sido incorporadas a la legislación argentina.

Por su parte, el Juez en lo Civil y Comercial y de Familia de Rio Cuarto, en una sentencia de fecha 28 de marzo de 2016, en autos "Mensa - quiebra pedida"[5], apoyándose en el fallo recién mencionado "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.", descartó la limitación dispuesta por la Ley de Concursos y Quiebras por la cual el privilegio del capital solamente se extiende a los intereses por dos años a partir de la mora, con el argumento de que dicha limitación afecta garantías constitucionales previstas en el Convenio núm. 173.

Para la Corte Suprema, en "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.", resultó suficiente que el Convenio núm. 173 haya tenido "ratificación legislativa"[6] para decidir que sus disposiciones debían ser aplicadas directamente por los jueces, y descartar aquellas disposiciones nacionales que se considerasen contradictorias con el Convenio núm. 173. La Corte Suprema se remitió al precedente en "Díaz, Paulo Vicente" (Fallos 336:593), de fecha 4 de junio de 2013, en donde mantuvo su interpretación del Convenio sobre la Protección del Salario, 1949 (núm. 95)[7]: es inconstitucional excluir del alcance de la definición del salario que establece el artículo 1 del Convenio núm. 95 a los "vales alimentarios"[8] y otras asignaciones "no remunerativas" (como las tratadas en el fallo "Díaz, Paulo Vicente").

Para desarrollar su argumentación en relación con la aplicabilidad de los convenios internacionales del trabajo, tanto en "Díaz, Paulo Vicente" como en "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.", la Corte Suprema se remitió al eminente tratadista Nicolás Valticos, quien había expresado que "la ratificación de un convenio, con arreglo al artículo 19, párrafo 5, apartado d, de la Constitución de la OIT, genera para los estados la obligación de hacer efectivas sus disposiciones"[9]. También la Corte Suprema recurrió a la no menos eminente doctrina argentina y citó a Gerardo Von Potobsky: "la existencia o no de la necesidad de adoptar medidas para que las normas de los convenios de la OIT se apliquen en el Estado ratificante no puede ser establecida a la luz del citado artículo 19, párrafo 5, apartado d), sino bajo la óptica del ordenamiento interno pues la incorporación de ese tipo de instrumentos depende básicamente de cada régimen nacional"[10].

Resulta interesante observar que fueron los magistrados Maqueda y Zaffaroni quienes, en el voto particular que redactaron en "Díaz, Paulo Vicente", hayan identificado las referencias doctrinales anteriores con el objetivo de sostener sus críticas a la posición del tribunal de alzada. En efecto, los tribunales inferiores pretendieron que la incorporación de los convenios internacionales del trabajo no la produce la ratificación de los mismos sino la "recepción legislativa interna" de éstos (considerando 5 del voto particular). Interpretando el artículo 19, párrafo 5 d), los dos magistrados explican que "según este inciso, satisfecho el trámite que prevé, el Estado, además de comunicar la ratificación formal del convenio al Director General, "adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio", como dice la disposición mencionada de la Constitución de la OIT. Se agrega el subrayado a lo dicho por los dos magistrados dado que ahí radica la situación anómala que se observa con el Convenio núm. 173: la Corte Suprema no se percató en el fallo "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A." que la Argentina no había satisfecho los trámites previstos en el artículo 19, párrafo 5, d) de la Constitución de la OIT ni tampoco cumplido con las formalidades establecidas en los artículos 3 y 16 del Convenio núm. 173.

En "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.", la Corte Suprema hizo referencia al precedente del fallo "Díaz", y también a otros tres fallos en los cuales se aplicaron convenios efectivamente ratificados que habían tenido recepción en la legislación nacional[11]. La Corte Suprema, en sus cuatro decisiones, examinó si acaso era necesario adoptar medidas internas para hacer efectivas las disposiciones concretas de los convenios involucrados en las causas respectivas. En otras palabras, la Corte Suprema determinó si ciertas disposiciones de los convenios internacionales del trabajo podían surtir un efecto directo y ser aplicadas en el ordenamiento jurídico nacional aún si no existían medidas nacionales específicamente adoptadas para asegurar su efecto a nivel nacional.

Sin embargo, antes de discutir la aplicación directa de las disposiciones de un convenio, es menester asegurarse que su ratificación ha sido correctamente registrada (es decir, si se ha satisfecho el trámite que prevé que el Estado debe comunicar la ratificación formal al Director General de la Oficina).

