ISSN 2250-8074

Derecho del Trabajo

AÑO 1 NÚMERO 1

Tercerización

Directores: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 1

Derecho del Trabajo

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA
Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL
Dr. Franco Picardi

DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA JURÍDICO LEGAL
Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-8074
Revista Derecho del Trabajo
Año I - N° 1 - Mayo 2012
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.
Directora: María Paula Pontoriero
Directores Editoriales: Mario S. Fera - Héctor P. Recalde
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho del Trabajo y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución Gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Mario S. Fera - Héctor P. Recalde

Directores

Victoria Cosentino - Leandro Recalde

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Eduardo Álvarez

Mauricio César Arese

Enrique Arias Gibert

César Bechetti

Rodolfo Capón Filas

Graciela Cipolletta

Luisa Contino

Graciela L. Craig

Horacio De la Fuente

Jorge Elías

Juan Carlos Fernández Madrid

Daniel Machado

Oscar Massei

Susana Medina

Mónica Palomino

Jorge Rodríguez Mancini

Victoria Pérez Tognola

Ana María Salas

Claudia Salvatierra

Ricardo Francisco Seco

Carlos Alberto Toselli

Gabriel Tosto

Ediciones Infojus:
"La verdad de las premisas y la validez de los razonamientos"

Es un orgullo presentar la puesta en marcha de Ediciones Infojus, un proyecto editorial que se cristaliza inicialmente a través de la publicación de cinco revistas jurídicas, producidas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Este conjunto de publicaciones está destinado a ampliar el horizonte del debate jurídico, con el propósito de gestar desde el ámbito público un espacio que exprese la discusión doctrinaria y, en definitiva, la difusión de las ideas de nuestra generación del bicentenario.

Un Estado inteligente es aquel que es capaz de entender la realidad social, política y económica y que, a su vez, tiene la capacidad de resolver los problemas con habilidad o destreza a partir de su experiencia histórica. La inteligencia en este caso reside en hacer que la dinamización de las mecánicas institucionales y la cooperación de los distintos sectores que lo componen respondan a las necesidades del pueblo.

De tal forma este Estado inteligente profundiza la distribución del conocimiento de manera activa y, fundamentalmente, borra la frontera histórica, tan bien caracterizada por Foucault(1), entre saber y poder; entre "lo técnico" y "lo político"; esto es, discute la verdad o falsedad de las premisas y expresa la validez o invalidez de los razonamientos.

La Argentina del siglo XXI, se encuentra consolidando un proceso histórico, que no sólo vitaliza la discusión pública en torno a cuestiones fundamentales sino que a la vez vuelve posible el acceso igualitario a la expresión doctrinaria contribuyendo a democratizar la justicia e igualar derechos; objetivo que cumple el lanzamiento de esta editorial.

(1) FOUCAULT M., ***La verdad y las formas jurídicas,*** Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1978; Trad. de: Enrique Lynch, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996

Es a través de Infojus que esta acción puede verse concretada, y las Ediciones que aquí se presentan reflejan la continuación y profundización de un proyecto desarrollado para que el estudio, investigación, análisis y difusión del Derecho se constituyan en un bien de todos los habitantes de la Nación, fortaleciendo la verdadera institucionalidad.

Las revistas fueron elaboradas por personalidades relevantes de la comunidad jurídica que, desde un pensamiento joven, han sumado excelentes contribuciones sobre aspectos actuales y controvertidos. Este esfuerzo, realizado por los directores y secretarios de redacción, con el apoyo y el trabajo constante de diversas áreas del Ministerio, como la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico Legal, la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa y el Departamento de Comunicaciones y Prensa, permitió la concreción de este proyecto.

Enmarcada en las políticas de inclusión y acceso a la información, las cinco publicaciones iniciales de Ediciones Infojus —Filosofía del Derecho, Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Penal y Derecho del Trabajo—, se constituyen como una propuesta plural, con criterio federal, destinadas a posibilitar la difusión de un derecho que responda a las necesidades de nuestro pueblo.

Julián Álvarez

Editorial

Es con inmenso agrado que nos presentamos ante el vasto público que sabemos destinatario de esta nueva publicación, y lo hacemos con un expreso reconocimiento a las autoridades del Ministerio de Justicia de la Nación, en particular al Sr. Ministro, Dr. Julio Alak y al Sr. Secretario de Justicia, Dr. Julián Álvarez, por esta iniciativa que propone difundir el derecho como herramienta de propagación de la justicia.

Sabemos por experiencia que el desconocimiento del derecho obstaculiza seriamente la consagración de ese bien en sí mismo que es la justicia social. En tal sentido, destacamos en este proyecto que ahora vemos materializado, una más de las tantas acciones de gobierno tendientes a que la justicia como necesidad básica, sea bien de todos los habitantes de la Argentina. Vemos así en este acto de gestión, empleando los términos constitutivos de nuestra República, un esfuerzo más con el objeto claro de afianzar la justicia.

Por eso entonces, nos produce una gran satisfacción el hecho de poder inaugurar este espacio como directores y esa satisfacción se debe, entre otras circunstancias, a que se trata de un espacio que apreciamos como valioso en el marco de una tendencia a brindar a la sociedad toda la información indispensable y útil para la plena vigencia de sus derechos.

Nuestra idea es lograr un espacio plural y federal. Por ello hemos convocado a juristas de diversas tendencias e ideas y de distintos puntos del país, para tratar temas relativos a una de las ramas del conocimiento jurídico que tiene una importante base normativa en la Constitución Nacional, como es el Derecho del Trabajo.

La nota principal que es necesario resaltar del Derecho del Trabajo es que estamos frente a un derecho de fuerte contenido protectorio, como lo establece imperativamente y con énfasis el artículo 14 bis de nuestra Ley Fundamental: "El trabajo, en sus diversas formas, gozará de la protección de las leyes…". Y el destinatario principal de esa protección es el "traba-

jador", a quien dichas leyes deben —según el mandato constitucional— asegurar un nutrido conjunto de derechos. Pero él no se encuentra sólo en ese marco protectorio sino junto con otros trabajadores, ya que la misma norma de la Constitución presupone que gozará de protección también en la medida en que integre un "gremio" y para ese colectivo prevé derechos específicos.

Junto a la Constitución, como es sabido, se encuentran numerosos instrumentos normativos que reglamentan los derechos que aquélla prevé: leyes, estatutos, convenios, etc., que forman una especie de abanico para comprender las numerosas situaciones jurídicas que se presentan o pueden presentarse y regularlas según la orientación de la norma superior.

Pero ese conjunto de normas de diversa jerarquía no se presenta como única fuente de derechos y deberes, sino que coexiste con otras fuentes como son las que provienen de su aplicación e interpretación por los operadores del sistema. Y precisamente la interacción de las diversas fuentes genera de manera incesante inquietudes en el pensamiento de los especialistas, el cual, al quedar plasmado en artículos y monografías, da lugar a la "doctrina" que enriquece el dinamismo del orden jurídico. La doctrina recoge, en definitiva, el pensamiento jurídico que se elabora de modo permanente alrededor de las normas, las conductas que llevan a su aplicación cotidiana y la interpretación judicial. Ello hace que se trate de un complemento indispensable del sistema normativo, porque permite determinar sus alcances y proyectar el futuro.

El tema que se desarrolla —precisamente con trabajos de calificada doctrina— en esta primera publicación de Derecho del Trabajo es el de la "tercerización", tema cuyo abordaje desde distintas perspectivas muestra, con elocuencia, su actualidad y la necesaria reflexión a que invita, si lo apreciamos con la mirada puesta en las herramientas que el sistema pone en cabeza del trabajador para el cumplimiento pleno de sus derechos.

Confiamos en poder contribuir, con el material que presentamos, al debate que la sociedad en general espera sobre los aspectos que hacen a la construcción de un futuro con paz y justicia social.

Los directores

Índice general

Doctrina P. 1

Tercerización, descentralización productiva y Derecho del Trabajo, por EDUARDO ÁLVAREZ . . . . . P. 3

Apuntes para una reforma del art. 30 L.C.T, por GUSTAVO A. CIAMPA.. . . . . P. 19

Transformaciones productivas e identificación del empleador. El empleador plural o múltiple, por JUAN A. CONFALONIERI . . . . . P. 35

Tercerización, por LUISA G. CONTINO. . . . . P. 65

La asociación de empleadores en la apropiación del trabajo, por RICARDO J. CORNAGLIA. . . . . P. 91

La tercerización laboral y el art. 30 de la L.C.T, por GRACIELA L. CRAIG y RICARDO D. HIERREZUELO. . . . . P. 119

Consideraciones sobre la extensión de responsabilidad por tercerización a partir de los fallos del Máximo Tribunal Nacional, por MARIO S. FERA . . . . . P. 139

Contrataciones y subcontrataciones, por JUAN C. FERNÁNDEZ MADRID. P. 155

Derecho del trabajo y procesos de tercerización, por RICARDO A. FOGLIA P. 165

Cuando la subcontratación es pura y simple intermediación, por JOSÉ D. MACHADO. . . . . P. 175

La tercerización y las técnicas de protección. Cuestiones procesales en los reclamos por solidaridad, por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI . . . . . P. 185

Breve análisis del trabajo tercerizado y la responsabilidad solidaria en relación con el sistema de la seguridad social, por PATRICIA ROSSI y JAVIER B. PICONE P. 205

La interposición en el mercado laboral de las cooperativas de trabajo, por ANA M. SALAS . . . . . P. 225

La metamorfosis de la responsabilidad, por GABRIEL TOSTO. . . . . P. 251

Proyectos legislativos P.305

Proyecto de ley sobre Subcontratación y Delegación. Modificación del art. 30 e incorporación del art. 30 bis de la L.C.T. . . . . P. 307

Novedades P. 313

Novedades Jurisprudenciales P. 315

Ingegnieros, M. Gimena c/ Techint S.A. Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial. (C.Nac.A.Trab., Sala V, 02/02/2012) . . . . . P. 317

Novedades Legislativas P. 319

Derechos en el nuevo régimen de trabajo agrario, por R. FEDERICO SILGUERO CORREA . . . . . P. 321

Fuentes citadas P. 331

Índice Temático P. 343

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en:
www.infojus.gov.ar

Doctrina

Tercerización, descentralización productiva y Derecho del Trabajo

por **EDUARDO ÁLVAREZ**[1]

I | Introducción. Conceptos. Desafíos y Verdades

Un fantasma recorre el mundo. El fantasma de la descentralización productiva. El Derecho del Trabajo ve conmovido uno de los conceptos básicos, sobre los cuales se estructuró como sistema regulador de las relaciones laborales: el concepto de empleador. La difundida y tradicional definición de la persona jurídica para la cual se prestaba el servicio, se realizaba la obra o se ejecutaba el acto, en el marco de la dependencia, como nota esencial, ha sufrido, al menos en el terreno fáctico, un sismo que se expande sobre aquel otro concepto, el de la empresa, más abarcativo, pero no menos esencial.

Nuestra disciplina, como lo hemos recordado en varias oportunidades[2], nació y evolucionó en su lógica de protección en torno del modelo "tayloristafordista" de organización productiva, que podría resumirse al extremo, afirmando, en un ejercicio de simplificación, que consistía en la integra-

(1) Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Ex- Juez Nacional de Primera Instancia del Trabajo, Profesor de Derecho del Trabajo de grado y post Grado. Profesor Invitado de la Universidad Complutense de Madrid; Profesor Invitado de la Universidad de Columbia EEUU, integrante del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, conformado por el Sr. Ministro de Trabajo de la Nación; autor de diversos libros y publicaciones de la especialidad, integrante del Comité Ejecutivo de la Revista Derecho del Trabajo de la Editorial La Ley.

(2) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, *Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina*, Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2008, p. 154.

ción, en un mismo ámbito, de todas las actividades y funciones necesarias para la realización de los productos o servicios. La empresa aparecía como una realidad tangible identificada con el resultado, en el que residía su finalidad lucrativa y estaba pensada como una organización vertical, en la cual la producción se llevaba a cabo en lo que se denominó "ciclo completo" y que reunía todas las etapas necesarias para convertir la materia en el bien que se entregaba al mercado[3].

En esta tipología, que fue dominante no sólo en los albores del modelo capitalista, sino incluso en su desarrollo ulterior, constituyó un dato de la realidad trascendente para el diseño de un ordenamiento de regulación y tutela que tenía sujetos claros, identificables y en el que nadie dudaba cuál era el empleador y para quién trabajaba, en un proceso que, generalmente, se desarrollaba en su totalidad en un ámbito espacial determinado que constituía su escenario.

Esta modalidad, que se encontraba íntimamente vinculada a la evolución tecnológica correspondiente al período dilatado de que se trata, hizo emerger, como infraestructura dominante, un Derecho del Trabajo que ahora, desde el presente, denominaríamos tradicional y en el cual la tercerización era excepcional y se limitaba a aquellas tareas que se denominaban de "periferia", no esenciales y que se caracterizaban por su accesoriedad en el proceso de producción (limpieza, vigilancia, etc.).

La realidad descripta, la situación de tercerización pudo ser encauzada con eficacia con la creación de la figura del "contratista", "subcontratista" o "intermediario" que, disipada la común situación de fraude, fueron pensados jurídicamente como entes autónomos, que asumían riesgos propios, disponían de infraestructura, constituían una empresa en sí y contaban con un plantel de trabajadores dependientes, sin una vinculación

(3) Ver, al respecto, la interesante y profunda descripción llevada a cabo por Juan Rivero Lamas, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, en su informe en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de España, Zaragoza 28 y 29 de mayo de 1999, publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 28, p. 20 y ss.

contractual directa con aquello que se suele denominar, con imperfección, "el principal"[4].

Las disposiciones legales referidas a la situación de referencia, tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado, de origen continental, tuvieron como elemento común la exigencia al empleador que tercerizaba de determinados deberes de conducta, como ser la comprobación del cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social y, en su caso, la imposición de responsabilidad solidaria, en aquellos supuestos en los cuales no se daba la hipótesis de excepcionalidad de la tercerización y esta se proyectaba o avanzaba sobre actividades esenciales de la empresa. El art. 42 del Estatuto de los Trabajadores Españoles y el art. 30 de nuestra Ley de Contrato de Trabajo, son la ejemplificación cabal de lo dicho.

En síntesis, el diseño histórico tradicional del Derecho del Trabajo se basó en la ya aludida estructura "Taylorista-fordista", para la cual la tercerización devenía periférica, lateral y cuando se salía de cauce, ya fuera por avance sobre la actividad principal o por fraude, originaba una respuesta de extensión de responsabilidad por medio de la generalización legal de la solidaridad pasiva[5].

Pero lo cierto es que la economía, nos guste o no, se ha transformado, con una lógica de mercado que nos obliga a repensar el esquema de protección del trabajador. Nuestro desafío como juristas reside en desarrollar

(4) Ver, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 154.

(5) Tal como lo advirtiera al dictaminar en el Fallo Plenario Nro. 323 en autos "Vázquez María Laura c/ telefónica de Argentina S.A. y otros s/ Despido" nuestra disciplina por motivos diversos e imaginables, que sería ocioso, reseñar ha tenido que lidiar con conductas, en su mayoría teñidas de antijuricidad, tendientes a desplazar el lugar del empleador por interposición de personas y a lograr que éste se transforme en un concepto desdibujado. Más allá de su genérico tratamiento común por razones históricas que he criticado y que se han difundido, tanto en la doctrina como en los documentos internacionales, no debe confundirse, desde el punto de vista científico, la tercerización y la descentralización productiva con la intermediación propiamente dicha. Sobre este último aspecto, nuestro país, y sin perjuicio de los avatares legislativos, ha seguido la posición de la Organización Internacional del Trabajo y el art. 29 de la Ley de Contrato de Trabajo optó por considerar que todo trabajador contratado por terceros con vista a ser proporcionado a una empresa, fuera considerado empleado directo de quién utilizase la prestación, estableciéndose una responsabilidad solidaria, cualquiera fuere el acto o estipulación fijado entre las partes. Es oportuno recordar, asimismo, que la Ley 24.648 ratificó el Convenio Nro. 26 de la OIT sobre agencias retribuidas de colocación y que el Decreto 1694/06, que derogó al Decreto 342/92, reglamentó los arts. 75 a 80 de la Ley 24.013 y estableció un intenso control administrativo unido a la solidaridad pasiva dispuesta por la ley.

esfuerzos creativos para mantener la tutela del dependiente y que no se convierta en una víctima de un proceso que ya no se puede encauzar en una normativa como la nuestra, que no está pensada para la segmentación productiva. El modelo de producción integrada ha sufrido una "explosión", originada por diversos factores. Rivero Lamas alude a un panorama en el que no fueron ajenas las crisis y los adelantos tecnológicos que impusieron cambio de las estrategias de organización con el objetivo de hacer frente a las mutaciones del mercado y a la necesidad de obtener ventajas competitivas. Lo esencial residió en la fragmentación del ciclo productivo y en la búsqueda de una diferencia competitiva a partir de lo que se ha denominado "competencias nucleares". La empresa ya no integra todo el ciclo en un espacio determinado y se limita a producir lo básico de su actividad y a externalizar (léase tercerizar) todas aquellas tareas que antes llevaba a cabo, aunque no sean una mera periferia. Se trata de lograr unidades productivas "escuetas", con redituabilidad intensa e imponer una estrategia organizativa basada en la subcontratación de todo aquello que no sea lo central. La utilización de este sistema organizativo hizo posible la reducción de la mano de obra y desplazó funciones que se llevaban a cabo en el seno de una misma empresa para contratarlas en un mercado que las ofrecía a mejor precio y que simplificaba la gestión. Se difundió aquello que fue dado en llamarse un "adelgazamiento de las estructuras organizativas", con el fin de lograr una redimensión y reducir el tamaño de infraestructura, no identificable con la rentabilidad, hasta el límite de las ya aludidas competencias básicas.

Aquello que el Derecho del Trabajo consideraba excepcional (el abastecimiento externo, la extrernalización, la tercerización) se convierte casi en una regla, sobre todo en los grandes emprendimientos empresarios y nuestra normativa, pensada para la subcontratación periférica sufre una crisis de falta de adaptabilidad que influye en su eficacia protectoria del trabajador. La expresión anglosajona "outsourcing", que terminó identificándose con el concepto mismo de tercerización, nació para describir la provisión externa de servicios informáticos, que se contrataban a empresas auxiliares, y el hecho de que ahora, en la ciencia del derecho, se utilice ese término para aludir a cualquier tipo de obtención de servicios, es una cabal demostración de cómo se ha difundido la producción en red[6].