Cuando se consulta la lista de convenios ratificados por Argentina en el sitio oficial de la OIT, se observa que el Convenio núm. 173 no figura entre los convenios cuya ratificación fue registrada por la Oficina.

Según lo requerido por las disposiciones constitucionales (artículo 19, párrafo 5, d) de la Constitución de la OIT) y convencionales (artículo 16 del Convenio núm. 173), la vigencia del mencionado convenio internacional del trabajo interviene solamente cuando se comunica al Director General de la OIT la "ratificación formal" del convenio.

Además, como lo dispone el artículo 3 del Convenio núm. 173, el país debe consignar, al momento de pedir el registro de la ratificación, si acepta la parte II relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio o la parte III relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía - o bien las partes II y III.

En efecto, si bien la ratificación del Convenio núm. 173 fue consentida mediante la Ley núm. 24285, no consta que la ratificación del Convenio núm. 173 haya sido registrada por la Oficina. Por ende, el Poder Judicial debería abstenerse de pronunciarse sobre las disposiciones del mencionado convenio y la constitucionalidad de las normas nacionales hasta tanto no se cumplan los trámites correspondientes a nivel internacional para que el Convenio núm. 173 se encuentre vigente.

De buena fe, se puede suponer que en Argentina se aplicaría la parte II del Convenio núm. 173 donde se definen los créditos laborales protegidos (artículos 5 y 6), la posibilidad de limitar el alcance de los privilegios de los créditos laborales a un monto prescripto (artículo 7) y el rango del privilegio (artículo 8). Cabe también examinar la posibilidad de aplicar la parte III del Convenio que prevé la protección de los créditos laborales por una institución de garantía[12] y el uso eventual de las cláusulas de flexibilidad que permiten limitar, después de consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, la aplicación de la parte III a ciertas categorías de trabajadores y a ciertos sectores de actividad económica (artículo 3, párrafo 3 del Convenio).

En todo caso, no parece que sea el Poder Judicial quien pueda tomar la iniciativa de decidir cuáles son las partes de un convenio internacional del trabajo que el Estado se obliga a aceptar. Al menos en el caso del Convenio núm. 173, la autoridad competente para decidir sobre la aceptación de las partes del convenio es el Poder Ejecutivo quien debe realizar las comunicaciones correspondientes a la Oficina requeridas por el artículo 3 del Convenio núm. 173 para que el convenio sea considerado ratificado y de obligatorio cumplimiento.

IV. El Convenio núm. 173 y la posibilidad de limitar los créditos laborales

Conviene detenerse en la manera en que las disposiciones del Convenio núm. 173 han sido interpretadas por la Corte Suprema y el juez provincial, aunque queda establecido que, hasta tanto intervenga el registro de la ratificación formal, el Convenio núm. 173 no es de cumplimiento obligatorio en Argentina (ver también los artículos 3, 4 y 16 del Convenio núm. 173).

Tanto en "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.", como en "Mensa - quiebra pedida", el punto principal de aparente confrontación entre el Convenio núm. 173 y la legislación nacional radica en el artículo 246, inc. 1 de la Ley de Concursos y Quiebras que establece que "son créditos con privilegio general: 1) Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis 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 años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso [...]".

La Corte Suprema examinó los artículos 5 y 6 (créditos protegidos) y 8 (rango del privilegio) de la parte II del Convenio núm. 173, cuyas disposiciones establecen que "los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deben: a) quedar protegidos por un privilegio de modo que sean pagadas con cargo a los activos del empleador insolvente antes de

que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda (art. 5), y b) contar con un rango de privilegio suficiente al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular a los del Estado y de la seguridad social (art. 8)"[13].

La Corte Suprema aclaró que el Convenio núm. 173, "al referir a los rubros que deben quedar protegidos por el privilegio expresa que, al menos, deben cubrirse los créditos correspondientes a salarios por un período determinado, vacaciones, ausencias retribuidas e indemnizaciones por finalización de servicios (art. 6, incs. a-d)"[14]. En función del párrafo 3.(1) f) de la Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 188), la Corte Suprema considera que "si se toma en cuenta que el precepto convencional, al incorporar la expresión "al menos", deja abierta la posibilidad de extender el privilegio a otros créditos laborales" y por ende le resulta factible admitir "sin mayor esfuerzo interpretativo" que el resarcimiento por accidente de trabajo también se considere entre los créditos laborales que se deben proteger en caso de insolvencia del empleador[15].

Al llegar a este punto, la Corte Suprema se percata que "el argumento decisivo para determinar que la reparación de un infortunio laboral se encuentra comprendida en la protección a la que se refiere el Convenio núm. 173 viene dado por lo expresamente estipulado en otro instrumento de la OIT: el Convenio núm. 17 sobre la indemnización por accidentes del trabajo -de 1925- que fue ratificado por la República Argentina mediante la Ley 13560. Dicho cuerpo normativo [el artículo 11 del Convenio núm. 17] prevé, al respecto, que "las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de las indemnizaciones a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador" [itálica agregada en el considerando 10 del fallo de la Corte Suprema].

La Corte Suprema, al interpretar el encabezamiento del artículo 6 del Convenio núm. 173, al igual que lo hará el juez provincial, consideró que conviene dar una "protección fuerte" a los intereses que devengan los salarios e indemnizaciones debidos: "contextualizada la sentencia y su cumplimiento, queda de manifiesto que, aún computando los intereses en su totalidad, los trabajadores obtendrían una mínima proporción (aproximadamente un 6 por ciento) por encima del valor -a moneda constante- de los salarios e indemnizaciones reconocidos por sentencias laborales firmes, y por lo tanto, podrían quedar fuera de la protección fuerte que el Convenio núm. 173 de la OIT prescribe para las acreencias laborales".

El juez provincial sostuvo que los "intereses" reconocidos en las sentencias laborales constituyen "un mecanismo para compensar al acreedor por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, por lo tanto, no pueden ser privados de privilegio para el cobro sin afectar las garantías del Bloque de Constitucionalidad mencionadas precedentemente, por lo que corresponde reconocerlos con el privilegio correspondiente".

Las consecuencias prácticas del razonamiento seguido en ambas sentencias resultan en el reconocimiento de considerables importes de intereses con privilegio especial y general para los créditos laborales que se identificaron en las respectivas quiebras – sin tener en cuenta que el artículo 7 del Convenio núm. 173 ha previsto "limitaciones" al alcance de los créditos laborales.

En efecto, el artículo 7 del Convenio núm. 173 permite limitar "el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable (párrafo 1). El párrafo 2 del artículo 7 del Convenio núm. 173 dice "cuando el privilegio de los créditos laborales este limitado de esta forma, aquel monto se deberá reajustar cuando proceda, para mantener su valor".

En otras palabras, la posibilidad de que el privilegio del capital se extienda a los intereses por dos años a partir de la mora, como ha previsto el artículo 246, inc. 1 de la Ley de Concursos y Quiebras, parece coherente con el artículo 7, párrafo 1, del Convenio núm. 173. El artículo 7, párrafo 2, del Convenio núm. 173 permite que los montos sean reajustados, cuando proceda, para mantener su valor.

En el párrafo 4 "limitaciones" de la Recomendación núm. 180 se ilustra de qué manera proceder a los reajustes para asegurar que se alcance un mínimo socialmente aceptable: "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 de la industria" (párrafo 4 de la Recomendación núm. 180).

De la lectura de todas las disposiciones del Convenio núm. 173 y de la Recomendación núm. 180, se observa que es posible limitar los montos de los créditos laborales. Las normas internacionales del trabajo buscan que se asegure un "mínimo socialmente aceptable". En "Mensa" y en "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A." los jueces podían "reajustar" los créditos laborales adeudados, si lo consideraban pertinente al caso, y asegurar un "mínimo socialmente aceptable", sin poner en duda la coherencia entre el artículo 246, inc. 1 de la Ley de Concursos y Quiebras y el artículo 7 del Convenio núm. 173.

En todo caso, es poco lo que se puede saber de la aplicación comparada del Convenio núm. 173 dado que alcanzó, desde su adopción en 1992, 21 ratificaciones[16]. La mayoría de los países que lo han ratificado, además de Australia y México, son de Europa (14) y África (5).

En Argentina, hasta tanto no se registre la ratificación del Convenio núm. 173, hay un riesgo para la seguridad jurídica de todas las partes implicadas en una quiebra que el Poder Judicial, en algunas sentencias, haya impuesto el pago de importes más importantes por créditos laborales que los fijados por la ley nacional fundándose en un convenio que no resulta de cumplimiento obligatorio[17].