(6) El tema ha sido tratado con profundidad por JESÚS CRUZ VILLALÓN en "Outsourcing y relaciones laborales" publicado en *Descentralización Productiva y Nuevas formas organizativas*

En aras de resumir en una definición didáctica el concepto de descentralización y sus variados sinónimos (tercerización, externalización, outsourcing, triangulación externa, organización centrífuga, etc.) podríamos afirmar que se trata de una nueva forma de organizar el proceso productivo basada en una técnica de gestión que consiste en contratar a empresas externas (que obran como proveedores), las múltiples facetas o actividades de la empresa, que exceden el concepto de periferia al que ya hiciera referencia.

Tal como lo señalara en el "Informe sobre el Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina", redactado por el Grupo de Expertos, que tuve el honor de integrar en el marco de la Resolución Nro.520, suscripta el 1 de julio del 2005[7], se configura así un sistema por el cual las empresas sólo conservan lo que podríamos denominar "la competencia nuclear", delegando en otras empresas aspectos de la producción que completan el resultado final. Se utiliza, entonces, la metáfora informática de "producción en red". El producto final ya no es un epílogo de toda una actividad organizada con unidad de gestión en un ámbito geográfico determinado, sino el resultado de la interrelación de varias empresas "magras", más allá de sus posibles dimensiones diferenciadas. En algunas facetas de la realidad económica ha sido tan intensa la descentralización que se ha llegado a sostener la posible existencia de "empresas dependientes"[8], lo que para un orden de saber clásico sería una inadmisible contradicción.

Pero lo significativo, lo que nos lleva a la necesidad de un replanteo científico, reside en que este nuevo paradigma productivo que comienza a imponerse, concierne al ejercicio por parte de los titulares de la empresa, de los derechos que emergen de su propiedad y de la libertad de organización empresaria que el dominio implica y, por lo tanto, no nos encontramos siempre frente a una maniobra ilícita o motivada por una teleología fraudulenta. Si así fuera, y se hubiese generalizado una triangulación para

del Trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llevado a cabo en Zaragoza los días 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 28, p. 251 y ss.

(7) Ver, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 155 y ss.

(8) Sobre este tema y sus implicancias, son ilustrativos los razonamientos de ALAIN SUPIOT, en el famoso Informe, *Trabajo y Empleo: Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo Europeo*, Ed. D. Teoría, 1999.

afectar la responsabilidad por interposición de personas o de empleadores aparentes, todo sería más fácil de desactivar y sería suficiente el ordenamiento protectorio clásico. En verdad, nos hallamos, reitero, frente a una nueva técnica de gestión empresaria, motivada por el afán de lucro y si no nos hacemos cargo de que se ha producido un cambio, dejaremos fuera de la tutela situaciones que no se remedian desde la antijuridicidad, sencillamente porque ésta no puede conceptualizarse como tal. No existe una norma que prohíba a un empresario tercerizar la mayoría de las actividades que requiere el producto final, aún asumiendo la responsabilidad solidaria, pero esta situación, que surgiría de la aplicación de normas tradicionales no es ya suficiente protección para la pluralidad de situaciones que se dan en la producción en red y que afectan, entre otras cuestiones, la estabilidad, la igualdad de trato, la representación sindical, etc.

Martín Valverde y Juan Rivero Lamas[9] sostienen, en términos que serían trasladables a nuestro derecho positivo, que la tercerización es en sí un fenómeno económico que remite al derecho del titular de la unidad productiva a elegir su técnica de gestión y se vincula con el derecho de propiedad y de libertad de empresa, consagrado por las normas constitucionales, lo que impediría una censura jurídica por el mero hecho de externalizar, aspecto en el que ha insistido Jorge Rodríguez Mancini[10]. Esta circunstancia es, precisamente, la que nos obliga a ser creativos porque, en definitiva, se trata de pensar cómo mantener la lógica de protección, frente a un nuevo modelo que se impone en los hechos y al que no podemos descalificar desde el lugar de la ilicitud y que ocasiona situaciones colaterales que, en líneas generales, desestructuran e incluso lesionan la posición de los trabajadores.

Alain Supiot[11] fue uno de los primeros en advertir que esta tipología de subcontratación centrífuga genera problemas de naturaleza muy diferente que todavía no están muy bien resueltos, además resaltó que la externalización de actividades anteriormente realizadas en el seno de una empresa, siempre descartando hipótesis de fraude, tiene consecuencias evidentes para los trabajadores implicados que no encuentran solución

(9) Ver, op. cit. en nota 2, p. 25 y ss.

(10) Rodríguez Mancini, Jorge (director), *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, tomo I, p. 283.

(11) Supiot Alain, op. cit. en nota 7, p. 59.

adecuada en las normas tradicionales que se ciñen a la responsabilidad patrimonial y aludió al carácter insuficiente y limitado de la protección con la que se cuenta, en relación a lo multifacético del fenómeno.

Lo difícil y a su vez lo atrayente, reside en remediar las consecuencias que trae aparejada la "subcontratación lícita" y, quizás, nuestro privilegio como generación resida en esta exigencia de esfuerzo imaginativo para mejorar esquemas de encauce y tutela en un punto de inflexión de cambio, que no nos está dado conjurar en los hechos. Se ha dicho, con acierto, que la persistencia de la descentralización productiva, evidencia la búsqueda de mayor eficacia y rentabilidad en el funcionamiento de la empresa en un entorno competitivo y complejo, no obstante, en lo que hace a la posición de los trabajadores, se reducen notablemente la seguridad, la estabilidad, y las garantías de igualdad que el ordenamiento protectorio ha tratado de imponer, partiendo de un modelo de trabajo subordinado a tiempo completo y en una misma empresa[12].

No se puede ignorar, como lo destacara con lucidez Daniel Martínez Fons[13], que la tercerización puede ser objeto de un doble uso: como técnica de gestión estratégica para adaptar las estructuras de las empresas a los cambios económicos y, a su vez, como arma de flexibilización externa que conlleve reducciones de plantillas, traslados de costos y difusión de formas contractuales que desplacen la imperatividad legal y en las que se admita una autonomía de la voluntad más plena con lo ficcional que esto implica en un mundo cercado por el desempleo, el trabajo clandestino y la exclusión.

A esta altura de la exposición y en relación con lo señalado, cabe descartar interpretaciones ingenuas o alejadas de la realidad concreta y tangible porque en países como el nuestro, más allá de la evolución positiva, tanto legal como jurisprudencial, del Derecho del Trabajo en los últimos años, es importante deslindar lo que podríamos llamar la "verdadera externa-

(12) Ver, op. cit. en nota 2.

(13) Fons Martínez, Daniel, "Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de cesión ilegal de trabajadores", en *Descentralización Productiva y Nuevas formas organizativas del Trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Serie Relaciones Laborales, Núm. 28, p. 121 y ss.

lización" emergente de una lícita opción empresaria, de la utilización de empresas "pantalla" entre el trabajador y la empresa, como práctica de "fraude social", muy difundido, tal como se detectara en el ya citado "Informe sobre el Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales "[14] .

Hago esta afirmación última porque en la Argentina sigue configurándose un alto grado de incumplimiento de la normativa laboral en todos sus planos y el análisis de estadísticas, que hemos actualizado el 30 de noviembre del 2011[15], permite concluir que existe una actitud muy difundida de recurrir a la tercerización para disminuir responsabilidad utilizando la técnica de interposición de personas jurídicas que son sólo apariencia de empresas prestadoras de servicios, meras ficciones insolventes. En el 72,9% de expedientes tramitados ante la Justicia Nacional de Trabajo y en los cuales se controvertía la intermediación y/o se invocaba la responsabilidad del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, se frustró el reclamo hacia el contratista o subcontratista por razones vinculadas a la solvencia de estos. De ese 72,9%, el 33,2% se vio afectado por el concurso o quiebra del coaccionado contratista o subcontratista y en los otros casos, no afectados por vicisitudes patrimoniales, sólo en el 6,3% de los conflictos el contratista fue el que abonó el monto de la condena ante una responsabilidad solidaria declarada en la sentencia definitiva. Los números reseñados producen cierta perplejidad y son demostrativos, como ya lo advirtiera[16], de la subsistencia de una grave patología teñida de antijuridicidad, que genera un clima de confusión cabal en relación con la externalización legitima, proveniente de un nuevo modelo productivo[17].

(14) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, ob, cit. en nota 1, p. 157.

(15) Estadísticas elaboradas en el marco del "Grupo de Estudios de Derecho del Trabajo" que dirijo.

(16) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 157.

(17) Esa patología no se presenta, obviamente, solo en nuestro país. Es interesante señalar que el periódico New York Times, publicó un interesantísimo artículo de denuncia titulado "En india todos esquivan las leyes laborales con el outsourcing", explicando con cifras cómo bajo la forma de un cambio en la organización productiva, se utilizó la externalización para precarizar las condiciones de labor. Este medio, que no puede ser sospechado de progresista, en su sección económica del 10 de diciembre del 2011, describió como se estaba generalizando en el mundo la desviación de la tercerización legítima y son ilustrativas las estadísticas que publica acerca de que en India el 89% de la producción se lleva a cabo con empresas que cuenta con menos de 10 empleados y en Italia ha llegado al 26%.

Lo que quiero enfatizar es que no debemos ser partícipes de discursos supuestamente modernos que hacen todo por convencernos acerca de que toda externalización proviene siempre de un cambio de paradigma y tratan de legitimar, sin ver matices, conductas ilícitas y reprochables que sólo tienden a licuar la responsabilidad y a desplazar el garantismo legal. Al menos en nuestro país, la experiencia judicial agobia con casos de descentralización poco seria hacia empresarios de sí mismos, que no cuentan con otro patrimonio que una oficina alquilada y un escritorio; y creeré en que ha llegado un cambio profundo y generalizado del paradigma productivo cuando vea que un subcontratista condenado solidariamente con el empresario que terceriza, se adelanta a pagar lo debido ante una intimación judicial en etapa de ejecución.

Pero esta observación no significa que, como hombres de ciencia, no veamos que hay modificaciones trascendentes en la gestión empresaria, como las ya reseñadas, y que concurren en la realidad cotidiana nuevas formas de organización legítimas, que debemos atender, aunque subsistan procederes desviados a los que estamos habituados en el Derecho del Trabajo. Sería negar la realidad y vaciar el contenido de la protección, no advertir que un cambio se cierne y seguir pensando nuestra disciplina como si el "taylorismio-fordismo" fuera la tipología productiva dominante y no estuviera en un lento agonizar. No nos dejemos engañar por los hechos ni por la experiencia local. Tomemos una sabia distancia. No partamos de la base de que todo obedece a una conspiración de los capitales lombrosianos y fraudulentos, pero tampoco veamos en toda descentralización una manifestación de la modernidad y del adelanto tecnológico generador de una eficacia a la cual todos aspiramos, pero en la medida en que no se financie con la desigualdad y la incertidumbre de los que trabajan.

2 | Efectos de la descentralización productiva

Más allá de las observaciones apuntadas y aún soslayando posibles utilizaciones patológicas de la técnica de gestión, el desplazamiento centrífugo de las etapas de producción incide en las relaciones laborales, creando situaciones no previstas con precisión que son aquellas que nos imponen

una perspectiva de adaptabilidad y que desactualizan algunos aspectos del régimen actual que, reitero, está pensado para la excepcionalidad de la subcontratación.

Una de las primeras consecuencias relevantes que trae aparejada la producción en red y la segmentación cabal de la actividad, reside en lo que llamé en alguna oportunidad la "atomización de la figura empleador" que, en parte, proviene de una desviación, una suerte de "no identificación", entre el contratante y el que recibe el fruto del trabajo que se lleva a cabo en un ámbito ajeno, en el que concurren diferentes empresas. Este hecho, genera que en un mismo ámbito y para la conclusión de un mismo producto final, confluyan distintos trabajadores, con diferente ámbito estatutario y un empleador disímil. Esa evanescencia del concepto antiguo de "principal" influye en el ejercicio de sus facultades, en particular las que hacen a la organización, dirección y potestades disciplinarias, que también deberían ser repensadas y eventualmente adaptadas, como bien se ha concluido en el X Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de España, llevado a cabo en Zaragoza los días 28 y 29 de mayo de 1999.

Sin minimizar las facetas sociológicas o psicológicas que emergen del distanciamiento entre el trabajo y su resultado, que exceden los límites de este artículo, lo que denominé "empleador inasible" y la pluralidad de empleadores en el epílogo de la realización de un bien, trae aparejado un impacto en la solvencia, frente a la difusión de pequeños emprendimientos, magros, que sólo aportan una fase que agota su presencia y que se lleva a cabo sin una infraestructura de respaldo que opere como patrimonio de garantía en su acepción amplia.
La descripción de marras me lleva hacia uno de los problemas más arduos de la descentralización, al que ya hice lateral alusión y que es el que se refiere a los conflictos de aplicación normativa que se originan, en especial por el quiebre del concepto de actividad y los problemas nacidos del mal llamado encuadramiento convencional[18]. Nos encontramos ante plurales ordenamientos jurídicos con un ámbito personal ceñido, aplicables a contratos de trabajos inherentes en un mismo *iter* productivo y se da esa realidad que tan bien resumiera Rivero Lamas[19], al aludir a la presencia de un

(18) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 159.

(19) Ver, Rivero Lamas Juan, op. cit. en nota 2, p. 36.

grupo reducido de trabajadores estables, vinculados por un contrato de tiempo completo, al que se unen diversos círculos de trabajadores inestables y de dependientes vinculados a otras empresas.

La multiplicidad de relaciones hace emerger otro problema no desdeñable: el de la discriminación. Digo esto porque se generan diferencias de trato muy ostensibles en el marco de un mismo esquema de producción, que, sin perjuicio de los matices interpretativos, podrían estar reñidas con los principios de igualdad tanto de carácter legal, como supralegal y constitucional. En este orden de ideas, cabe tener presente aquellos ordenamientos nacionales en los que existen normas que conceden ventajas a las empresas pequeñas, respecto de las que no son tales (descuelgue convencional, sistema diferenciado de vacaciones, etc.) y que pueden tornar más complejo el sustento normativo de una diferencia de trato[20].

La externalización, a su vez, redunda en un incremento muy considerable del trabajo autónomo y de esas zonas grises entre la dependencia y la autonomía propiamente dicha, con el riesgo que implica todo retorno a la autonomía de la voluntad en relaciones que tienen elementos ficcionales en lo que hace a la igualdad de poder jurígeno de negociación entre los contratantes. Esa atípica situación a la que Alan Supiot denominó "semidependencia"[21] ha dado lugar a distintas respuestas jurídicas según los países pero con un rasgo común, que tiene a la aplicación de las reglas genéricas del Derecho del Trabajo, aunque con un carácter selectivo y como ejemplo podríamos mencionar la Disposición Final 1 del Estatuto de los Trabajadores Españoles[22].

(20) Rodríguez Mancini, Jorge, op. cit. en nota 9, p. 290 y ss.

(21) Supiot Alain, op. cit. en nota 7, p. 42.

(22) En el orden de ideas reseñado no es ajeno al nuevo paradigma productivo las reglamentaciones específicas de los derechos nacionales en torno a los alcances de la autonomía y la subordinación. El Derecho Germánico, por ejemplo, diferenció tres clases de trabajadores autónomos, dos de las cuales abarcan a los que trabajan en virtud de un contrato de empresa (Werkvertrag) o, bien, sobre la base de un contrato de servicios libre (freier Dienstvertrag); la tercera clase, tal vez la más atractiva, incluye a las "personas asimilables a los asalariados" que son lo que se desempeñan en el marco de un servicio libre o de un contrato de empresa pero para un receptor de la tarea del que dependen económicamente y a estas personas se les aplica algunas disposiciones del Derecho del Trabajo, como las concernientes a las vacaciones, los francos o algunos beneficios convencionales. En la misma tendencia se inscribe la concepción del Derecho italiano de la "parasubordinacion" que amplió la tutela a las relaciones de agencias y representación comercial en casos especiales de clara dependencia económica.

Este contexto, que rompe los enfoques tradicionales, produce, a su vez, un debilitamiento del interlocutor colectivo y, en el modelo sindical argentino, se proliferan las controversias de representación y encuadramiento, lo que torna ardua la negociación colectiva. En nuestro país se han detectado dificultades para la afiliación sindical de los trabajadores y las muy reducidas dimensiones de las empresas magras, no permite, en muchos casos, la existencia de delegados. La experiencia europea enseña acerca de los problemas que trae aparejada la producción en red en la concertación y se ha detectado que la negociación colectiva en las empresas pequeñas es menos frecuente y menos formal y sus contenidos se limitan a aspectos de "bajo perfil". Se ha intentado la constitución de unidades de negociación para grupos de empresa y se ha pensado en la posibilidad de constituir comisiones intersindicales(23), tema que, en nuestro derecho positivo y en el singular marco de las leyes 14.250 y 23.551, requiere un análisis específico y un esfuerzo hermenéutico de adaptación.

Otro de los problemas que lleva implícita la tercerización, no menos relevante, es el referido al deber de seguridad y a la prevención genérica de los infortunios laborales porque la ya mencionada "atomización de la figura del empleador", opera, en los hechos, como una licuacuación de la responsabilidad y se genera una incertidumbre acerca de quién es el que debe decidir e implementar las medidas para el resguardo de la salud psicofísica de los trabajadores. Adviértase que en la segmentación del proceso productivo concurren una pluralidad de empresas que ponen en conexión medios materiales que pueden incrementar los riesgos y que, en muchos supuestos, la tarea, obviamente, no se lleva a cabo en el ámbito geográfico del empleador que actúa como contratista o subcontratista. Se impone por lo tanto, la necesidad de una dinámica específica y la creación de un sistema normativo que, más allá de su fuente, prevea la participación conjunta y, eventualmente, establezca espectros de responsabilidad precisos(24).

(23) En España el tema origino un intenso debate jurisprudencial sobre lo que se denominaron las "unidades artificiales de negociación colectiva" frente a las "unidades naturales" y la contienda se proyectó sobre los requisitos de legitimación para negociar. Ver, al respecto, Rodríguez Piñiero, *Negociación Colectiva y Empresas en red*.