V. La insolvencia del empleador en las normas internacionales del trabajo

Antes de la adopción del Convenio núm. 173, la quiebra del empleador y la protección de los créditos laborales fue tratada en las normas internacionales del trabajo en relación con la indemnización de accidentes de trabajo (Convenio núm. 17) y la protección del salario (Convenio núm. 95). Además de recordar las disposiciones de estos dos convenios, en esta sección se identifican las disposiciones que mencionan la protección de los créditos laborales en relación con las agencias privadas de empleo (Convenio núm. 181), el trabajo marítimo (MLC, 2006) y el trabajo doméstico (Convenio núm. 189). Se destaca que el MLC, 2006 y el Convenio núm. 189 han sido ratificados y se encuentran vigentes para Argentina, mientras que en el caso de las agencias privadas de empleo se encuentra todavía en vigor para Argentina un convenio de 1949 (Convenio núm. 96) que ha sido revisado en 1997 (Convenio núm. 181).

V.A. Quiebras: acreedores preferentes

En el primer considerando del preámbulo del Convenio núm. 173 se recuerdan dos importantes disposiciones sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador: el artículo 11 del Convenio sobre la protección del salario, 1949 y el artículo 11 del Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 -poniendo en primer lugar la disposición del Convenio núm. 95 y luego la correspondiente del Convenio núm. 17.

El artículo 11 del Convenio núm. 95 -vigente en Argentina- dice así:

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.

Al adoptarse el Convenio núm. 173, la Conferencia Internacional del Trabajo observó 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" (segundo considerando del preámbulo del Convenio núm. 173).

Como lo señaló la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en el Estudio General de 2003, el artículo 11 del Convenio núm. 95 fue muy criticado: "En primer lugar, es lisa y llanamente ineficaz en los casos en que no hay suficientes bienes realizables en la masa de la quiebra. En segundo lugar, si bien se refiere a la relación de prioridad de los créditos laborales, no establece un rango mínimo. Igualmente, esta disposición reconoce la posibilidad de establecer limitaciones al privilegio, sin fijar un mínimo socialmente aceptable de protección. Por último, no trata la cuestión de los créditos laborales correspondientes al trabajo realizado con posterioridad a la cesación de pagos en las situaciones en que ésta no implica necesariamente la clausura de la empresa. A raíz de estas consideraciones, se hizo evidente que el sistema de privilegios aunque fuese mejorado o fortalecido, no lograría asegurar el pago completo y definitivo de los créditos laborales y que, en consecuencia, era necesario establecer nuevas garantías para el pago de tales créditos"[18].

La Comisión de Expertos se mostró optimista sobre la revisión del artículo 11 del Convenio núm. 95 y las perspectivas que se abrían por la adopción del Convenio núm. 173. En el Estudio General de 2003, la Comisión de Expertos indicó que el Convenio núm. 173 es "un instrumento flexible que establece normas sensiblemente más elevadas de protección y ofrece respuestas modernas a los desafíos actuales al regular la insolvencia de las empresas. La Comisión considera que el Convenio núm. 173 constituye una respuesta sólida y ambiciosa a los problemas de protección social en caso de insolvencia, cada vez más comunes en el contexto de la economía globalizada y en los períodos de recesión. Aporta nuevos elementos al sistema de privilegios, introduce nuevos métodos de protección por medio de los fondos de garantía salariales y deja un amplio margen a la discreción de los Estados Miembros en cuanto a la aplicación de las normas. [...] La Comisión está convencida de que, [...] la tasa de aceptación del Convenio núm. 173 se incrementará de manera significativa en los años venideros. La Comisión solicita a la Oficina realizar mayores esfuerzos para asistir a los estados miembros en la elaboración de regímenes efectivos para los casos de insolvencia que estén en conformidad con las disposiciones del convenio"[19]. Pese a estas excelentes intenciones, el artículo 11 del Convenio núm. 95 sigue en vigencia para 83 países. En efecto, el Convenio núm. 173 obtuvo apenas 21 ratificaciones y el Convenio núm. 95 sigue vigente para 97 países - solamente 14 de los cuales ratificaron el Convenio núm. 173.