(24) Al respecto ha sido precursora la Directiva Marco 89/391 del ordenamiento español que, para las hipótesis de concurrencia en un mismo lugar de labor de trabajadores de varias empresas, impone a los plurales empleadores las obligaciones de coordinación e información mutua entre ellos, como muy bien lo evoca Jesús Cruz Villalón en La coordinación de acciones en materia de prevención de riesgos laborales de la empresas en red. En nuestro régimen y en

Por último, y en el esquema de que una empresa de estructura "Taylorista-fordista" mute su técnica de gestión y decida descentralizar, como ha acontecido en el último decenio en la realidad europea, el derecho se enfrenta con la situación jurídica y el destino de los trabajadores que ya estaban ocupados en aquellas actividades que, en adelante, van a ser prestadas por una empresa diferente. Es interesante la enumeración de "soluciones posibles" que efectúa Juan Rivero Lamas[25]: 1) Que los trabajadores no se consideren excedentarios, y no se los despida y que, en consecuencia, pasen a ocupar otros puestos en diferentes departamentos o sectores de la empresa, lo que, según los casos, puede dar lugar o a una movilidad funcional o a una modificación de las condiciones de trabajo, que corresponderá instrumentar de acuerdo a las previsiones de cada ordenamiento; 2) que no sea factible la recolocación de tales trabajadores y sea necesario plantear la extinción de los contratos, a cuyo efecto debería aplicarse un sistema protectorio singular, lo menos traumático posible (retiros incentivados, acuerdos específicos, etc.); y 3) que la empresa que descentraliza parte de su actividad ceda a la empresa proveedora los trabajadores ocupados en la tarea que antes cubría con personal propio, aunque este último supuesto, se vea atravesado, a mi modo de ver, por brisas de utopía o de fraude, sin desconocer la posibilidad de que se configure un grupo económico encuadrable, en nuestro derecho positivo, en las previsiones del art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo.

3 | Conclusiones y una mirada hacia el futuro

Las circunstancias reseñadas no deberían dejar duda alguna acerca de la desactualización del art.30 de la Ley de Contrato de Trabajo y de su insuficiencia para dar una debida protección al trabajador en el proceso de descentralización productiva, no sólo porque, como vimos, responde a un paradigma de producción que ha dejado de ser central en el modelo

el marco de la Ley 24.557, el tratamiento de la cuestión ha sido parca e insuficiente, en especial si se tienen en cuenta el carácter lateral de las alusiones a la tercerización en las Resoluciones 16/97; 839/2005 y 534/2008 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo de la Nación.

(25) Rivero Lamas, Juan, op. cit. en nota 2, p. 38.

económico, sino porque enfoca un aspecto limitado de las múltiples situaciones que se originan en la externalización[26].

A la litigiosa concepción de "actividad normal y específica propia del establecimiento", como causa de la solidaridad pasiva en la tercerización, que originó ríos de tinta, se une la dificultad que emerge de una forma de llevar a cabo la producción que dificulta más aún la conceptualización de lo que es esencial o inherente, ello sin soslayar que la norma sólo se refiere a las facetas patrimoniales para evitar una eventual insolvencia que impida la realización de los créditos alimentarios.

Resulta indispensable una modificación del ordenamiento, que, manteniendo los deberes de conducta con los que contratan o subcontratan, referidos a la exigencia del cumplimiento de las disposiciones laborales y de seguridad social, permita conceptualizar con claridad el eje de la responsabilidad y elucidar si la actividad que ha sido objeto de externalización resulta o no indispensable y si el objeto de la empresa podría llevarse a cabo si la tarea es asumida. En este orden de ideas, y tal como lo sugiriera en el "Informe sobre el estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina", podríamos inspirarnos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español y establecer que, para que se genere la solidaridad, será preciso concluir que la actividad contratada o subcontratada posee el carácter de "complementaria absolutamente esencial para el desarrollo de la principal" y que lleva a afirmar, para utilizar palabras del mismo órgano jurisdiccional, que "sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa" proyectan responsabilidad solidaria.

Como se habrá advertido, he soslayado la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la sentencia dictada el 15/4/93 en autos "Rodríguez Juan c/Compañía Embotelladora Argentina y otros" (Fallos 316:713), reiterada en numerosos pronunciamientos, no sólo porque su aplicación automática ha sido conjurada por una decisión ulterior del Alto

(26) Sobre este tema parecería existir consenso. Ver, al respecto, las conclusiones del ya citado "Informe sobre el estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina", op. cit. en nota 1, p.158 y ss.; CARCAVALLO, HUGO, "El artículo 30 de la Ley de contrato de Trabajo (Sus antecedentes, alcances y problemas)", *Revista de Derecho Laboral*, 2001-1, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 135 y ss., RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "Los alcances del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo" en *Revista de Derecho Laboral*, Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, p.157 y ss.

Tribunal en su actual composición[27], sino porque, en verdad, sólo cabría reconocerle importancia científica e histórica en lo que hace a un diagnóstico de no inclusión en el sistema del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, de aquellas subcontrataciones en las que subyace una descentralización productiva con autonomía, ya que la redacción algo atípica, visceral y dogmática resta solidez a una decisión que arriesga juicios no fácilmente aceptables, como el de "presunción de inconstitucionalidad" de las normas que imponen solidaridad pasiva (ver considerando 8) o esas alusiones a la trascendencia económica como elemento dirimente en la interpretación de las leyes, como si existiera un mercado con potestades supralegales[28].

Sin abandonar una lógica de protección hacia el trabajador, pero al nuevo fenómeno inevitable, es muy importante llevar a cabo una sistematización precisa de los llamados "contratos de empresa"[29], para deslindar de la responsabilidad en la descentralización cuando ésta se formalice por algunos de los negocios típicos (concesión, franquicia, distribución, "aprovisionamiento constante", agencia, etc.). Tengo dicho en otra oportunidad acerca de esta última faceta que el Derecho del Trabajo debería ser el que suma y haga suyo el replanteo del tema, para evitar que la cuestión se resuelva prescindiendo de la teleología de protección, en el ámbito de otras disciplinas, como ha ocurrido, como ejemplo con el proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, redactado por la comisión que se designó en el marco del Decreto 685/95, que estableció, de una manera simplista y dogmática, la inexistencia de relación jurídica entre los dependientes de una empresa y otra en los supuestos de subcontratación, sin reparar en matices ni tener en cuenta la experiencia que se infiere de las estadísticas reseñadas[30].

(27) Ver, sentencia del 22/12/2009, en autos "Benítez Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero SA y otros" Recurso de Hecho B.75 XLII (Fallos 332:2815).

(28) Ver, en una línea de pensamiento crítico, que he compartido, los razonamientos de Mario Ackerman, "Antes y Después de Rodríguez (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa)", *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2001-1, p. 191 y ss.

(29) Sobre este tema son interesantes las consideraciones y clasificaciones efectuadas por Ricardo Lorenzetti en El Fraccionamiento de la Responsabilidad Laboral, Revista de Derecho Laboral, Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2001-1, p. 113 y ss.

(30) En el mismo sentido, ver el informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 159.

En síntesis, es inadmisible un abandono dogmático de la responsabilidad solidaria y ninguna modificación de adaptabilidad debería pensarse desde esta perspectiva, en especial si se tiene en cuenta que su imposición puede generar seriedad en la elección del subcontratante, ante la viabilidad de acciones de regreso. Cabe resaltar en este esquema, que países con mayor difusión de la externalización cabal, como en Francia, España, o Brasil, mantienen la extensión de responsabilidad en las diversas formas de externalización, en particular en lo que hace a las deudas salariales[31]. En lo que hace a la diferencia de trato entre los trabajadores que concurren en la producción en red, es imaginable también la creación de una norma que imponga criterios de igualdad respecto de los empleados permanentes de la empresas "usuarias", como se ha difundido en algunos países como Canadá, México e incluso en los Estados Unidos.

Como se advierte, hay mucho por hacer desde la ciencia y la elaboración normativa. Los que nos hemos formado en un Derecho del Trabajo consolidado y hemos sido, por razones cronológicas, ajenos a su apasionante origen, vivimos una etapa de privilegio porque nos enfrentamos a un segundo nacimiento, que nos exige una capacidad creativa como la de los fundadores. Tal vez sea el momento de comprobar la eficacia y los límites de la teoría y pensar cómo proteger realmente al trabajador en los tiempos que corren. El fantasma que recorre el mundo no debería asustarnos como para abandonar el castillo del garantismo legal.

(31) Ver, el Informe VI "Trabajo en régimen de subcontratación" Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995 y la reseña de JORGE RODRÍGUEZ MANCINI en Los alcances del artículo 30 de la Ley de contrato de Trabajo", citado en nota 24, p. 168 y ss.

Apuntes para una reforma del art. 30 L.C.T.

por **GUSTAVO A. CIAMPA** [1]

El presente trabajo tiene por finalidad efectuar un breve raconto del abordaje que la normativa legal laboral ha efectuado de la tercerización, a partir de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) y sus posteriores modificaciones, y volcar a la discusión algunas reflexiones en torno a la necesidad de su reforma, las temáticas que la misma —a criterio del autor— debería abarcar, y el planteamiento de alternativas sobre el sentido que éstas deberían poseer.

Es preciso destacar que el tratamiento jurídico de la tercerización —o, mas bien, de la regulación jurídica de sus efectos— ha sido y continúa siendo una de las problemáticas mas polémicas en el Derecho del Trabajo.

A casi 38 años de la introducción en la LCT de la expresión "actividad normal y específica propia" —que, como veremos, fue introducida por el legislador de 1974 a distintos efectos que el que posee en la actualidad el texto legal que mantiene al respecto la literalidad dada a aquella por un bando dictatorial en 1976—, las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el alcance de aquella expresión continúan siendo ampliamente divergentes.

Las diferentes interpretaciones sobre la norma legal, que cubren un espectro que va desde una extrema restrictividad a una generosa amplitud,

(1) Abogado Laboralista; Asesor de Asociaciones Sindicales; Asesor de la Presidencia de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados de la Nación; Profesor Regular Adjunto en la Carrera de Relaciones del Trabajo de Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; Docente de Postgrado en diferentes Universidades; Expositor en Mesas Redondas, Jornadas y Congresos sobre Derecho del Trabajo; Autor de artículos y libros referidos al Derecho del Trabajo

no pueden atribuirse a un solo factor, sino más bien a una multicausalidad. Como natural y habitualmente ocurre en materia de derecho del trabajo, incide en ello la subjetividad de sus operadores, principalmente derivada de la concepción que se posea sobre esta rama del derecho. Cuenta también en ello el hecho de tratarse de una norma abierta, destinada a regular situaciones que la realidad presenta con infinidad de variaciones y matices —extremo que provoca una inevitable casuística—, lo cual exige un previo juicio de adaptabilidad a cada caso concreto llamado a analizar. No obstante, sin desmerecer los factores señalados, entendemos que la principal causa de las divergencias interpretativas es la escasa claridad del texto normativo y su insuficiencia para regular los efectos laborales derivados de la tercerización a la luz del mandato constitucional de proteger al trabajo en sus diversas formas.

Vale aclarar, previo a adentrarnos en el tratamiento de la temática, que todo cuanto es materia del presente se refiere a situaciones de contrataciones interempresarias legales, en las que el contratista es y ejerce las potestades que el régimen jurídico otorga al empleador; situaciones en que una empresa —que denominaremos "principal"— contrata en otra —que llamaremos "contratista"— la realización de tareas, servicios u obras que se vinculan con el proceso productivo o de servicio que aquella desarrolla; y el "contratista" realiza el objeto de la contratación valiéndose de sus propios medios materiales, inmateriales y personales. Lo que es llamado a regular en tales casos es de qué forma y con qué alcance se cumple la manda constitucional protectoria respecto de los dependientes del contratista abocados al objeto de la contratación interempresaria.

Por ende, quedan fuera de la situación bajo análisis los supuestos de fraude por interposición de persona, en los cuales la figura del empleador recae –con todas las consecuencias que de ello se derivan- en la empresa principal, no obstante las maniobras o figuras —dolosas o no— a las que las empresas hayan recurrido a fin de eludir la aplicación de la normativa legal al respecto. Tales situaciones de fraude o simulación encuentran respuesta jurídica en los diversos mecanismos antifraude que, con carácter genérico (arts. 13, 14 29 y c.c. L..C.T.) o particulares (arts. 27, 28, 101, 102 y otros LCT) prevé la Ley de Contrato de Trabajo.

1 | Los textos legales: Su evolución...

La LCT (aprobado por Ley 20.744) abordó la tercerización en su artículo 32, disponiendo:

> "Quienes contraten o subcontraten con otros la realización de obras o trabajos, o cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre para la realización de obras o prestación de servicios que hagan a su actividad principal o accesoria, tenga ésta o no fines de lucro, deberán exigir a éstos el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de la seguridad social, siendo en todos los casos solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado.
>
> Cuando se contrate o subcontrate, cualquiera sea el acto que le dé origen, obras, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, y dentro de su ámbito se considerará en todos los casos que la relación de trabajo respectiva del personal afectado a tal contratación o subcontratación, está constituida con el principal, especialmente a los fines de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo y de la representación sindical de la actividad respectiva."

Dos fueron las situaciones previstas por el legislador de 1974, y a cada una correspondía una diferente consecuencia normativa.

La primera de ellas se refería a los supuestos de tercerización de obras o servicios que hicieran "...a su actividad principal o accesoria..."; en cuyo caso la empresa principal era solidariamente responsable con el contratista o subcontratista por las obligaciones de éste con los trabajadores y la seguridad social. El empleador era el contratista o subcontratista, pero la empresa principal era, frente a los trabajadores y la seguridad social, solidariamente responsable con aquél.

La segunda situación que la norma preveía era la de la contratación o subcontratación de obras, trabajos o servicios "...correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, y dentro de su ámbito..." ; en cuyo caso atribuía el carácter de empleador directamente a la empresa principal.

Este segundo supuesto no limitaba la regulación de sus consecuencias a la responsabilidad solidaria de la empresa principal, la ley establecía de manera directa que la relación laboral de los trabajadores afectados a la contratación o subcontratación "...está constituida con el principal".

La LCT partía de la premisa de que la contratación o subcontratación de "obras, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, y dentro de su ámbito" constituía una situación de fraude por interposición de persona y, por aplicación de un mecanismo antifraude —necesario en cualquier normativa laboral— atribuía el carácter de empleador a la empresa principal.

La Exposición de Motivos bajo la cual fue remitido el proyecto de LCT al H. Congreso de la Nación decía al respecto que "El artículo 32 contempla el caso de la contratación, que es necesariamente distinta de la prevista en el art. 31 (nota del autor: actual 29). No se prohíbe la contratación y subcontratación, siempre que la misma fuese real. Si mediase simulación (caso del art. 14), la interposición jurídicamente es inexistente, pero para los casos reales se ha extendido la protección no sólo a los contratos de segundo, tercer y ulterior grado, sino que se lo ha llevado a la cesión total o parcial del establecimiento, para la prestación de servicios o realización de obras, que constituyan el objeto principal o accesorio de la actividad de quien ocupe trabajadores en esas condiciones, asignando al empleador principal y al de segundo o ulterior grado responsabilidad solidaria. No se admite la subcontratación si de ello se deriva afectación de la unidad de ejecución del artículo 6°".

Además, la configuración legal de la relación laboral entre la empresa principal y los trabajadores, definía los encuadramientos sindical y convencional. De tal forma, era la entidad sindical que quien tuviera la representación colectiva de los dependientes de la empresa principal quien tenía dicha representación de los trabajadores abocados —mediante in-

terposición fraudulenta del contratista— a la actividad normal y específica propia de la principal, ésta resultaría de aplicación a éstos la misma convención colectiva de trabajo —al igual— que al resto de los dependientes de la principal. Ambas respuestas normativas guardaban absoluta lógica y coherencia con la atribución de la existencia de relación de dependencia entre dichos trabajadores y la empresa principal.

Sólo un año y medio tuvo de vigencia la LCT (t.o. 1974) —que se había plasmado bajo un régimen democrático, con amplio apoyo popular y funcionamiento pleno de las institucionales de la Constitución Nacional— cuando arrebatadas éstas por la dictadura militar dictó la mal llamada Ley 21.297 que afectó, a través de 25 derogaciones y 98 modificaciones peyorativas, 123 de los 301 artículos que poseía aquella.

El otrora artículo 32 fue uno de los modificados *in pejus*, que en la nueva numeración (t.o. 1976) quedó como artículo 30.

Dicha modificación suprimió la atribución del carácter de empleador a la principal, cuando la contratación o subcontratación fuera de trabajos, obras o servicios que hagan a su actividad normal y específica propia y dentro del establecimiento, eliminó toda regla atinente al encuadramiento convencional y sindical de los trabajadores a ello asignados, y limitó la responsabilidad solidaria del principal —antes prevista para los supuestos en que la contratación o subcontratación recayera sobre su actividad principal o accesoria— sólo a los supuestos en que aquella correspondiera a su actividad normal y específica propia.

El texto que surgió de la dictadura —y de los técnicos que colaboraron con ésta para la degradación de la LCT— se mantuvo vigente hasta 1998, y decía:

> "Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

> En todos los casos serán solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado."

No obstante posteriores modificaciones que tuvo el artículo 30 de la LCT en otros aspectos, es de resaltar que hasta la actualidad el concepto sobre el cual pivotea la responsabilidad solidaria de la empresa principal es el de "actividad normal y específica propia" y es ésta la expresión que, pese al tiempo transcurrido, sigue generando grandes discusiones y debates, ya que de lo que se entienda por tal dependerá la existencia de responsabilidad o de impunidad de la empresa principal.

Bajo el auge del neoliberalismo de la década del '90 y su política de flexibilización en materia laboral, se buscó y en gran medida logró una nueva vuelta de tuerca en la degradación de los derechos laborales. Uno de sus instrumentos fue promoción de legislación que profundizaba la desigualdad negocial y la hiposuficiencia del trabajador en beneficio de las empresas, y particularmente de las grandes.

El "leitmotive" de toda la legislación de los '90 puede encontrarse en uno de los párrafos del Mensaje de Elevación n° 1740 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional elevó al Congreso de la Nación, en agosto de 1993, un proyecto de ley de reforma laboral, que no llegó a ser sancionado. En el mismo se afirmaba que "La realidad socioeconómica se ha encargado de deslegitimar el ordenamiento jurídico laboral como medio idóneo para realizar sus efectos de justicia social.".

Fue bajo esa línea directriz que se buscó destruir los pilares del derecho del trabajo —que por historia y por esencia es una conquista de los trabajadores para protegerse (no otra cosa implica "principio protectorio") en sus intereses frente a sus patrones ante la desigualdad de poder negocial—, y todas sus modificaciones se encontraron dirigidas a convertir a esta rama del derecho, bajo la declamación de que no era idónea para consagrar la justicia social, en una herramienta a favor de la satisfacción de los intereses empresarios.

Esta transformación del derecho del trabajo afectó numerosas instituciones tanto en materia de derecho individual como de de derecho colectivo.