En síntesis, si al momento de depositar el instrumento de ratificación del Convenio núm. 173, Argentina acepta la parte II del convenio, en virtud del artículo 14 del Convenio núm. 173, las disposiciones del artículo 11 del Convenio núm. 95 dejarían de surtir efecto. Al aceptar la parte II del Convenio núm. 173 (protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, artículos 5-8) se pone término de pleno derecho a las obligaciones dimanantes del artículo 11 del Convenio núm. 95. En consecuencia, el artículo 11 del Convenio núm. 95 queda derogado con la aceptación de la parte II del Convenio núm. 173 - sin afectar a las restantes disposiciones del Convenio núm. 95.

V.B. Insolvencia del empleador/asegurador y la indemnización de accidentes de trabajo

Se observa que el preámbulo del Convenio núm. 173 de 1992 mencionó al artículo 11 del Convenio núm. 17 de 1925 dado que su texto es relevante para los temas relacionados con la insolvencia del empleador: "Las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador".

El artículo 11 del Convenio núm. 17 fue interpretado en el fallo "Milone" (Fallos: 327:4607), de 26 de octubre de 2004, y luego, en el fallo "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.", de 26 de marzo de 2014 en los cuales la Corte Suprema consideró que los montos provenientes de las indemnizaciones de accidentes de trabajo podían ser protegidos de la misma manera que los otros créditos laborales cubiertos por la legislación nacional pertinente.

Sin embargo, lo que debía elucidar el fallo "Milone" era un reclamo contra una Aseguradora de Riesgos de Trabajo por parte de un taxista en un estado de invalidez del 65 por ciento quien se negaba a percibir la indemnización por accidente de trabajo en forma de una renta periódica y pretendía un pago único. Para sostener el pedido de un pago único, el

damnificado evocó el artículo 5 del Convenio núm. 17 que dice lo siguiente: "Las indemnizaciones debidas en caso de accidente seguido de defunción, o en caso de accidente que cause una incapacidad permanente, se pagarán a la víctima o a sus derechohabientes en forma de renta. Sin embargo, estas indemnizaciones podrán pagarse total o parcialmente en forma de capital cuando se garantice a las autoridades competentes un empleo razonable del mismo".

Para acceder al pedido del damnificado en relación con el artículo 5 del Convenio núm. 17 en el caso de "Milone", la Corte Suprema concluyó que: "aun cuando la LRT [Ley núm. 24557 de Riesgos del Trabajo, artículo 14.2.b)] no resulta censurable desde el plano constitucional por establecer como regla, para determinadas incapacidades, que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora del aludido reproche [...], por no establecer excepción alguna para supuestos como el sub examine, en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador cuya realización se procura. Frente a tales circunstancias, además, la norma consagra una solución incompatible con el principio protectorio y los requerimientos de condiciones equitativas de labor [art. 14 bis de la Constitución Nacional], al paso que mortifica el ámbito de libertad resultante de la autonomía del sujeto para elaborar su proyecto de vida, e introduce un trato discriminatorio"[20]. En efecto, la segunda frase del artículo 5 del Convenio núm. 17 admite el pago total o parcial de las indemnizaciones debidas por accidentes de trabajo en forma de capital "cuando se garantice a las autoridades competentes un empleo razonable del mismo". No caben tampoco dudas que, en virtud del artículo 11 del Convenio núm. 17, se pueden asimilar los montos adeudados por accidentes del trabajo a los créditos preferentes de los trabajadores en caso de quiebra del empleador o del asegurador.

V.C. Insolvencia y créditos laborales en las normas relativas a las agencias de empleo privadas

En el Convenio sobre las Agencias Privadas de Empleo, 1997 (núm. 181) y en la Recomendación núm. 188 que lo acompaña, se incluyeron dos disposiciones que han previsto el derecho a una indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales de aquellos trabajadores que se encuentren empleados por agencias de empleo privadas que presten servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una empresa usuaria (según la definición que figura en el artículo 1, párrafo 1, b) del Convenio núm. 181). En esta situación, el artículo 11 dispone que los países que ratifiquen el Convenio núm. 181 deberán adoptar medidas necesarias para asegurar que dichos trabajadores gocen de una protección adecuada en diez temas, entre los cuales figura la "indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales" (artículo 11, h)). Igualmente, en el artículo 12, h) del Convenio núm. 181 se menciona "la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales" entre aquellos asuntos que se requiere que las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas y de las empresas usuarias queden bien identificadas.