En orden a la tercerización, y sin perjuicio de una propuesta contenida en el mencionado proyecto de agosto de 1993, que no llegó a convertirse en ley –que proponía que no se aplicaría la regla de la solidaridad de la empresa principal "...cuando exista una relación entre empresas que suponga una segmentación del proceso de producción o comercialización, ni cuando se cedan, contraten o subcontraten actividades accesorias o complementarias, siempre que no exista la posibilidad de que en una de las empresas se ejerzan las facultades de organización y dirección sobre los trabajadores de la otra."-, el artículo 30 fue modificado a través de la Ley 25.013 (1998) buscando restringir aún mas los supuestos que conforme el t.o. 1976 generan la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

El texto surgido de dicha reforma, que dejó inalterado el primer párrafo y sustituyó el segundo, dice:

"Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones; copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.

Las disposiciones de este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250".

Sin perjuicio de que la intención del legislador de 1998 fue limitar los supuestos que derivan la responsabilidad solidaria de la empresa principal a aquellos en no hubieran exigido a su contratista la información y documentación contenida en su segundo párrafo (CUIT de cada trabajador, constancia de pago de remuneraciones, copia de los comprobantes de pago a la seguridad social, una cuenta corriente y cobertura de ART) —intención que surge de su Mensaje de Elevación—, el análisis integral de la norma impide interpretarla con tales limitaciones. Ello por cuanto no ha sido modificado su primer párrafo que refiere genéricamente al "adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social" y en el segundo párrafo se incorporó el adverbio de cantidad "además", que denota que las exigencias formales no limitan sino que se agregan a la genérica del párrafo anterior.

2 | La C.S.J.N. y el paradigma laboral

Nos parece de sumo interés a los fines del presente señalar la evolución que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno al art. 30 LCT, que, como será fácil advertir, se enmarca en la más amplia concepción que el Alto Tribunal ha tenido acerca del Derecho del Trabajo y, principalmente, de la posición del trabajador en el entramado jurídico y social.

El 15 de abril de 1993 la C.S.J.N. dictó sentencia en los autos "Rodríguez, Juan R. c/ Cía Embotelladora Argentina S.A. y otro", efectuando una interpretación restrictiva del art. 30 LCT. Tal interpretación fue posteriormente ratificada en sucesivos fallos (entre otros, "Luna", "Gauna", Farace", "Sandoval") del Alto Tribunal, todos ellos en su composición previa al recambio de integración operado a partir del año 2003.

El paradigma en función del cual la C.S.J.N. interpretó restrictivamente el art. 30 de la LCT surge con meridiana claridad de los Considerandos del fallo "Rodríguez c/ Compañía Embotelladora".

En el Considerando 7º) del voto mayoritario de los Dres. Ricardo Levene (h), Mariano A. Cavagna Martinez, Antonio Bogiano y Rodolfo Barra, dice la Corte que "...la solución del presente caso puede contribuir al desarrollo del derecho sobre la materia, en la que están involucradas modalidades de contratación comercial que posiblemente tendrán considerable trascendencia para la economía del país. La cuestión a decidir reviste, por tanto, significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional...", en tanto que en el Considerando 9º del mismo voto se resalta que "...esta finalidad económica de la referida contratación comercial se frustraría si el derecho aplicable responsabilizase sin más a los concedentes por las deudas laborales de las concesionarias, con perjuicio para la economía nacional por las indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones, en contratos de este tipo." (Considerando 9º).

Como puede apreciarse, para aquella Corte Suprema la lógica economicista primaba y las necesidades del mercado eran preponderantes, a ellas quedaban supeditados todos los otros bienes, y los niveles de protección al trabajador pasaban a un plano inferior siendo desactivados —o minimizados— en cuanto pudieran afectar aquellas "necesidades".

La prevalencia de la economía neoliberal sobre el derecho social quedaba patentizada, imponía sus reglas y todo —incluido el trabajador, sus derechos y necesidades— debía tributar al mercado.

El cambio de composición de la C.S.J.N. iniciado en el año 2003 llevó a un cambio de paradigma.

Los fallos dictados por la nueva composición del Alto Tribunal en materia laboral, a partir de septiembre de 2004, resultaron elocuentes al respecto ("Aquino", "Vizzoti", "Milone") y marcaron un sendero que fue continuado por la Corte hasta la actualidad ("Perez", "Alvarez", "Pellicori", entre otros).

En contraposición al criterio de la anterior integración de la CSJN —criterio economicista que supeditaba la protección del trabajador a las reglas

del mercado— la Corte Suprema de Justicia en su actual composición ha sido enfática en resaltar que el trabajador es sujeto de "preferente tutela constitucional" remarcando reiteradamente que "el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad ".

Es en este marco filosófico y jurídico que deben evaluarse las sentencias dictadas por la CSJN —en su actual integración— respecto al art. 30 LCT. Si bien no ha fijado posición doctrinaria acerca de la interpretación y alcance de la norma legal, claramente ha desactivado la pretendida doctrina de la anterior integración del más alto tribunal.

A partir de la sentencia dictada el 18 de octubre de 2006 en el caso "Paez", la C.S.J.N. consideró que no constituye materia federal una condena dispuesta por el tribunal superior de la causa en base a una interpretación amplia del art. 30 LCT En el mencionado precedente (así como en sus posteriores "Herrera", "Farías", "Castro Bourdin") desestimó, con fundamento en el art. 280 CPCCN, los recursos extraordinarios interpuestos por empresas condenadas por el art. 30 LCT Ello ya constituyó un primer apartamiento de la doctrina anterior del mismo Tribunal, en tanto deja librado a los jueces de la causa la interpretación y determinación del alcance del art. 30 LCT como norma de derecho común.

Posteriormente su apartamiento fue más notorio. Al pronunciarse en los autos "Preiti, Pantaleón Luján c/ Elemac S.A. y otro" (20 de agosto de 2008) la CSJN revocó la sentencia dictada por la Sala VIII de la C.N.A.T. —también en su composición previa a la actual— que fundándose en la doctrina restrictiva de "Rodríguez c/ Cía Embotelladora" respecto al art. 30 LCT había rechazado la acción dirigida contra la empresa principal.

Como se advierte, la consideración de que la interpretación del art. 30 LCT constituye materia de derecho común propia de los jueces de la cau-

sa y ajena al remedio federal, y la revocación de una sentencia del máximo tribunal ordinario de la causa que fundó el rechazo de la demanda contra la empresa principal en la doctrina de "Rodriguez c/ Compañía Embotelladora", implican haber dejado sin efecto —si se quiere, de manera sutil— el criterio restrictivo sobre la interpretación y alcance del art. 30 de la LCT

3 | Apuntes para una reforma

Los modelos de producción han tenido modificaciones en los últimos decenios. Tales modificaciones deben ser consideradas en cualquier cambio legislativo, pero no pueden condicionar el sentido de la normativa laboral.

La norma laboral debe considerar tales mutaciones, pero no para adecuarse a ellas, sino para vislumbrar de qué manera inciden en la situación y necesidades de los trabajadores para así determinar las adecuaciones que resulten precisas para cumplir su objetivo, derivado directamente de la manda constitucional, de proteger al trabajador frente a las nuevas realidades.

Cualquier norma laboral debe encontrar fundamento en el sentido unidireccional de la disciplina y tener inspiración en el principio protectorio (función orientadora o inspiradora de los principios).

Entonces, en función de las modificaciones que pudieron haber tenido las relaciones laborales y los nuevos métodos de producción, es necesario adecuar la normativa legal a la nueva realidad, a fin de que las transformaciones operadas en los sistemas de producción no dejen inermes de protección a los trabajadores que resultan ajenos a tales decisiones empresarias.

El cambio de paradigma marcado por el Alto Tribunal debe incidir en la interpretación de la normativa vigente, pero también debe orientar al legislador en la desactivación de la normativa que privilegió al mercado por sobre los derechos del trabajador, asimismo debe incidir en su reformulación por una nueva normativa que, plasmando respuestas a las necesidades del sujeto de "preferente tutela", cumpla con el mandato protector de la Constitución Nacional.

En tal sentido entendemos que los que a continuación se refieren son tópicos que debe tratar una futura reforma al art. 30 LCT, otorgándoles un sentido que cumpla con la finalidad señalada.

En cuanto al disparador de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por los incumplimientos de la cadena de contratistas, creemos que debe tener un alcance amplio, abarcando a todos los supuestos en que los trabajos, obras o servicios objeto de contratación correspondan a su actividad, sea principal o accesoria.

Sin perjuicio de que la casuística de la realidad continuará generando divergencias interpretativas, la ampliación del alcance de la norma reducirá los márgenes de tales divergencias, otorgando mayor certidumbre a los actores de las relaciones laborales en cuanto a sus derechos, obligaciones y responsabilidades, redundando en una mayor previsibilidad respecto de las respuestas normativas frente a los casos de tercerización.

En el análisis de la situación debe observarse que es la empresa principal quien elige a sus contratistas, por lo cual la previa comprobación de la responsabilidad social y solvencia de éstos hace a una actuación inspirada en el tipo abstracto del "buen hombre de negocios" y genera la consecuente responsabilidad *in eligendo* de aquella.

Por otra parte, debe ser clara la formulación del texto legal en en el sentido de que "en todos los casos" las empresas serán solidariamente responsables.

Entendemos además que debe clarificarse la norma —a la luz de las diferentes interpretaciones a las que ha dado lugar— en torno a que también rige la responsabilidad solidaria frente a las asociaciones sindicales.

Creemos, por otra parte, que cuando una empresa resuelve contratar o subcontratar la realización de parte de su actividad, sea principal o accesoria, para que se desarrolle en su establecimiento o en instalaciones bajo su custodia o guarda, los trabajadores dependientes del contratista o subcontratista que llevarán a cabo esas tareas no pueden tener inferiores derechos que los que habrían tenido si éstas hubieran sido realizadas directamente por la empresa principal con personal de ella dependiente.

No sólo razones de igualdad y equidad llevan a tal conclusión. También razones jurídicas. Al respecto el art. 3270 del Cód. Civil dice que "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quién lo adquiere.", que consideramos resulta de aplicación a los supuestos de tercerización. Si de ser realizadas dichas tareas por la empresa principal, determinada sería la normativa legal y convencional aplicable a las relaciones laborales, no puede pretender aplicarse una normativa legal o convencional menos favorable a los trabajadores si se decide su contratación o subcontratación en otro.

Por ello entendemos conveniente establecer una expresa previsión referida a la normativa legal y convencional aplicable a los dependientes del contratista o subcontratista abocados a las tareas, obras o servicios que hagan a la actividad principal o accesoria de la empresa principal, cuando las mismas se realizaren en el establecimiento de éste o en instalaciones que se encuentren bajo su custodia o guarda, sin que ello afecte el encuadramiento sindical que corresponda a dichos trabajadores.

Una posible alternativa al respecto sería determinar la aplicación a los dependientes del contratista de la normativa que resulte aplicable en la empresa principal; mas podrían existir supuestos en que la normativa de aplicación a la actividad del contratista resulte más favorable que la aplicable en la principal.

En razón de ello nos inclinamos por seguir sobre el particular una de las reglas particulares del derecho del trabajo —la de la norma mas favorable—, y que a tal fin se establezca para tales supuestos que resultará de aplicación a los trabajadores dependientes del contratista o subcontratista el régimen legal y convencional aplicable en la principal en cuanto resulte más favorable.

Tal solución fue la prevista, por otra parte, en el dictamen del 11 de noviembre de 2010 de la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados (Orden del Día 1699/2010), que a la fecha perdió estado parlamentario.

Frente a la previsión normativa no podría ser invocado que la empresa contratista —que en definitiva es la empleadora— no hubiera estado representada en el sector patronal signatario de la convención colectiva de trabajo aplicable en la empresa principal. Ello por cuanto la expresa disposición de la ley tornaría aplicable la normativa convencional en cuestión, y porque al tratarse de contrataciones o subcontrataciones cuyo objeto se efectiviza en el establecimiento del principal o en instalaciones sujetas a su control o guarda —centro de imputación de normas—, es la propia voluntad de las empresas al efectuar dicha contratación la que coloca al contratista en la posición jurídica del principal, asumiendo todas las consecuencias de aplicación normativa derivadas de tal sustitución.

En relación a los párrafos 2º y 3º incorporados por la Ley 25.013, a la luz de la amplitud que propugnamos en la reformulación del texto legal, debería clarificarse que la carga impuesta a la empresa principal de exigir a sus contratistas y subcontratistas "...el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo" no guarda vinculación con el nacimiento de la responsabilidad solidaria —que surge ante cualquier incumplimiento del contratista o subcontratista— sino que constituye una obligación adicional de contralor cuyo incumplimiento constituye infracción grave en los términos del Pacto Federal de Trabajo ratificado por Ley 25.212.

Por último, entendemos conveniente especificar que el régimen de solidaridad del art. 30 resulta también aplicable a las actividades regidas por estatutos especiales, salvo en cuanto éstos previeran un modo de protección más favorable a los derechos e intereses de los dependientes del contratista.

La política normativa laboral iniciada por la dictadura militar y profundizada en la década del '90 —por la cual se degradaron continuamente derechos de los trabajadores— tuvo un viraje a partir de mayo de 2003.

Las normas laborales sancionadas en el período 2003/2011 paulatinamente fueron restableciendo derechos otrora conculcados y readecuando con

carácter tuitivo disposiciones a las necesidades actuales de los trabajadores. Este proceso se viene desarrollando en paralelo —y en el mismo sentido— con notables fallos dictados por los tribunales ordinarios de la Justicia del Trabajo y por el cambio de concepción nacido de la renovación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Una de las normas legales que aún continúa vigente en la literalidad que le otorgaran la dictadura del '76 y el neoliberalismo de los '90 es precisamente la que regula los efectos jurídicos laborales de la tercerización, cuya extensión en la dinámica productiva y por los efectos que deriva en la situación de los trabajadores, torna imperiosa su modificación.

Su reforma debe hallar inspiración en la centralidad del trabajador, la protección de sus intereses tutelables, y el direccionamiento hacia mas equidad en las relaciones laborales.

Las presentes líneas buscan contribuir al debate para que ello pueda hacerse efectivo.

Transformaciones productivas e identificación del empleador. El empleador plural o múltiple

por **JUAN A. CONFALONIERI**[1]

I | Introducción

La temática relativa a la organización de la empresa, comprende, en lo que a nuestra disciplina respecta, no solamente las alteraciones producidas y consolidadas en los últimos tiempos en ese ámbito, sino, también, las consecuencias que las mismas han generado en ambas posiciones de la relación laboral, esto es, la posición de trabajador y la posición de empleador.

En esta oportunidad, no volveré a tratar detalladamente las transformaciones organizacionales en sí mismas[2], sino que me limitaré a explicar de qué modo ellas han incidido en la identificación del sujeto empleador, tomando como referencia principal el concepto que de él ha dado el legislador en el art. 26 de la LCT, a fin de indagar si se acomoda a los tiempos que

(1) Abogado (diploma de honor). Doctor en derecho (UBA), tesis sobresaliente. Profesor extraordinario de la Universidad Austral. Director de la Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social (Universidad Austral). Ex decano de la Universidad de Belgrano. Ex director del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral. Ex director del Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral. Ex profesor adjunto regular de la UBA.

(2) El tema fue tratado en las XIV Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, llevadas a cabo en Rosario en el mes de septiembre de 2005, y al año siguiente, en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en París.

corren. Por lo tanto, se excluye del contenido, la repercusión que han ejercido las mentadas transformaciones respecto de la posición de trabajador y del concepto de la dependencia.

Para que se sepa cuáles son las transformaciones que constituyen el presupuesto del estudio, comenzaré por identificarlas; de ahí que el punto que sigue esté dedicado a explicar, brevemente, en qué consiste la descentralización de la producción de bienes y servicios, y sus diferentes manifestaciones[3].

2 | La descentralización de la producción de bienes y servicios

Si bien es cierto que hay casos ajenos a las transformaciones operadas en el mundo del trabajo en los últimos años que pueden generar dudas acerca de la identificación del empleador de cara a la terminología y a las variantes que admite el art. 26 de la LCT (vg. la sociedad accidental o en participación, arts 361 a 366 de la LSC), es incuestionable que aquellas, junto a sus manifestaciones y a los instrumentos jurídicos utilizados para su concreción, constituyeron un disparador para que los autores comenzaran a dedicarle especial atención a la figura del empleador, en razón de que -fraude al margen- han dificultado su identificación, por varias razones: porque hay situaciones en las que el empleador formal (legal) comparte los poderes jerárquicos propios de su status contractual con otro sujeto, quedando limitada, por tanto, su autonomía decisional y operativa; porque la prestación del trabajador contribuye al logro de un objetivo común de diferentes sujetos vinculados contractualmente; o bien porque el trabajador lleva a cabo sus tareas en un establecimiento que no es el de su empleador formal, aportando su trabajo para que su titular (del que recibe órdenes e instrucciones) pueda alcanzar los fines que se ha propuesto. En definitiva, la atomización de los poderes empresariales, con la consiguiente neutralización de la capacidad directiva y organizativa del empleador formal por sujetos (a él vinculados) que ocupan posiciones contractuales dominantes, y el trabajo aprovechado por varios sujetos relacionados en-

(3) Al respecto, ver AAVV, "Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva" (Coord. Rodríguez Mancini, Jorge), La Ley, 2010.

tre sí (no solamente por el empleador formal), han pasado a ser datos (en su mayoría) resultantes de la descentralización de la producción de bienes y servicios, con los que convivimos a diario. De ahí que reproduciré de inmediato, para clarificar la magnitud de aquélla, algunas ideas y conceptos plasmados en la colaboración que forma parte del libro homenaje al Profesor Dr. Vázquez Vialard(4).

Se habla de descentralización de la producción de bienes y servicios, o de empresa descentralizada, para dar cuenta de la forma en que se llega a la elaboración de un determinado producto, o a la prestación de un servicio, o bien para referirse a un modelo de empresa (la de nuestros días), caracterizada por conservar dentro de sus competencias aquella actividad que le permitirá presentarse al mercado en condiciones óptimas de competitividad. Es muy frecuente leer que el modelo de empresa de hoy produce lo indispensable, encargándole a terceros las actividades que se juzgan secundarias o complementarias, para llegar a la elaboración del producto final. Ese modelo, presenta varias notas entrelazadas. Por empezar, una notable reducción física y ocupacional de la empresa, que no es sino la consecuencia de una distribución o división del trabajo, preferentemente hacia el exterior de su ámbito, que da lugar a un fluido relacionamiento inter empresarial y, como contrapartida, a la presencia de trabajo dependiente siempre que el mismo sea necesario o, más bien, imprescindible (modelo de empresa red)(5). Se diferencia, pues, del modelo de producción seriada o masificada, porque en éste se divide o distribuye trabajo preponderantemente hacia el interior de la empresa, dando lugar a empresas de grandes dimensiones (modelo fordista)(6).

Descentralización, externalización, deslocalización, desterritorialización, relocalización, tercerización, filialización, contratación y subcontratación,

(4) "Descentralización y deslocalización de la producción", ob. cit. en nota 2, p. 259.

(5) Un enfoque sociológico de la empresa red puede verse en Castells, Manuel, *La era de la información. La sociedad red*, cuarta edición, Siglo Veintiuno Editores, 2002, Vol. I, p. 179/227.

(6) Al respecto, Blat Gimeno, Francisco, El marco socioeconómico de la descentralización productiva, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas.* Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 44

son voces a las que recurren frecuentemente los especialistas de habla hispana, cuando se refieren a las estrategias o formas de organización de las que se valen actualmente las empresas. Algunas de esas voces representan una misma realidad (p. ej. descentralización y externalización); otras, aunque con posibilidad de vinculación entre sí, no son términos o expresiones que signifiquen lo mismo (vg. los pares descentralización - deslocalización; descentralización - tercerización; descentralización - contratación y subcontratación; y descentralización - filialización.

La palabra descentralización, dentro de aquel contexto, tiene varios sentidos[7]. Aunque algunas definiciones la identifican con la externalización de actividades de una empresa hacia otra (concretada a través de la contratación y subcontratación[8]), o con la mera transferencia de actividades[9], no se limita solamente a eso. Involucra, además de la fragmentación del ciclo productivo de la empresa (fragmentación que se traduce en el traslado de la porción fragmentada hacia el exterior de la misma, o, si se quiere, en la cesión de dicha porción a terceros que se integran para completar el proceso productivo), otras hipótesis. Ellas son, a) el desplazamiento o traslado hacia el exterior de la empresa (externalización), del lugar de prestación de servicios o, lo que es lo mismo, de puestos de trabajo ubicados originariamente dentro del ámbito físico de aquella; b) el fraccionamiento del patrimonio de la empresa, con el fin de constituir nuevas empresas con personalidad jurídica propia (escisión - filialización); c) la cesión temporal de mano de obra propia, por parte de empresas expresamente habilitadas

(7) Por ese motivo Pérez de los Cobos, Francisco, dice que una de sus características es el poliformismo; "Filialización. Grupos de empresas", en *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, pag.629; y Rivero Lamas, Juan, alude a un fenómeno económico multidireccional, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, p. 21.

(8) Cfme. Rivero Lamas, Juan, ob. cit. pag. 23; Cruz Villalón, Jesús, "Outsourcing y relaciones laborales", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, pag. 253.

(9) Así, del Rey Guanter, Salvador, y Gala Durán, Carolina, en "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo", R.L. 2000-445.

a ese fin[10], a favor de otras empresas que tengan en vista cubrir necesidades extraordinarias o transitorias[11].

Cualesquiera de las cuatro manifestaciones de la descentralización identificadas, supone una externalización. De ese modo, es susceptible de ser externalizada no sólo una parte de la actividad de la empresa, sino, también, una parte del patrimonio de la misma, algunos puestos de trabajo y, bajo ciertas condiciones, la relación laboral. Bien puede hablarse de externalización, entonces, cuando una parte del proceso productivo de la empresa es cumplido por un tercero con quien aquella se ha vinculado contractualmente a ese fin; o cuando determinados puestos o lugares de trabajo, originariamente ubicados dentro del ámbito geográfico de la empresa, se reubican fuera del mismo, sin que se altere la calificación del vínculo (dependiente) con las personas que ocupan dichos puestos de trabajo; o cuando una empresa se divide (sin disolverse), destinando parte de su patrimonio a otra u otras empresas (cada una con personalidad jurídica propia); o cuando la empresa ocupa, temporalmente, trabajadores cedidos por otra empresa (habilitada exclusivamente a ese fin).

Entre descentralización (externalización) y tercerización, debe verse una relación de género a especie. De tal modo, no siempre que se haya con-

(10) En el derecho argentino se denominan empresas de servicios eventuales

(11) No todos los autores entienden que la ocupación de trabajadores de otras empresas habilitadas a ceder temporalmente personal propio, constituye un caso de descentralización. Es el caso de DEL REY GUANTER, SALVADOR, y GALA DURÁN, CAROLINA, quienes sostienen que el recurso a las empresas de trabajo temporal no constituye un fenómeno de descentralización productiva, sino una determinada forma de gestionar el personal; "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo", R.L. 2000-516. En la misma línea, PEDRADAS MORENO, ABDÓN, "La cesión ilegal de trabajadores", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*; Valladolid, editorial Lex Nova, 2001, p. 223. Admitiendo que la cesión de personal por medio de una empresa de servicios temporales constituye una manifestación de descentralización, SERRANO ARGUELLO, NOEMÍ, "Limites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo", en Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p.154 y 159; también, VALDÉS DAL-RE, Fernando, para quien la ocupación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal constituye una manifestación de descentralización interna, *La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo*, en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar;* Valladolid, editorial Lex Nova, 2001, p. 23; y DE LUCA-TAMAJO, RAFAËLE, y PERULLI, ADALBERTO, en el *Informe General,* presentado en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, llevado a cabo en París en septiembre de 2006.

cretado la primera, se desembocará irremediablemente en la segunda (por ejemplo, cuando una empresa se divide, sin disolverse, destinando una parte de su patrimonio para constituir otra empresa, hay descentralización, pero no tercerización); en cambio, cualesquiera de las dos formas en que se puede manifestar la tercerización (tercerización de una parte del ciclo productivo, o tercerización de la relación laboral), implican una descentralización.

También, la relación es de género a especie, entre descentralización (externalización), y contratación o subcontratación. Esta última, es una de las vías jurídicas de concreción de la descentralización (no la única); más concretamente, de la descentralización por tercerización de una porción del proceso productivo de la empresa. En consecuencia, una estrategia descentralizadora se puede llevar a cabo recurriendo a la celebración de contratos civiles o comerciales (nominados o innominados)(12), es decir, mediante contratación y subcontratación, o sin ella. Se da un caso de descentralización sin contratación, cuando algunos puestos de trabajo son trasladados al exterior del ámbito geográfico de la empresa, sin que se altere la calificación de la relación (dependiente) con las personas ocupadas en esos puestos. No hay en el ejemplo dado un tercero que participe en el proceso productivo por contratación; al fin y al cabo, descentralización sin contratación, o sin tercerización.

Finalmente, la descentralización reconoce una manifestación o especie más: la filialización. No hay aquí tercero que participe en el proceso productivo (por lo tanto, tampoco contratación). Tampoco hay tercero que suministre a la empresa trabajadores propios para hacer frente, temporariamente, a la producción, ni traslado de algunos puestos de trabajo al exterior de las instalaciones de aquella. La figura de la filial representa un desdoblamiento, partición o desconcentración del patrimonio de la empresa madre, a favor de aquella.

A veces, la estrategia descentralizadora va acompañada de una estrategia diferente como es la deslocalización de la producción, que aporta lo suyo

(12) Un detalle de los tipos contractuales por medio de los cuales se puede encargar a otro una fase del ciclo de la producción puede verse en la publicación de García Moreno, Gonzalo J. M.: "Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico", en La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar; editorial Lex Nova, Valladolid, año 2001, p. 53/55.

para dificultar la identificación de quien ocupa la posición de empleador, sobre todo cuando existe desplazamiento hacia otro país[13]. Las instalaciones de la empresa (en su totalidad), o parte de su actividad, son los elementos que los autores identifican como objeto del desplazamiento, constituyendo, esto último, el dato clave de la estrategia deslocalizadora. Ahora bien, no debe entenderse que hay desplazamiento (deslocalización), cuando la empresa se expande para ganar otros mercados, sin abandonar el de origen, instalando (localizando) en otros lugares sucursales o filiales, para cumplir con la misma actividad desarrollada hasta entonces. Deslocalización por un lado, y expansión empresaria por el otro, son estrategias bien diferentes[14]. La primera, para concretarse, requiere de un proceso complejo integrado no sólo por el abandono total o parcial del lugar en el que la empresa venía operando, sino, también, por la instalación (total o parcial) en un sitio diferente al anterior. El cierre de una empresa, para dejar de operar, nada tiene que ver con la estrategia deslocalizadora. En cambio, el cierre de la empresa (o de un establecimiento) en un lugar, seguido de la apertura en otro, se integra en un proceso único

(13) Acerca de la deslocalización como estrategia empresarial, pueden consultarse los siguientes autores: Carinci, María Teresa: "Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro"; Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'antona, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudencia; www.lex.unict.it/eurolabor /ricerca/presentazione; Cuervo García, Álvaro, y Guillén, Mauro F.: "Outsourcing, offshoring, deslocalización: consideraciones generales y reflexiones sobre el caso español"; www.fundacionrafaeldelpino.es/documentos/conferenciasyencuentros; Del Bono, Andrea: "Deslocalización extraterritorial de empleos del sector servicios. Sentidos y transformaciones del trabajo"; www.ceilpiette.gov.ar/docpub/documentos/articulos/delbono06.pdf; de la Cámara Arilla, Carmen, y Puig Gómez, Alberto: "Deslocalizaciones: ¿mito o realidad?; el caso español frente a los países de Europa central y oriental"; http://pdf.biblioteca.hegoa.efaber.net/ebook/ 16492/ DESLOCALIZACIONES.pdf; Documento de la Secretaría Confederal de Acción Sindical de UGT: "El fenómeno de la deslocalización industrial en España: pautas de actuación"; www.ugt.es/comunicados/2004/febrero/deslocalizacion.pdf; Ermida Uriarte, Oscar: "Deslocalización, globalización y derecho del trabajo"; www.upf.edu; Husson, Michel: "Los retos de la deslocalización en Europa", Jornada sobre Política Industrial y Deslocalización en el País Vasco, Bilbao, 26 de septiembre de 2007; www.iade.org.ar; Muñoz Guarasa, Marta: "Deslocalización sectorial de la inversión directa extranjera en España"; Boletín Económico de ICE N° 2744, del 21 al 27 de octubre de 2002; www.revistasice.com; Myro Sánchez, Rafael, y Fernández - Otheo, Carlos Manuel, "La deslocalización de empresas en España. La atracción de la Europa central y oriental", www.revistasice.info; Piña, Joaquín, "La deslocalización de funciones no esenciales en las empresas: Oportunidades para exportar servicios. El caso de Chile", Naciones Unidas, CEPAL, Serie Comercio Internacional, Santiago de Chile, septiembre de 2005; Confalonieri, Juan Ángel, "Descentralización y deslocalización de la producción", ob. cit. en nota 2, pag. 259.

(14) Ermida Uriarte, Oscar "Deslocalización, globalización y derecho del trabajo"; www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf

de deslocalización. Como adelanté, no existe deslocalización (ni descentralización), cuando se instalan sucursales o filiales en otro sitio, destinadas a desarrollar la misma actividad cumplida en el establecimiento originario que permanece operando en las mismas condiciones. En este caso, al no haber alteración o abandono del lugar de origen, ni fraccionamiento del ciclo productivo, no hay desplazamiento (total o parcial) de actividad productiva; en consecuencia, no hay deslocalización ni descentralización. Basta, en consecuencia, con que haya desplazamiento (total o parcial) de la actividad empresaria de un sitio a otro, para que se configure una estrategia de deslocalización. Es irrelevante el lugar de la localización; no importa, a los efectos de tener por configurada una estrategia deslocalizadora, si la localización se concreta dentro del mismo país, o fuera del mismo. Tampoco es determinante, que haya un direccionamiento geográfico preestablecido (norte – sur, o países desarrollados – países en vías de desarrollo). Estos datos, podrán dar lugar a más de un tipo del mismo fenómeno, pero no son elementos que por sí lo definan. Para redondear la idea sin extenderme más de la cuenta, diré que las estrategias descentralizadoras y deslocalizadoras dan lugar a las siguientes variantes: a) deslocalización sin descentralización (vg., el desplazamiento de toda la empresa de un lugar a otro); b) deslocalización con descentralización, sea porque se desplazan de un sitio a otro algunos puestos de trabajo (descentralización por deslocalización del lugar de prestación de servicios), o porque a dicho desplazamiento se le suma un tercero para hacerse cargo de la porción de actividad empresarial desplazada (deslocalización con descentralización de actividad). Para terminar con esta temática, sólo puntualizar que no toda descentralización converge en una deslocalización. La descentralización de actividad implica una deslocalización de la misma, y la descentralización de puestos de trabajo, trae aparejada una deslocalización de ellos; sin embargo, las dos restantes hipótesis de descentralización no desembocan en una deslocalización. No hay, pues, deslocalización, en los casos de descentralización por fragmentación del patrimonio de la empresa, ni tampoco cuando la misma se vale, temporalmente, de trabajadores cedidos por empresas habilitadas a ese fin, para la cobertura de necesidades transitorias.

¿Incide lo que acabo de exponer en el concepto de empleador que ha dado el legislador en el art. 26 de la LCT?; ¿debe mantenerse su texto, o es necesario adecuarlo, frente a los cambios relatados?

3 | El concepto de empleador

Es totalmente válida para nuestro medio, la observación de hecha por algunos doctrinarios españoles[15], en el sentido que el empleador no ha despertado en el legislador y en los autores el mismo interés que el trabajador. La preocupación por la caracterización y delimitación del destinatario de la tutela legal y por la dependencia como uno de los elementos que caracterizan al contrato de trabajo, ha sobrepasado con creces a la preocupación por la identificación del que debe respetar dicha tutela, es decir, el empleador. Los estudios de la doctrina se han orientado, preferentemente, hacia el trabajador, quien desde siempre se ha erigido en el eje del debate en materia de sujetos de la relación laboral. Y en cierta medida ello queda justificado, en razón de que la aplicación de la norma laboral ha quedado subordinada a su presencia. El concepto de empleador (salvedad hecha de la interpretación que se haga del segundo párrafo del art. 5 de la LCT que define al empresario), no tuvo ni tiene ninguna incidencia en la delimitación del radio dentro del cual aquella proyecta sus efectos. Aquél (el empleador), debe su perfil legal al concepto de trabajador (conforme al art. 26 de la LCT, empleador es quien requiere los servicios de un trabajador). Paradojalmente, desde el punto de vista conceptual, el empleador ha quedado totalmente subordinado al trabajador. No tiene luz propia, sino que cobra vida a partir de él.

El modelo de empresa centralizada, más allá de los casos de fraude, no generó mayores dificultades para identificar al empleador. Recién comenzó a prestársele interés a este último, cuando se tomó conciencia que las diversas manifestaciones de la descentralización de la producción de bienes y servicios y los instrumentos jurídicos para su concreción complicaban su identificación. El empleador - empresario tradicional o clásico (único)[16], con el que "se relacionan jerárquicamente los trabajadores" (art. 5 segun-

(15) Fernández López, María F., "El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar", en Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas, Trotta, Madrid, 2004; Baylos, Antonio, prólogo al libro de Desdentado Daroca, Elena, La personificación del empresario laboral, Lex Nova, Valladolid, 2006.

(16) La idea del empleador – empresario único, está presente en los arts. 21 de la LCT y 22 de la LCT, que al referirse al empleador lo hace en singular: "en favor de la otra" dice el primero, y "en favor de otra" el segundo. En línea con lo expuesto, Valdés Dal-Re, "El debate europeo sobre la 'modernización del derecho del trabajo' y las relaciones de trabajo triangu-

do párrafo LCT), titular exclusivo de los poderes inherentes a su posición (art. 5 primer párrafo LCT), fue cediendo paso a un tipo de empleador – empresario diferente que, en ciertas circunstancias, carece de autonomía decisional y organizativa, o comparte aquellos poderes con otros a los que está vinculado contractualmente para producir, por dar algunas de sus características. En definitiva, algunas manifestaciones de la descentralización de la producción, si bien no han llegado a alterar el esquema del contrato de trabajo, ya que no han incidido en la unicidad de la posición de empleador, han provocado -al menos- el planteo de una posición integrada por más de un sujeto (empleador plural o múltiple). Aquella posición en el contrato de trabajo sigue siendo una, y esa conclusión no resulta alterada por la concurrencia de varios sujetos. No se trata, pues, de varios empleadores, o de varias posiciones contractuales ocupadas por diferentes personas, sino de varias personas que ocupan una misma y única posición. En los últimos años, la jurisprudencia de nuestro país viene admitiendo, frente a diferentes situaciones, que la posición de empleador – empresario se integre por más de un sujeto (el tipo plural)[17]. Aplicaciones concretas se registran en los casos de la empresa grupo, de la unión transitoria de empresas (UTE) y del contrato de franquicia comercial[18].

lares" al expresar que el empleador único "constituye una de las características del modelo tradicional del contrato de trabajo", (R.L.2009-N° 1, pags. 39/50).

(17) De Luca – Tamajo y Perulli, dan cuenta de varios países en los que se admite la figura de empleador conjunto; Informe general presentado al XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, en Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva, (Coord. Rodríguez Mancini, Jorge),pag.166.

(18) CNAT, Sala I, "Martin, Marcelo F. y otros c/ Dota S.A., Sargento Cabral S.A., Transporte Ideal San Justo S.A. UTE", SD del 28-02-03, LL Online AR/JUR/7035/2003; "De Luca, Sara Alexandra c/ Rohr, Fabiana Judith y otros", SD del 27-04-09, LL Online, AR/JUR13130/2009; "Benavidez, Sara Gabriela c/ Aldariz, Eduardo Luis y otro", SD del 30-04-09, LL Online/AR/JUR/13153/2009. CNAT, Sala III, "Díaz, Francisco E. c/ Huarte S.A. y otros s/ accidente ley 9688", SD del 23-09-1997, TySS, 2003-138; "Varone, Daniel N. c/ Cinarsa S.A. y otros", SD del 26-07-05", L.L. Online AR/JUR/2475/2005; "Centurión, Verónica Edith c/ Editorial 25 de Mayo S.A. y otros s/ despido", SD 90423, del 28-11-08. CNAT, Sala IV, "Rubb, Paula Natalia c/ Stock Sale SRL y otro", La Ley Online, AR/JUR/62307/2009; "Lo Tàrtaro, Damián Enrique c/ Aeropuertos Argentina 2000 S.A.", La Ley Online AR/JUR/8856/2010. CNAT, Sala V, "Parente, Rodolfo J. y otros c/ Dota S.A. de Transporte Automotor, Sargento Cabral S.A. de Transporte, Ideal San Justo S.A. UTE y otros", La Ley Online AR/JUR/4943/2006; "Coniglio, Luis D. y otros c/ KCK Tissue S.A. y otro", La Ley On Line AR/JUR/2663/2007; "Barsotti, Diego R. c/ Emeca S.A. y otros", La Ley On Line AR/JUR/29540/ 2009; "Bogado, Walter D. c/ Cooperativa 24 de Marzo Barrio Liberrtad y otros s/ Ley 22.250", SD 71852, del 30/09/09; "Santa Clara, Mario c/ L.L. y L. S.A. y otros", La Ley On Line AR/JUR/7457/2007; "Feuillassier, Enrique Luis c/ HSBC New York Life Seguros de Retiro Argentina S.A. y otros", DT 2010- 341. CNAT, Sala VI, "Salmón, Arturo Alberto c/ Embalse Estibajes del Sur SRL y otro", La Ley Online AR/JUR/961/2007,

3 | 1 El empleador en la LCT. Antecedentes. Opciones: a) persona física; b) conjunto de personas físicas; c) personas jurídicas; d) varias personas jurídicas integradas en la misma posición; e) los entes sin personalidad.