Se sabe que la Argentina fue el último país que ratificó el Convenio sobre las Agencias Retribuidas de Colocación (revisado), 1949 (núm. 96), al depositar el instrumento de ratificación y la declaración indicando que se aceptaba la parte III del Convenio[21], el 19 de septiembre de 1996, poco menos de un año antes de la adopción del Convenio núm. 181, en junio de 1997. Argentina aceptó la parte III del Convenio núm. 96 que establece criterios específicos para reglamentar las agencias retribuidas de colocación sin desarrollar una protección particular para los trabajadores comprendidos en su ámbito.

El Convenio núm. 181 alcanza actualmente 32 ratificaciones mientras que el Convenio núm. 96 ha perdido la mitad de sus adhesiones, aunque todavía cuenta con 22 ratificaciones. Se podría auspiciar que se busque un consenso tripartito para que Argentina ratifique el Convenio núm. 181 el cual introduce flexibilidad para reglamentar las agencias de privadas de colocación y también ofrece mayor protección que la que se encuentra en el Convenio núm. 96 a los trabajadores que se desempeñan en el ámbito de las agencias de empleo privadas.

V.D. Créditos laborales y gente de mar

La ratificación del Convenio sobre el trabajo marítimo (MLC, 2006) por parte de Argentina fue registrada el 28 de mayo de 2014 y el MLC, 2006 se encuentra en vigencia para el país. Importa entonces saber que en la Pauta[22] B2.2.2 – Cálculo y pago de salarios del MLC, 2006 se incluyó el principio de que "en la medida en que las sumas exigibles por la gente de mar respecto de sus salarios y de otras cuantías que se adeuden en relación con su empleo no estén garantizadas con arreglo a las disposiciones del Convenio internacional sobre los Privilegios Marítimos y la

Hipoteca Naval, 1993, dichas sumas deberían quedar garantizadas con arreglo a las disposiciones del Convenio núm. 173".

Argentina no ratificó el mencionado convenio internacional de 1993 sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval. Por ende, las sumas exigibles por la gente de mar que, según la legislación nacional, se encuentren dentro del alcance del MLC, 2006; deberían quedar garantizadas con arreglo a las disposiciones del Convenio núm. 173, aun en el caso de que la ratificación del Convenio núm. 173 para Argentina no se encuentre registrada.

V.E. Créditos laborales y las normas sobre trabajadoras y trabajadores domésticos

La ratificación por parte de Argentina del Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (núm. 189) fue registrada el 24 de marzo de 2014. Si bien en el convenio no se encuentra disposición alguna sobre insolvencia del empleador y créditos laborales, en el párrafo 16 de la Recomendación núm. 201, que acompaña al Convenio núm. 189, se dice lo siguiente: "Los Miembros deberían adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no sean menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o de fallecimiento del empleador".

VI. Conclusiones

Puede causar cierta perplejidad que se haya dedicado este espacio para exponer argumentos que sostienen que el Convenio núm. 173 no es de cumplimiento obligatorio en Argentina, al menos hasta tanto no se haya registrado la correspondiente ratificación ante la Oficina. Pareciera que se ha puesto el acento en una situación que perjudicaría a los intereses de los trabajadores cuando se argumenta que el Convenio núm. 173 no debería aplicarse en Argentina hasta tanto su ratificación haya sido debidamente registrada.

Sin embargo, importa lograr -y justifica este análisis- que la autoridad nacional competente (el Poder Ejecutivo) emita el instrumento de ratificación y la declaración correspondiente y haga llegar los documentos a la OIT para obtener su registro y la subsiguiente entrada en vigencia del Convenio núm. 173. Se abre una excelente oportunidad para refrescar la creación de un Fondo de Garantías Laborales, dispuesto mediante la Ley núm. 23472, promulgada el 22 de diciembre de 1986. Este fondo está destinado, entre otras cosas, a cubrir las contingencias cubiertas por la parte III del Convenio núm. 173. Sin embargo, dado que no se ha publicado el correspondiente decreto reglamentario, hasta el momento, la Ley núm. 23472 no ha entrado en vigencia.