En general, los textos legales anteriores a la LCT no han definido al empleador[19]. No lo hizo la ley 11.729, tampoco el decreto 33.302/45, ni la ley 16.881, vetada en la mayoría de su articulado. El antecedente más cercano de la definición dada por el art. 26 de la LCT, debe buscarse en el art. 2 de la ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo, en el cual se han previsto menores opciones que en aquella: la persona física, y la persona jurídica, no más[20].

a. Primera opción en la LCT: una persona física.

El art. 26 de la LCT menciona, en primer lugar, a "la persona física"[21] (singular). Por lo tanto, cualquier ente con "signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes" (art. 51 del Código Civil), capaz "de adquirir derechos o contraer obligaciones" (arts. 52, 53 y

"Bichara, José L. c/ Alto Paraná S.A. y otros s/ despido", SD del 31-03-09, TySS, 2009-451. CNAT, Sala VII, "Vidaurreta, Fermin y otro c/ Alte. Brown SRL, Sita SRL, El Practico S.A. UTE, y otros", SD del 23-11-05, LL Online AR/JUR/5869/2005; "Migliore, Mariana Paula c/ Almirante Guillermo Brown SRL, Sita SRL, El Practico S.A. UTE y otros s/ despido", SD 41.998, del 06-08-09; "Arias, Martín Diego c/ Aroma Café S.A. y otro", D.T.2010-1792 CNAT, Sala VIII, "Pacheco, Julieta F. c/ Atento Argentina S.A. s/ despido", SD 35.649, del 31/10/08; "Poveda, Marta L. c/ Nova Pharma Corp S.A. y otros s/ despido", TySS, 2005-346. CNAT, Sala X, "Fitz Maurice, Mario D. c/ Coconor S.A. UTE y otros", TySS, 2004-888.

(19) El Proyecto de Ley Nacional de Trabajo de 1904, definió a los "patrones" como "los empresarios o dueños por cuya cuenta trabajan, sean particulares o corporaciones…". El Proyecto Palacios de 1915, aludió a los "patronos o empresarios", sin dar una definición. El Proyecto de Código del Trabajo de 1921 se refirió a los "patrones", como "dadores de trabajo". Esta expresión, se repitió en el Proyecto de Código del Trabajo de 1928, y en el Proyecto de 1933.

(20) Esto dice el art. 2 de la ley 19.587: "El término empleador designa a la persona, física o jurídica, privada o pública, que utiliza la actividad de una o más personas en virtud de un contrato o relación de trabajo"

(21) La fórmula es esta: "Se considera 'empleador' a la persona física…".

concordantes del Código Civil), está en condiciones de ocupar la posición de empleador. En este caso, dicha posición es del tipo individual.

b. Segunda opción en la LCT: dos o más personas físicas, conjuntamente.

Asociada a la primera opción, el legislador incluyó la segunda, incorporando una tipología de la posición de empleador no prevista legalmente hasta el momento: el tipo plural o múltiple, expresado en la frase "conjunto de ellas", en clara alusión a la persona física. La palabra "conjunto" denota integración de todas en el mismo rol; juntas se colocan en la posición de empleador, que asume así una tipología múltiple o plural. No actúan separadamente dando lugar a varias posiciones (de empleador) frente al trabajador, y así tantas relaciones laborales como posiciones haya, sino conjuntamente dentro de la misma posición configurando, por lo tanto, un solo vinculo contractual que en un extremo tiene a un trabajador, y en el otro a un empleador múltiple o plural. En síntesis, causa y posición contractual única, ocupada por una pluralidad de sujetos.

c. Tercera opción: una persona jurídica.

La tercera opción merece una aclaración terminológica que tiene relación directa con una posible quinta opción. Al igual que en la primera opción, en esta, la posición de empleador es de tipo individual. La opción que se trata, incluye a la persona jurídica ("persona física o conjunto de ellas, o jurídica", dice la norma), dando lugar, de esa manera, a que puedan plantearse, con fundamento en el régimen del Código Civil, dos hipótesis interpretativas, una de menor alcance que la otra.

Me permito recordar, que el art. 31 del Código Civil, (ubicado dentro de un título dedicado a las personas jurídicas, en cuya nota el codificador deja constancia de haber seguido a Freitas a la letra, lo que constituye de por sí un dato sumamente relevante para interpretar las normas respectivas), alude a dos tipos de personas, las de existencia ideal, y las de existencia visible. El artículo siguiente, incluyó una definición por exclusión, que ha dado lugar a interpretaciones divergentes por parte de los autores: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no sean personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas". Algunos han interpretado que las personas de

existencia ideal y las personas jurídicas no son tipos jurídicos diferentes, en razón de que el codificador utiliza esas expresiones de modo indistinto para identificar a los mismos entes[22], como lo pone de manifiesto el título "De las personas jurídicas", dentro del cual se incluyen aquellas normas. Otro sector de la doctrina (teniendo en cuenta la fuente del codificador), entiende que en el Código Civil se ha establecido una relación de género a especie entre las personas de existencia ideal y las personas jurídicas, que subsistió después de la reforma llevada a cabo por la ley 17.711[23]. Las primeras, incluyen dos tipos básicos: por un lado, las personas jurídicas de carácter público (art. 33 primera parte del Código Civil) o de carácter privado (art. 33 segunda parte inciso 1 del Código Civil); y por el otro, las personas de existencia ideal propiamente dichas (art. 33 segunda parte, inciso 2, y art. 46 del Código Civil)[24]. Explica Llambías, que las personas jurídicas de carácter privado se diferencian de las personas de existencia ideal propiamente dichas por el requerimiento de una formalidad: el comienzo de la existencia de las primeras, depende una autorización estatal, requisito éste que no se exige a las segundas, dentro de las que el citado autor sitúa a las simples asociaciones constituidas por escritura pública o instrumento privado certificado por notario (art. 46 del Código Civil), a las sociedades civiles y comerciales, al consorcio de copropietarios de propiedad horizontal, y a la sociedad conyugal[25].

Una interpretación apegada a la terminología utilizada por el legislador, podría llevar -por vía de hipótesis- a concluir, en base a lo expuesto precedentemente que, además de las personas jurídicas de carácter público, están en condiciones de ocupar la posición de empleador sólo las entidades privadas que hayan sido autorizadas por la ley o el gobierno (arts. 33 segunda parte, inciso 1, y 45 del Código Civil), con lo cual, quedarían extramuros

(22) De esta posición da cuenta LLAMBÍAS, JORGE J., "Tratado de Derecho Civil", Parte General, T.II., pag.29, con cita de doctrina en la nota 63 (Salvat, R., Machado, J.O., y Cordeiro Álvarez, E.), y también Sureda Graells en su dictamen del 2 de diciembre de 1965, a propósito de la convocatoria a plenario de la CNAT, en el que se resolvió que el consorcio de propietarios de la ley 13.512 tiene personalidad jurídica diferente a la de cada uno de sus componentes ("Nogueira Seoane, José c/ Consorcio de Copropietarios Tucumán 1639 y otro", L.L. T.121-335)

(23) Así lo hace notar LLAMBÍAS, JORGE J., ob. cit, p. 28.

(24) Ver LLAMBÍAS, JORGE J., ob. cit. ps. 30/31.

(25) Ob. cit., p. 31, 32 y 148.

de la fórmula legal, todos los sujetos de derecho que no fueren personas físicas o jurídicas, es decir, las personas de existencia ideal propiamente dichas. No hay ninguna razón valedera para hacer prevalecer esa interpretación restrictiva, superada clara y decididamente ya por la doctrina del plenario "Nogueira"[26]. En la LCT, la expresión persona jurídica debe entenderse equivalente a persona de existencia ideal; por lo tanto, cualquier ente que pertenezca al ámbito de las personas jurídicas, o al de las personas de existencia ideal propiamente dichas, está en condiciones de ocupar la posición de empleador.

d. Cuarta opción: varias personas jurídicas integradas en la misma posición (posición de empleador del tipo plural o múltiple).

A diferencia de lo explicado respecto de las personas de existencia visible, el legislador no estableció, de modo expreso, que el polo empleador de la relación laboral pudiera estar ocupado por más de una persona jurídica. La fórmula legal resulta muy clara, al reflejar que el rol de empleador compartido en una única relación laboral fue pensado sólo respecto de las personas físicas, sin incluir a las jurídicas. Esa es la única interpretación que, a mi juicio, corresponde darle a la frase "la persona física o conjunto de ellas, o jurídica". El conjunto tiene una clara alusión que no es otra que la persona física; respecto de la persona jurídica, no se contempló expresamente la posibilidad del conjunto, agrupación o integración en la misma posición. Y es lógico que haya sido así, ya que, por entonces, no se pensaba en esa posibilidad. Esta, más bien, es una propuesta relativamente reciente de la doctrina, con recepción en la jurisprudencia, que tiene como punto de referencia a la forma en que operan las empresas en la actualidad, que es muy distinta a la que se tenía en el momento en que se redactó el texto de la LCT. Por ese motivo, no me parece que constituya un fundamento apropiado, para admitir que varias personas jurídicas ocupan la posición de empleador, sostener que el legislador incurrió en olvido u omisión, como puede leerse en alguna sentencia referida a la UTE[27]. Se puede llegar a la misma conclusión, argumentando que la tipología plural de la posición de empleador, admitida expresamente para las personas

(26) L.L.121 – 335.

(27) La afirmación corresponde a la juez Ferreirós, y forma parte de su voto en la sentencia dictada por la Sala VII de la CNAT, el 23-11-05, en los autos "Vidaurreta, Fermín y otro c/ Alte. Brown SRL, Sita SRL, El Práctico S.A. – UTE y otros"; La Ley Online, AR/JUR/5869/2005.

físicas, no excluye a las personas jurídicas en razón de que no ha sido prohibida puntualmente por la ley, y de que la organización empresaria actual pone de manifiesto que, en ciertas situaciones, ello es perfectamente posible, a no ser que el legislador haya optado expresamente por la tipología individual, como acontece con el trabajo prestado a través de empresas de servicios eventuales.

No comparto el criterio de Foglia[28], quien sostiene que la tipología plural de la posición de empleador respecto de las personas jurídicas tiene entrada por el art. 31 de la LCT. Esta norma, solamente se limita a definir cómo responden las empresas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, frente a los trabajadores y a los organismos de la seguridad social, sin incidir en modo alguno en aquella posición. El hecho de hacerlas solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria, no conduce per se a inferir la existencia de un empleador plural. Como se verá más adelante, la noción de solidaridad es ajena al tipo plural de la posición de empleador. Quiero decir con esto, que la existencia de un empleador plural, no deriva en la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria. Por lo demás, como no podía ser de otro modo, está bien claro que en la norma citada el responsable solidario no es empleador. Cuestiones terminológicas al margen, el art. 31 de la LCT da lugar, por vía de inferencia, a dos interpretaciones respecto de la posición de empleador, sin que ninguna de ellas habilite el tipo plural o múltiple. Ambas presuponen el tipo individual. Así, podría argumentarse que cada integrante del grupo es empleador de los trabajadores que integran su plantel, en razón de que allí se alude a las empresas del conjunto o grupo, y a los trabajadores de cada una de ellas. Expresado en otros términos, cabría pensar que la frase "cada una de ellas con sus trabajadores", supone varias posiciones de empleador de tipo individual y no una posición de tipo plural o múltiple, más allá de que todos respondan solidariamente frente a cualquier trabajador. Incluso, si por vía de hipótesis se interpretara que el legislador ha colocado en la posición de empleador al grupo o conjunto pese a tratarse de un ente que carece de personalidad jurídica (art. 26 de la LCT), también se estaría frente a una posición de empleador de tipo individual, de modo que, por donde se lo quiera mirar, el art. 31 nada tiene que ver con el tipo plural de aquélla.

(28) Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada (Dir. Rodríguez Mancini, Jorge), T.II, pag. 201, La Ley, 2007.

e. Quinta opción: los entes sin personalidad (posición de empleador del tipo individual).

La sola lectura del art. 26 de la LCT, permite advertir el uso de una terminología incorrecta. No es imaginable una persona jurídica sin personalidad jurídica propia. Todas las personas de ese tipo, se caracterizan, precisamente, por ser consideradas "personas enteramente distintas de sus miembros" (art. 39 del Código Civil), con capacidad para "adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no le sean prohibidos" (art. 35 del Código Civil)[29], y para responder contractual y extracontractualmente (arts. 37, 42 y 43 del Código Civil) ¿Qué alcance corresponde darle entonces a las palabras del legislador?

La única posibilidad que cabe es que haya querido incluir en su fórmula a los entes sin personalidad[30] (por ejemplo, al grupo de empresas). Más allá de esta hipótesis, en la actualidad pertenecen a dicha categoría por expresa disposición del legislador, la Sociedad Accidental o en Participación, (art. 361 de la ley de sociedades comerciales N° 19.550, LSC), la UTE (art. 367 de la LSC), la Agrupación de Colaboración, y el Consorcio de Cooperación (ley 26.005).

Estimo apropiado, a fin de evitar equívocos, traer a colación un pasaje del voto emitido por el juez Simón, en el caso "Fitz Maurice, Mario D. c/ Coconor S.A. UTE y otros". Afirmó en esa oportunidad, que el art. 26 de la LCT contempla la posibilidad de que asuma el rol de empleador "un ente de existencia ideal sin personalidad jurídica propia, pero no quien ni siquiera es sujeto de derecho". Al parecer, a criterio del citado magistra-

(29) Es muy ilustrativa la nota al art. 31 del Código Civil, en la parte en que expresa: "Comúnmente, en el dominio del derecho público ciertos poderes no pueden ejercerse sino por una reunión de personas una unidad colectiva. Considerar una unidad semejante, por ejemplo, un tribunal de justicia, como persona de existencia ideal, sería errar en la esencia de la constitución de la persona jurídica, porque a esos seres colectivos les falta la capacidad de poseer bienes como tales, de adquirir derechos y contraer obligaciones con los particulares".

(30) Esa posibilidad, está contemplada en el art. 1.2. del Estatuto de los Trabajadores de España, que incluye a las "comunidad de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior". Una interpretación restringida de esa norma ha hecho DESDENTADO DAROCA, ELENA en "La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales", Lex Nova, Valladolid, 2006, al admitir como único caso de empleador sin personalidad, a la herencia yacente (ver pag. 424).

do, los entes de existencia ideal sin personalidad propia forman una categoría, y quienes no son sujetos de derecho otra distinta. Incluso, la frase transcripta permite inferir que los entes de existencia ideal sin personalidad jurídica propia son sujetos de derecho. Debo decir, con todo respeto, que, en nuestro sistema jurídico, los entes ideales sin personalidad jurídica propia, es decir, los que no tienen reconocida por ley una personalidad diferenciada a la de sus miembros, no son sujetos de derecho. Precisamente, lo que define esta caracterización, es la carencia de personalidad. Por lo tanto, decir que un ente de existencia ideal no tiene personalidad jurídica propia, implica decir que no es un sujeto de derecho. Los sujetos de derecho comprenden dos especies: las personas de existencia visible, y las personas de existencia ideal. Como anticipé, un sector de la doctrina entiende que entre las personas de existencia ideal y las personas jurídicas no hay diferencia alguna, mientras que otros autores argumentan que las primeras son el género y las segundas una de las especie posibles; la otra especie está dada por las personas de existencia ideal propiamente dichas. Fuera de esta clasificación no hay otros sujetos de derecho. Los entes sin personalidad jurídica propia, como la sociedad accidental o en participación, la unión transitoria de empresas, la agrupación de colaboración y el consorcio de cooperación, no son sujetos de derecho. Y no lo son, precisamente, porque el legislador no los ha dotado de una personalidad diferenciada a la de sus miembros. En definitiva, no existen entes ideales sin personalidad jurídica propia que sean sujetos de derecho; en todos los casos aquellos carecen de esa condición[31].

Las conclusiones provisorias que extraigo del texto del art. 26 de la LCT, son estas:

a. Si bien es cierto que el tipo de empleador plural sólo se ha contemplado de modo expreso respecto de las personas de existencia visible, no parece que ello sea un obstáculo infranqueable para admitir dicho tipo respecto de las personas de existencia ideal, siempre que se den los presupuestos correspondientes. No por aplicación del art. 31 de la LCT, sino de su art. 26, respecto del cual, sin atribuirle al legislador omisión u olvido alguno, cabe una interpretación que no se desentienda de la forma en la que operan las empresas en la actualidad.

(31) Ver Llambías, Jorge J., ob. cit, pags. 28 a 31.

b. Pese a la confusa terminología de la norma, no sería desatinado interpretar que los entes sin personalidad han sido admitidos para ocupar la posición de empleador, por dos razones. En primer término, porque si se toma como referencia la norma que hemos indicado como antecedente más próximo del art. 26 de la LCT (me refiero al art. 2 de la ley 19587 que incluye a las personas jurídicas sin más), resulta evidente que el legislador ha tenido en mente, junto a las tres primeras opciones analizadas (persona física, conjunto de personas físicas, y personas jurídicas), una opción más. Eso es lo que pone de manifiesto la expresión "tenga o no personalidad jurídica propia", mal referida a las personas jurídicas como ya fue apuntado. El texto del antiguo art. 33 de la LCT[32], asociado a su art. 26, permitiría elaborar una segunda razón. No descarto que el legislador haya considerado al "grupo industrial, comercial, o de cualquier orden, de carácter permanente o accidental", como especie del género persona jurídica sin personalidad (en realidad ente sin personalidad), admitiendo primero su condición de empleador (art. 26 LCT), y fijando luego un régimen de responsabilidad (solidaria) para todos sus integrantes, sin más condicionamiento que la existencia del grupo mismo (art. 33 originario de la LCT). En resumidas cuentas, posición de empleador ocupada por el grupo (aunque no tuviera la condición de persona jurídica), y responsabilidad solidaria de todos sus integrantes frente a los trabajadores, resultando indiferente que el empleador formal fuera tal o cual miembro de aquel. No se me escapa que esta interpretación puede ser contrarrestada por el propio art. 33 originario de la LCT que al decir "cada una de ellas con sus trabajadores", podía estar indicando que la posición de empleador la ocupaba cada uno de los integrantes del grupo respecto de los trabajadores que figuraban en su respectiva nómina. Pero a ello podría respondérsele que la norma, al margen del empleador formal (los distintos miembros del grupo), identificó al empleador real (el grupo).

(32) Su redacción era la siguiente: "Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un grupo industrial, comercial o de cualquier otro orden, de carácter permanente o accidental, o para la realización de obras o trabajos determinados, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores, y con los organismos de la seguridad social, solidariamente responsables".

3 | 2 La posición de empleador de tipo plural o múltiple

En general, la doctrina iuslaboralista no cuestiona las mutaciones en materia de organización de la empresa, ni tampoco el modelo de empresa red, cuando la finalidad es la mejora en la calidad del producto o del servicio y la búsqueda de una mayor competitividad, entendiendo que aquello tiene su respaldo en el derecho fundamental de libertad de empresa, excepción hecha de las hipótesis de fraude(33). Pero, a la par de esa justificación, ha reclamado una respuesta acorde del ordenamiento laboral en resguardo de los derechos del trabajador(34). Las propuestas novedosas que se han dado, apuntan a una adaptación o flexibilización del concepto de empleador. En primer lugar, se sugiere admitir en la posición de empleador el tipo plural o múltiple, sin distinción de ningún tipo(35). A la par de ello, otra idea es que se prescinda de la teoría de la personalidad jurídica(36), dando vía libre para que pueda asumir el rol de empleador un ente sin personalidad(37).

Al comenzar la explicación del concepto legal de empleador en el régimen laboral argentino, indiqué que el tipo plural es una opción admitida expresamente por el art. 26 de la LCT, aunque sólo respecto de las personas de existencia visible, y que la falta de inclusión de las personas jurídicas en la

(33) Ver al respecto, De Luca – Tamajo, Raffaele y Perulli, Adalberto, Informe general presentado al XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, en Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva, (Coord. Rodríguez Mancini, Jorge), pag. 255, La Ley, 2010.

(34) Entre otros, De Luca – Tamajo, Raffaele y Perulli, Adalberto, ob. cit., y Sanguineti Raymond, Wilfredo, "Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo", R.L. N° 7 - Abr/2009, año XXV.

(35) Por todos, De Luca – Tamajo, Raffaele y Perulli, Adalberto, ob. cit., pag. 256.

(36) De ello da cuenta Baylos Grau, Antonio, en el prólogo al libro de Desdentado Daroca, Elena, "La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales", Lex Nova, Valladolid, 2006.

(37) Aunque sin compartir la solución, Desdentado Daroca, Elena, ob. cit., pag.570 y 571, cita dos sentencias del Tribunal Supremo de España que le han atribuido el papel de empleador a la UTE (que por ley no tiene personalidad jurídica propia), descartando que se sumen a esa posición las diferentes empresas que la integran. Son la STS de 29 de septiembre de 1989 (RJ 1989/6550), y la STS de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/900).

fórmula legal ("o conjunto de ellas", en clara referencia a las primeras) no era producto de una omisión u olvido del legislador. No obstante ello, y en razón de no haber una prohibición puntual, he señalado que una interpretación de la norma acorde a los tiempos que corren, puede ser la vía para admitir que varias personas jurídicas ocupen el extremo empleador del contrato de trabajo.

Me parece importante aclarar que el tipo plural o múltiple de la posición de empleador, difiere de la situación de pluriempleo, y también de uno de los tipos de obligación con el cual suele identificarse: me refiero a la obligación de sujeto plural o múltiple.

El término pluriempleo (art. 92 ter inciso 3 de la LCT), es utilizado para hacer referencia a una situación caracterizada por la existencia de varias relaciones laborales entre un trabajador y dos o más empleadores independientes. En este caso, cada empleador responde frente al único trabajador por las obligaciones correspondientes al contrato que entre ellos se haya estipulado. Por lo tanto, los elementos caracterizantes son los siguientes: a) pluralidad causal (más de un contrato de trabajo y, por lógica derivación, más de una relación de ese tipo); b) pluralidad de empleadores; c) pluralidad de prestaciones; d) único trabajador. En el art. 26 de la LCT no se ha contemplado esa figura[38].

La obligación de sujeto plural o múltiple (mancomunada según el art. 690 del Código Civil), se caracteriza por la presencia necesaria de los siguientes elementos: a) varios sujetos en la posición de acreedor (varios acreedores), varios sujetos en la posición de deudor (varios deudores), o varios sujetos en ambas posiciones (varios acreedores y varios deudores)[39]; b) una sola prestación; c) causa fuente única[40]. Puede ser del tipo conjunto o disyunto, según que haya o no concurrencia de acreedores o deudores respecto de la prestación emergente de la única causa. A su vez, el tipo

(38) En una breve nota a fallo se ha caído en el error de pensar que el art. 26 de la LCT contempla la situación de pluriempleo. Ver Tula, Diego, "Pluriempleo. Estudio jurídico", D.T.2010-531.

(39) Cfme. Rezzónico, Luis María, "Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil", pag. 173, quinta edición impresa por Imprenta Moderna de Orlando y Cía., 1948.

(40) Cfme. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T.II.A, pag. 369, segunda edición, Editorial Perrot, 1975.

conjunto reconoce variantes: puede tratarse de una conjunción divisible o indivisible (dependiendo de la naturaleza del objeto debido; art. 667 del Código Civil), o de una conjunción simplemente mancomunada o solidaria (según lo que disponga el título constitutivo; nota al art. 668 del Código Civil). Las obligaciones divisibles y las simplemente mancomunadas, pese a que en teoría corresponden a tipos diferentes (de hecho el codificador las ha tratado de manera independiente; arts. 667 a 678 las primeras, y arts. 690 a 698 las segundas), se caracterizan por comprometer a los deudores por partes iguales, a no ser que se haya convenido un compromiso por partes desiguales (arts. 674 y 691 del Código Civil). En cambio, las obligaciones indivisibles y las solidarias (aunque por razones distintas), obligan a cada deudor por el todo, sin que corresponda atribuirle carácter de indivisible a la obligación por el hecho de haberse pactado la solidaridad o, viceversa, carácter solidario en razón de su indivisibilidad (art. 668 del Código Civil).

El tipo plural de la posición de empleador, si bien tiene similitudes con las obligaciones mancomunadas o de sujeto múltiple, tiene una diferencia sustancial que justifica (en razón de lo que de inmediato explico) que cada empleador sea íntegramente responsable frente al trabajador, sin que corresponda aplicar el principio general de cumplimiento parcial o fraccionado que rige para ese tipo de obligaciones. La figura del empleador plural, rescata elementos de las obligaciones de sujeto múltiple, a saber: la pluralidad subjetiva y la causa única. Pero se nutre, también, de uno de los elementos de las obligaciones de objeto plural o compuesto del tipo conjuntivo, ajeno a las primeras; me refiero a la existencia de una pluralidad de prestaciones que integran, en conjunto, la pretensión del acreedor(41). Según adelanté, las obligaciones de sujeto plural, además de la pluralidad subjetiva y de la unidad causal, necesitan de unidad prestacional (una sola prestación), ya que, como apunta Llambías, si varios deudores separadamente estuviesen obligados a cumplir varias prestaciones en virtud de una misma causa, se estaría frente a varias obligaciones de sujeto individual.

(41) Explica Llambías, Jorge J. que en las obligaciones de objeto plural, el mismo puede ser conjunto (cuando la pluralidad de prestaciones integran en conjunto la pretensión del acreedor), o disyunto (es el caso de las obligaciones alternativas, ya que las facultativas a criterio del autor suponen una falsa disyunción, en razón de lo expresado por el art. 643 del Código Civil); "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T.II.A, pag.298, punto 990, segunda edición, Editorial Perrot, 1975.

En las obligaciones de objeto plural conjunto, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de todas las prestaciones simultáneamente, no estando obligado a recibir pagos parciales[42]. El objeto de la prestación es, por tanto, indivisible, más allá de que por su naturaleza pueda fraccionarse. Resumiendo, el tipo plural de la posición de empleador se caracteriza por estos elementos: a) pluralidad subjetiva; b) única causa (un solo contrato de trabajo, que haya dado lugar a una única relación de ese tipo); c) variedad de prestaciones propias de aquel contrato que, en conjunto, integran la pretensión del trabajador. De ahí el fundamento jurídico del no fraccionamiento de la responsabilidad de los que se sitúen en la posición de empleador.

4 | Conclusiones

Primera. El modelo de empresa red de la actualidad, caracterizado por la existencia de unidades jurídicamente autónomas, de mediana y pequeña dimensión física y ocupacional, producto de una división y diversificación del trabajo, plantea dudas al momento de identificar quién ocupa la posición de empleador en el contrato de trabajo, si se toma como referencia la noción clásica de empleador – empresario único. Esa dificultad se genera, básicamente, a partir de ciertos datos propios de aquel modelo, como son el provecho directo que obtienen de la prestación del trabajador varios sujetos vinculados entre sí contractualmente (no sólo el empleador formal), y la atomización de los poderes jerárquicos propios de la posición de empleador, que en ciertos casos neutraliza la capacidad directiva y organizativa del empleador formal, en manos de quienes ocupan posiciones contractuales dominantes.

Segunda. De cara a la realidad descripta en la conclusión anterior, las soluciones que se han propuesto consisten en una adaptación o flexibilización del concepto de empleador. En esa dirección, el tipo plural de la posición de empleador sin distingo alguno, y la posibilidad de admitir en aquella a los entes sin personalidad jurídica propia, se presentan como alternativas propuestas desde la doctrina (aunque no unánimemente, sobretodo en el segundo supuesto).

(42) Cfme. Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T.II.A, pag.297, punto 989, segunda edición, Editorial Perrot, 1975.

Tercera. En nuestro medio, el tipo plural de la posición de empleador, si bien ha tenido amplia recepción en la jurisprudencia, no ha terminado de definir su estructura conceptual, es decir, los criterios para la integración del tipo, y sobre todo la forma en que deben responder quienes cumplan el mismo rol, en la misma posición contractual. Lo que está claro, a mi modo de ver, es que constituye un instrumento de tutela al trabajador, independiente de la responsabilidad solidaria.

Cuarta. El art. 26 de la LCT da cabida al tipo plural de la posición de empleador respecto de las personas jurídicas, en razón de no haberse clausurado esa opción de modo expreso. La especial referencia a las personas físicas no es obstáculo para dicha conclusión. De todas formas, es conveniente una reforma de la norma para no dar lugar a equívocos.

Quinta. El art. 26 de la LCT, más allá de su deficiente redacción, da lugar a que se interprete que los entes sin personalidad jurídica propia están en condiciones de ocupar la posición de empleador. Sin embargo, esta posibilidad, alimentada por el original art. 33 de la LCT, ha perdido consistencia a raíz de su modificación por la ley 21.297 (actual art. 31 de la LCT).

Sexta. No debe caerse en el error de asimilar la situación en la que varias personas jurídicas ocupan la posición de empleador, con la que se individualiza en la conclusión quinta. En la primera la posición es de tipo plural, mientras que en la segunda es de tipo individual, independientemente de quiénes vayan a ser los sujetos responsables frente al trabajador. Se trata de un caso en el que la posición de empleador está disociada de la condición de sujeto responsable.

Séptima. El tipo plural de la posición de empleador no se identifica totalmente con las obligaciones mancomunadas del tipo conjuntivo de conjunción solidaria. Se nutre de algunos de sus elementos como son la pluralidad de sujetos y la unidad de causa; pero también toma un elemento propio de las obligaciones de objeto plural del tipo conjuntivo, cual es la pluralidad de prestaciones integrantes de un todo indivisible. De ahí que no le sean aplicables las limitaciones establecidas en los arts. 699 y 701 del Código Civil, y que le resulten inoponibles los pactos de limitación de responsabilidad.

Bibliografía

AAVV, "Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva" (Coord. Rodríguez Mancini, Jorge), La Ley, 2010.

Baylos, Antonio, prólogo al libro de Desdentado Daroca, Elena, La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales. Lex Nova, Valladolid, 2006

Beltrán Miralles, Sofía: "Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas"; en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, pag.689.

Blat Gimeno, Francisco, "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, Valencia, año 2000, p.44

Bloise, Leonardo G.: "Las uniones transitorias de empresas y las obligaciones emergentes del contrato de trabajo", en AA.VV., Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo (García Vior, Andrea, coordinadora), Errepar, 2009, p. 191.

Carinci, María Teresa: "Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro"; Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'antona, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudencia; www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Castello, Alejandro: "Grupos de coordinación o colaboración empresarial y responsabilidad laboral", en en AA.VV., Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo (García Vior, Andrea, coordinadora), Errepar, 2009, pag.239

Castells, Manuel, "La era de la información. La sociedad red", Vol. I, pag. 179/227, Siglo Veintiuno Editores, cuarta edición, 2002.

Colombres, Fernando Matías, "Solidaridad laboral y contrato de franquicia comercial: un fallo que indaga y comprende la realidad negocial", D.T. 2009-B-790.

CONFALONIERI, JUAN ÁNGEL: "Descentralización y deslocalización de la producción", en AA.VV., Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva, Rodríguez Mancini, Jorge (coordinador), La Ley, 2010, p. 261.

CORNAGLIA, RICARDO J.: "La confusión de los conceptos empleador y empresa y sus consecuencias", Doctrina Laboral, Noviembre 2005, T.XIX-999, Errepar.

"Concentración empresaria. Contrato e franquicia. Solidaridad laboral y segmentación de la empresa", Doctrina Laboral, T.VII-1032, Errepar.

"Tras la bruma de la tercerización, la responsabilidad de la empresa. La jurisprudencia de la CSJN en materia de solidaridad laboral", D.T. 2010-1701.

CUERVO GARCÍA, ÁLVARO, y GUILLÉN, MAURO F.: "Outsourcing, offshoring, deslocalización: consideraciones generales y reflexiones sobre el caso español";www.fundacionrafaeldelpino.es/documentos/conferenciasyencuentros

DE LA CÁMARA ARILLA, CARMEN, y PUIG GÓMEZ, ALBERTO: "Deslocalizaciones: ¿mito o realidad?; el caso español frente a los países de Europa central y oriental"; http://pdf.biblioteca.hegoa.efaber.net/ebook/16492/DESLOCALIZACIONES.pdf

DEL BONO, ANDREA: "Deslocalización extraterritorial de empleos del sector servicios. Sentidos y transformaciones del trabajo";www.ceil-piette.gov.ar/docpub/documentos/articulos/delbono06.pdf

DEL REY GUANTER, SALVADOR, y GALA DURÁN, CAROLINA, en "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo", R.L. 2000-445

DE LUCA TAMAJO, RAFFAELE, y PIERULLI, ADALBERTO: Informe General presentado en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Paris, septiembre de 2006, en AA.VV., Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva, Rodríguez Mancini, Jorge (coordinador), La Ley, 2010, pag.41.

DESDENTADO DAROCA, ELENA: "La personificación del empresario. Problemas sustantivos y procesales", Lex Nova, Valladolid, 2006.

Documento de la Secretaría Confederal de Acción Sindical de UGT: "El fenómeno de la deslocalización industrial en España: pautas de actuación"; www.ugt.es/comunicados/2004/febrero/deslocalizacion.pdf

ERMIDA URIARTE, OSCAR: "Deslocalización, globalización y derecho del trabajo"; www.upf.edu

Fernández López, María F.: "El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar" en Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas, Trotta, Madrid, 2004.

Fernández López, María F.: "Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el derecho del trabajo", R.L. 2009 – N° 4.

Ferreirós, Estela Milagros y Hierrezuelo, Ricardo D.: "La responsabilidad laboral de la unión transitoria de empresa"; Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2006-A-1, Abeledo Perrot.

Ferreirós, Estela Milagros: "La responsabilidad. El contrato de trabajo en el marco del franchising", Doctrina Laboral, T.VIII-625, Errepar.

Foglia, Ricardo: "Empresas subordinadas y relacionadas", en Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva, Rodríguez Mancini, Jorge (coordinador), La Ley, 2010, pag.615.

Foglia, Ricardo: "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada" (Dir. Rodríguez Mancini, Jorge), comentario a los arts. 26 y 31; La Ley, 2007.

Foglia, Ricardo: "Sobre el art. 30 LCT: 'Benítez y la subsistencia de Rodríguez'", TySS, 2010-238

García-Moreno Gonzalo, José María: "Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico", en La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2001, pag. 49.

Gnecco, Lorenzo P.: "Grupos económicos y descentralización productiva", en Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva, Rodríguez Mancini, Jorge (coordinador), La Ley, 2010, pag.427.

Goerlich Peset, José María: "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar, Lex Nova, Valladolid, 2001, pag.105.

González del Cerro, Ángel: "Otra vez el art. 30 de la LCT: un paso atrás", D.T. año LXX – N° 2, pag. 299.

Husson, Michel: "Los retos de la deslocalización en Europa", Jornada sobre Política Industrial y Deslocalización en el País Vasco, Bilbao, 26 de septiembre de 2007;www.iade.org.ar

Lalanne, Julio E.: "Unión transitoria de empresas", Impuestos, 1997-A-365.

LLAMBÍAS, JORGE J.: "Tratado de Derecho Civil", Parte General, T.II.

LLAMBÍAS, JORGE J.: "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T.II.A, Editorial Perrot, 1975.

MARZORATI, OSVALDO: "Franchising. Su estancamiento y el art. 30 de la ley de contrato de trabajo", L.L.2008-F-1163.

"Sistemas de distribución comercial", Astrea, 1990.

MÉNDEZ, MARÍA B. y MORENO CALABRESE, VERÓNICA: "Identificación del empleador ante las nuevas formas de organización empresaria"; D.T.2009-A-617.

MYRO SÁNCHEZ, RAFAEL, y FERNÁNDEZ - OTHEO, CARLOS MANUEL, "La deslocalización de empresas en España. La atracción de la Europa central y oriental", www.revistasice.info

MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL: "Un derecho 'mítico': los persistentes dilemas jurídicos de los grupos de sociedades", en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, pag.669.