Conviene prestar una particular atención a la declaración que acompañe el instrumento de ratificación donde las autoridades nacionales deben indicar qué parte del Convenio núm. 173 es de cumplimiento obligatorio. Como se desprende de la jurisprudencia examinada, Argentina podría dar efecto a la parte II del Convenio núm. 173 dado que la legislación reconoce un privilegio a los créditos laborales. La ley núm. 23472 corresponde con lo que establece la parte III del convenio, pero convendría establecer efectivamente el Fondo de Garantías Laborales, pendiente desde hace tres décadas.

Cuando se trata de limitar los créditos laborales, las normas internacionales del trabajo buscan que se asegure un "mínimo socialmente aceptable". El artículo 7 del Convenio núm. 173 y el párrafo 4 de la Recomendación núm. 180 que lo acompaña, autorizan la limitación de los créditos laborales. En las sentencias dictadas en "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A." y en "Mensa", los jueces podían "reajustar" los créditos laborales adeudados, si lo consideraban pertinente al caso, y asegurar un "mínimo socialmente aceptable", sin poner en duda la coherencia entre el artículo 246, inc. 1 de la Ley de Concursos y Quiebras y el Convenio núm. 173.

Por ende, hasta tanto no se registre la ratificación del Convenio núm. 173, hay un riesgo para la seguridad jurídica de todas las partes implicadas en una quiebra que se les impongan pagos de importes más importantes que los fijados por la ley nacional fundándose en un convenio que no resulta de cumplimiento obligatorio.

Los tribunales y demás partes interesadas en los convenios que protegen a la gente de mar y al trabajo doméstico pueden remitirse a las disposiciones examinadas sobre la insolvencia para facilitar la aplicación del MLC, 2006 y del Convenio

núm. 189, dos convenios debidamente ratificados y vigentes para Argentina (la Pauta B2.2.2 del MLC, 2006 y el párrafo 16 de la Recomendación núm. 201).

En este sentido hay que tener en cuenta que en la OIT se viene desarrollando un nuevo enfoque en relación con las dificultades de las empresas. Esta nueva actitud se refleja en la parte III sobre el "fomento de una cultura empresarial" de la Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (núm. 189). En la Recomendación núm. 189 se ha dicho que: "Los Miembros deberían adoptar medidas, elaboradas en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, destinadas a crear y reforzar una cultura empresarial que favorezca las iniciativas, la creación de empresas, la productividad, la toma de conciencia de los problemas medioambientales, la calidad, las buenas relaciones laborales y profesionales, y prácticas sociales apropiadas y equitativas. Con este fin, los Miembros deberían considerar la posibilidad de: ... (2) procurar, a través de medios apropiados, alentar una actitud más positiva frente a la asunción de riesgos y la quiebra de empresas, reconociendo su valor pedagógico y sus consecuencias tanto para los empresarios como para los trabajadores;[...]" (párrafo 10 (2) de la Recomendación núm. 189, énfasis agregado).

Una "actitud más positiva" frente a la quiebra de las empresas, en el sentido de las normas internacionales del trabajo, significa asegurar el cobro de las sumas adeudadas a los trabajadores perjudicados por la quiebra y, al mismo tiempo, establecer las condiciones para que las empresas responsables puedan continuar creando empleos decentes.

1 http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102536

2 http://www.ilo.org/buenosaires/noticias/WCMS_BAI_NEWS_85/lang--es/index.htm

3 Von Potobsky, G. - Bartolomei de la Cruz, H., La Organización Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 1990, p. 71.

4 Fallo redactado por una mayoría de cuatro jueces compuesta por Fayt, Maqueda, Zaffaroni, y voto concordante de Petracchi. Los magistrados Lorenzetti, Highon de Nolasco y Argibay, en disidencia, declaran inadmisibile el recurso.

5 Texto del fallo "Mensa" disponible en:

<https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/indexDetalle.aspx?id=1030>

6 Considerando 5 del fallo "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.".

7 Mediante el Decreto-Ley núm. 11594, de 2 de julio de 1956, se aprobó la ratificación del Convenio núm. 95. El registro de la ratificación del Convenio núm. 95 tuvo lugar el 24 de septiembre de 1956 y dicho convenio entró en vigencia el 24 de septiembre de 1957.

8 En Pérez (Fallos 332:2043), de 1 de septiembre de 2009, la Corte Suprema estableció la inconstitucionalidad de los "vales alimentarios", previstos en el artículo 103 bis, inciso c) de la Ley de Contrato de Trabajo, en su tenor modificado por la Ley núm. 24700 de 1996. La mentada disposición de la Ley de Contrato de Trabajo fue derogada mediante la Ley núm. 26341, de 2007.

9 Valticos, Nicolas, Nature et portée juridique de la ratification des conventions internationales du travail, en International Law at the Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne, Dodrecht, 1989, p. 993.

10 Von Potobsky, Geraldo, Eficacia jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional, en Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, OIT, 2004, p. 290.

11 "Pérez" (Fallos: 332:2043) en relación con el Convenio núm. 95 (ver antes nota 8), "Fermín" (Fallos: 331:1664), en relación con el Convenio núm. 169; y "Milone" (Fallos: 327:4607), en relación con el Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 17).

12 El dictamen de la Procuración General de la Nación en "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A." indica que en la causa no se había alegado que se haya sido satisfecho el crédito mediante una institución de garantía, tal como prevé el artículo 8, párrafo 2 y los artículos 9 a 11 del Convenio núm. 173 - sin entrar a considerar si acaso la Parte III podía haber sido o no aceptada por el país. Con anterioridad a la ley núm. 24285, de 1993, que aprobó la ratificación del Convenio núm. 173; la Ley núm. 23472, promulgada el 22 de diciembre de 1986, había propiciado la creación de un Fondo de Garantías Laborales, en consonancia con la Parte III del Convenio núm. 173. Hasta tanto no se adopte el decreto reglamentario correspondiente, no habrá un Fondo de Garantías Laborales (artículo 10 de la Ley núm. 23472).

13 Considerando 8 del Fallo "Pinturas y Revestimientos aplicados S.A."

14 *Ibíd.*, considerando 9.

15 *Ibíd.*, considerando 10. En el dictamen de la Procuración General de la Nación se dice que la Recomendación núm. 180 fue "ratificada, reitero, por la misma Ley núm. 24285". En su voto, el magistrado Petracchi explicó que la Recomendación núm. 180 "no tiene el mismo rango que este último [el Convenio núm. 180] -que es el único ratificado por el artículo 1 de la Ley núm. 24285- pero ostenta, sin duda alguna, una decisiva importancia al momento de interpretar las normas del convenio, lo que justifica la postura adoptada por el citado dictamen". El artículo 19, párrafo 5, a) de la Constitución de la OIT contempla solamente la "ratificación" de los convenios internacionales del trabajo. También se establece la obligación de someter una recomendación a la autoridad legislativa "para su examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo" (artículo 19, párrafo 6, d) de la Constitución).

16 Países que ratificaron el Convenio núm. 173: Albania, Armenia, Australia, Austria, Botswana, Bulgaria, Burkina Faso, Chad, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Letonia, Lituania, Madagascar, México, Portugal, Rusia, Suiza, Ucrania, Zambia.

17 Cabe recordar dos fallos dictados en 2010, en los cuales la Corte Suprema se remitió al Convenio sobre la Terminación de la Relación del Trabajo, 1982 (núm. 158), convenio que no ha sido ratificado por Argentina. Ver el fallo "González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro" (Fallos: 333:699), dictado el 19 de mayo de 2010 y el fallo "Álvarez c/ Cencosud" (Fallos: 333:2306), dictado el 7 de diciembre de 2010.

18 Párrafo 331 del Informe III/1B, Conferencia Internacional del Trabajo, 91.a reunión, junio de 2003. En dicho párrafo 331 se hace referencia a una publicación de Arturo Bronstein, Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador: del derecho civil a la seguridad social, en Revista Internacional del Trabajo, vol. 126, 1987, págs. 491-509.

19 Párrafo 339 del Estudio General de 2003.

20 Considerando 9 del fallo "Milone".

21 El artículo 1 de la Ley núm. 24648 de 1996, dice así: "Apruébase el Convenio sobre las Agencias Retribuidas de Colocación (revisado), 1949, aceptándose las disposiciones de la Parte III sobre Reglamentación de las Agencias Retribuidas de Colocación, cuya copia autenticada forma parte de la ley".

22 Sobre el alcance de las "pautas" en el MLC, 2006; consultar las explicaciones que ofrece una nota de información del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo a las preguntas "cuál es el alcance jurídico de las pautas contenidos en la parte B del Código" [del MLC, 2006] y "por qué se introdujeron las pautas de la parte B" en una publicación disponible en:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_237454.pdf#page=7