MORENO GENE, JOSEP: "Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filialización", en AA.VV., Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, p. 703.

MORALES ORTEGA, MANUEL: "Las relaciones interempresariales como fuente de la relación laboral", en Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas, Fernández López, María Fernanda (Coordinadora), Trotta, Madrid, 2004.

MUÑOZ GUARASA, MARTA: "Deslocalización sectorial de la inversión directa extranjera en España"; Boletín Económico de ICE N° 2744, del 21 al 27 de octubre de 2002; www.revistasice.com

NISSEN, RICARDO: "Las sociedades off shore y la responsabilidad de sus socios y representantes por las deudas laborales (comentario a fallo)", en AA.VV., Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo (García Vior, Andrea, coordinadora), Errepar, 2009, pag.

OTAEGUI, JULIO CÉSAR: "Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresaria", ED-152-917.

OTAEGUI, JULIO CÉSAR: "De los contratos de colaboración empresaria", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 16, N° 96, diciembre de 1983, pag.861.

OTAEGUI, JULIO CÉSAR: "Consorcio de cooperación", L.L.2008-C-1286.

PATRÓN, JAVIER y KELLY, DIEGO S., "El contrato de franquicia y la responsabilidad solidaria laboral", D.T. 2009-B-836.

PEDRADAS MORENO, ABDÓN, "La cesión ilegal de trabajadores", en La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar; editorial Lex Nova, Valladolid, año 2001, pag. 223.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO: "Filialización. Grupos de empresas", en Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, pag.629.

PIÑA, JOAQUÍN, "La deslocalización de funciones no esenciales en las empresas: Oportunidades para exportar servicios. El caso de Chile", Naciones Unidas, CEPAL, Serie Comercio Internacional, Santiago de Chile, septiembre de 2005.

RAINOLTER, MILTON: "La triangulación en el derecho del trabajo", TySS, 2007-385.

REZZÓNICO, LUIS MARÍA: "Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil", quinta edición, 1948, Imprenta Moderna de orlando y Cía.

RICHARD, EFRAÍN HUGO: "Unión Transitoria de Empresas ¿sujeto de derecho? (en torno a un curioso fallo de la CSJN), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,www.acaderc.org.ar

RIVERO LAMAS, JUAN, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE: "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", comentario al art. 5, T.I., pag.302, La Ley, 2007.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE: "El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales", L.L.1992-D-963

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE: Nota al fallo de la Sala X de la CNAT, "Del Puerto del Rio, Evelio F. c/ Geoservices S.A. Sucursal Argentina", D.T.2005-1257.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, MIGUEL: "Descentralización productiva y sucesión de empresas", en Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas, Fernández López, María Fernanda (Coordinadora), Trotta, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ RAMOS, MARÍA JOSÉ: "Escisión de empresas y externalización de servicios", en Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, pag.353

ROLO, ENRIQUE A. M.: "Redefinición de la figura del empleador"; TySS, 2007-809.

ROMERO, MIGUEL ÁLVARO: "Acerca de cómo opera la responsabilidad laboral en ciertos contratos de colaboración empresaria", en AA.VV., Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo (García Vior, Andrea, coordinadora), Errepar, 2009, pag.265

SÁNCHEZ PAGANO, FRANCISCO R.: "La responsabilidad de los miembros de uniones transitorias de empresas", en AA.VV., Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo (García Vior, Andrea, coordinadora), Errepar, 2009, pag.203

SÁNCHEZ PAGANO, FRANCISCO R.: "Responsabilidad del franquiciante por las obligaciones laborales del franquiciado a la luz del art. 30 de la LCT", en Solidaridad laboral en la contratación y subcontratación de servicios, Colección Temas de Derecho Laboral (García Vior, Andrea, coordinadora), Errepar, 2008, pag. 105

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO: "Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo", R.L. Abr/2009 – N° 7, año XXV

SERRANO ARGUELLO, NOEMÍ, "Limites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo", en Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO: "La responsabilidad laboral de las personas y sociedades que integran una unión transitoria de empresas (UTE)", TySS, 2003-97.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO: "Aspectos laborales de la UTE", L.L., diario del 12-08-04

VALDÉS DAL-RE, FERNANDO: "El debate europeo sobre la 'modernización del derecho del trabajo' y las relaciones de trabajo triangulares", R.L. 2009-N° 1, pag 39.

VALDÉS DAL-RE, FERNANDO: "La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo", en La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar; editorial Lex Nova, Valladolid, año 2001

Tercerización

por **LUISA G. CONTINO**[1]

1 | Introducción

Los fenómenos de tercerización, fragmentación del proceso productivo, han generado una masa de trabajadores sometidos a este tipo de contrataciones, algunas realizadas dentro del marco legal y otras que aparentemente están dentro del trabajo formal, pero por fraude o simulación se encuentran en situación de irregularidad.

El propósito del trabajo es analizar el fenómeno dentro del parámetro que establece el art. 30 de la L.C.T., en los diversos aspectos que ofrece la norma, así como su interpretación por las distintas posiciones. Y también desde el punto de vista del abuso de la figura jurídica por fraude o simulación.

2 | Solidaridad Laboral

2.1. | Generalidades

La solidaridad no es un instrumento propio del Derecho del Trabajo, sino que ha sido tomado del Derecho Civil, para tutelar la observancia de las normas imperativas que conforman el orden público laboral y evitar el fraude.

(1) Abogada. Profesora adjunta a cargo de la Cátedra de Derecho Privado VI (Laboral y Previsional) en la USPT (Tucumán), Profesora de la carrera de Especialización en Derecho Laboral de la UNCa desde el año 2010 y Profesora del Curso de Post-grado "Temas fundamentales de derecho del trabajo", dirigido por la Profesora Dra. Diana Cañal en la UBA desde el año 2010. Designada por el C.A.M. provincial como Jurado del Concurso para cobertura del cargo de Vocal de la Excma. Cámara del Trabajo, Sala I.

La ley laboral no trae una teoría general de las obligaciones solidarias, ni tampoco modifica la forma como la regula el Derecho Civil el instituto de la solidaridad, pero la institución debe pasar por el filtro del art. 9 de la L.C.T.[2]

Se altera de esa manera el principio de interpretación restrictiva de la solidaridad que impera en el ámbito del Derecho Civil, ya que en el ámbito laboral en caso de duda debe interpretarse a favor de ésta[3]. Para Diana Cañal la solidaridad es la regla y la no solidaridad es la excepción.

La imputación de solidaridad a los distintos sujetos pasivos del negocio jurídico en el Derecho Laboral proviene de la ley, ya sea en forma expresa (arts. 30, 225 a 228 de la L.C.T.), por fraude o simulación en cuyo caso se torna operativo el art. 14 de la L.C.T. o a quien se beneficia del trabajo (art. 29 de la L.C.T.).

La hiposuficiencia del trabajador a la hora de celebrar el contrato de trabajo, le impide convenir la responsabilidad solidaria de quién se beneficia con su labor, sólo excepcionalmente y por vía de Convenio Colectivo podría pactarse.

2.2. | Efectos

En el orden Nacional hasta la sanción del plenario N° 309 el 3 de febrero de 2006, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los autos caratulados "Ramírez, María Isidora c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro s/ despido", por el cual se resolvió que es aplicable el art. 705 del C. Civil a la responsabilidad del art. 30 L.C.T., que significa la opción o posibilidad de poder condenar al deudor solidario, si no se demandó o se desistió de la demanda contra el empleador principal.

La discusión radicaba en que si el trabajador tiene la obligación de iniciar la acción contra todos los deudores solidarios, o elegir al deudor o desistir durante el proceso.

(2) Foglia, Un reciente pronunciamiento de la CSJN y algunas consideraciones sobre solidaridad en la Ley de Contrato de Trabajo, en Ty SS, 2000-683.

(3) Hierrezuelo Ricardo D. y Nuñez Pedro F., *Responsabilidad Solidaria en el Contrato de Trabajo*, 2da. ed., Ed. Hammurabi, p. 53.

Otra posición distinta al plenario, niega la posibilidad de demandar al deudor solidario, sino se demandó al empleador principal. Entre sus fundamentos se afirma que su fuente es la ley, y es únicamente ella la que define en cada caso concreto los alcances; estaríamos frente a una especie de fianza solidaria del derecho civil en el cual existe un obligado directo (el empleador bajo cuya dependencia nace la obligación) y otro indirecto o vicario (el contratista por ejemplo).

Siendo el solidario obligado indirecto o vicario dice, no podría ejercerse a su respecto una acción de responsabilidad cuando no se demanda al obligado principal.

La teoría que admite la posibilidad de demandar conjunta o indistintamente al deudor solidario y al principal, sostenida por Guibourg, Mancini, Vazquez Vialard, Capón Filas, Diana Cañal, entre otros, fue la que prevaleció en el plenario N° 309[4]. La postura mayoritaria afirma la inexistencia de recepción en nuestro derecho de la solidaridad propia e impropia que se le imputa al derecho romano. El Fiscal General Dr. Eduardo Álvarez quien sostiene el voto de la mayoría, afirma que las obligaciones solidarias se caracterizan en el derecho del acreedor a exigir a cada deudor el pago íntegro, es decir, en la posibilidad irrestricta de demandar, como diría Jorge Joaquín Llambías, a todos, a algunos o a uno en particular, sin decir por qué. Afirma que "Existe, entonces, como lo advirtiera Justo López, una vocación de aplicabilidad de las normas civiles, que sólo puede ceder ante dos circunstancias concretas: a) La presencia de una norma laboral expresa distinta y b) La incompatibilidad de la norma civil con principios generales del Derecho del Trabajo… En la Ley de Contrato de Trabajo no existe un régimen específico y distinto de la responsabilidad solidaria y no se advierte incompatibilidad alguna entre lo dispuesto por los arts. 669 y 705 del Código Civil y el principio protectorio. Muy por el contrario, la doctrina coincide, de una manera unánime, en que el art. 30 de la L.C.T. esta destinado a garantizar el cobro de los créditos, para lo cual crea sujetos pasivos múltiples, aún en la ausencia de fraude o ilicitud, con la finalidad de tutelar al dependiente…". En consecuencia, considero que corresponde aplicar las claras disposiciones del Código Civil, cuyos alcances he reseñado y no cabe privar al acreedor laboral de ese derecho esencial de elegir que

(4) "Ramírez, María Isidora c. Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro S/Despido" C.N.A.T. 23/'2/2.006

tienen todos los acreedores de obligaciones solidarias y que consiste en demandar, como diría Llambías en la obra ya citada a todos (empleador y contratista), o a uno (el contratista o el empleador)".

Finalmente, criticó la postura tradicional por cuanto la misma: "1) Carece de todo respaldo normativo; 2) Implica la creación voluntarista de un sistema autónomo de responsabilidad solidaria que no responde a ninguna disposición del ordenamiento; 3) Prescinde de lo esencial en materia de solidaria pasiva, que es el principio de libre elección del acreedor, que puede demandar "a todos, a algunos o a uno", al mismo tiempo o en forma sucesiva; sin tener que explicar el porqué; 4) Incurre en el error de aludir a obligados "principales" y "vicarios" o "accesorios" cuando lo que caracteriza a la solidaridad es la ausencia de un "deudor principal"; 5) Impone para los trabajadores un régimen de menor beneficio, peyorativo en relación lo dispuesto en el Derecho Civil, al privarlos de la posibilidad de optar y conminarlos a reclamar al empleador, al que se lo erige como deudor principal; 6) Materializa una diferencia de trato hacia el acreedor laboral, que consagra una inadmisible discriminación, porque el trabajador es el único titular de una obligación solidaria en el país al cual un órgano jurisdiccional le exige ejercer una conducta con un contenido preciso: incluir al empleador en el reclamo".

Los alcances del plenario se restringen a los supuestos de cesión total o parcial del establecimiento, y a los de contratación o subcontratación previstos en el art. 30 de la L.C.T., y no a los otros supuestos de solidaridad. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia es conteste en extender esta interpretación a los casos de interposición e intermediación dispuestos en los arts. 14 y 29 de la L.C.T.

Sin perjuicio del fallo Plenario, en algunas jurisdicciones provinciales como Tucumán la C.S.J.T.[5] se sigue aplicando el criterio restrictivo, así con el fundamento de que "La solidaridad del art. 30 LCT sólo se aplica como garantía accesoria de la obligación principal, por lo que no puede ejercerse una acción de responsabilidad subsidiaria cuando no se demanda al obligado principal, ya que ello exige que, previamente, se determine la existencia de un crédito contra el obligado principal"…Del juego de

(5) Corte Suprema de Justicia de Tucumán autos "Quinteros Hernán Omar Y Otros Vs. Cia De Circuitos Cerrados S.A. S/Diferencias" 7/6/00

los arts. 523, 524, 525, 689 y 717 del Código Civil, surge que no se puede condenar al deudor accesorio obligado en virtud del art. 30 del régimen del contrato de trabajo, si no se condena al deudor principal, puesto que se trata de una obligación mancomunada (una sola prestación), con solidaridad (la prestación no es divisible con respecto al acreedor) impropia, o sea, sin comunidad de intereses entre los deudores, porque existiría uno principal y otro accesorio".

3 | Cesión Total y Parcial - Contratación y Sub-contratación

3.1. | La Figura Legal

En el art. 30 debemos distinguir tres situaciones:

1. El que hace referencia a la cesión total o parcial del establecimiento.

2. Cuando se contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito.

3. La carga de quien contrata de exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de quienes contraten o subcontraten.

3.2. | Cesión parcial o total del establecimiento

Siguiendo a Enrique Arias Gibert[6] consideramos que la hipótesis de la primera parte del art. 30 LCT se diferencia de la transferencia del establecimiento de los arts. 225 a 228, en que mediante ésta el titular del establecimiento se desprende de su titularidad, aún a título provisorio, mientras que en los supuestos del art. 30 L.C.T. la titularidad eminente nunca se separa del cedente.

(6) Arias Gibert Enrique, "El Establecimiento" *Revista la Causa Laboral de la AAL*, Año I, N° 6 Setiembre de 2002.

Es decir entonces que la norma del art. 30 L.C.T. se aplica a todos los supuestos en los cuales no exista transferencia del establecimiento, es decir que se mantiene el poder de decisión eminente.

Según Enrique Arias Gibert la diferencia en uno y otro supuesto radica en que la responsabilidad del art. 30 LCT se dirige a quien tiene el poder eminente, aún así jamás haya actuado como empleador en el establecimiento. En la transferencia del establecimiento, la solidaridad se proyecta hacia quien continúa la explotación.

Así afirma que en la primera hipótesis regulada por el legislador no es de aplicación el requerimiento de "la actividad principal y específica" ya que ésta no está referida a la empresa, sino al establecimiento. Es obvio nos dice, que quien cede el establecimiento, cede la actividad principal y específica del mismo.

Así da como ejemplo la concesión por una sociedad civil de un establecimiento gastronómico del que es propietaria, no puede alegar frente al reclamo del trabajador que la actividad gastronómica no forme parte de su actividad principal y específica con referencia a su objeto social. Para el autor la defensa es inadmisible en tanto: a) se trata de la cesión total de un establecimiento (entendido como la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines-de la empresa), por lo que está excluida del requerimiento de la actividad normal o específica y; b) aún así fuera de aplicación el requisito de la actividad principal y específica, no puede olvidarse que la actividad principal y específica de un establecimiento gastronómico es la gastronomía, con prescindencia de cuál sea la actividad principal y específica de la empresa propietaria del establecimiento.

3.3. | Contratación y Sub-Contratación

3. 3. 1. ACTIVIDAD PRINCIPAL Y ACCESORIA

Respecto al supuesto que prevé el art. 30 de la L.C.T. en su 2do. párrafo existen dos criterios uno amplio y otro restringido.

Un sector de la doctrina y jurisprudencia que sostiene el criterio amplio, comprendiendo no sólo la actividad principal sino también las accesorias o secundarias, teniendo en cuenta el que se beneficia con el trabajo.

En la posición amplia se enrola Justo López[7] que entiende que "por actividad normal y específica propia del establecimiento no debe entenderse sólo la actividad principal —en el sentido de que principal se suele oponer a lo accesorio—; la expresión comprende también a las actividades que pudieran ser calificadas de secundarias y accesorias, con tal que estén integradas permanentemente al establecimiento".

Estela Ferreirós[8] opina que "en una interpretación teleológica quedan aprehendidas por la regla, tareas que a primera vista parecen accesorias, pero que en realidad son engranajes imprescindibles para la obtención del objetivo empresario" luego agrega "es que la empresa es una unidad técnica de ejecución y toda actividad que coadyuva al funcionamiento ejecutivo y se orienta al fin queda comprendida".

Para Rodolfo Capón Filas[9] "Actividad normal y específica propia en una economía cerrada tal vez pudo interpretarse como tareas propias del establecimiento o de la explotación, dejando fuera otras que, si bien importan, no son propias. Al contrario, en una economía abierta y competitiva deben ubicarse las tareas del establecimiento o explotación dentro del segmento económico marco (actividad) en el que la empresa se desarrolla, por lo que, por ejemplo, podrá dedicar cinco de sus establecimientos a la actividad extractiva, tres a la actividad comercial, uno a la actividad financiera, dispersando así los factores de riesgo para superar la crisis. Planteado así el tema, en el establecimiento existen diversas tareas, esenciales unas, conducentes otras. Estas últimas de ninguna manera son prescindíbles ya que, si no se realizarán, al corto tiempo sería imposible concretar las primeras, lo que muestra que su existencia condiciona la de la empresa.

(7) López-Centeno-Fernández Madrid, *Ley de contrato de Trabajo Comentada*, Tomo I, p. 258/259.

(8) Ferreirós Estela, "El art. 30 de la L.C.T. después de la reforma de la Ley 25.013 y la consecuente solidaridad" Doctrina Laboral Errepar, XIV, p. 41

(9) Capón Filas Rodolfo, *Derecho del Trabajo*, 1998, p. 209/210, Librería Editora Platense.

Mientras las tareas esenciales la definen, las conducentes la condicionan, por lo que ambas son importantes, deben ser atendidas por igual y responsabilizan de idéntico modo a la empresa".

Para Vázquez Vialard[10] dentro de esa misma posición "Actividad normal debe determinarse en función de la decisión que haya tomado el empresario a fin de encarar las tareas destinadas al cumplimiento de la finalidad económica perseguida. En cuanto a lo específico, debe distinguirse en el proceso de elaboración de un bien o servicio de aquello que no lo es. Al respecto, dice, no sólo corresponden a la primera calificación aquellas laborales que atañen directamente al cumplimiento del fin perseguido, sino también aquellas que resultan coadyuvantes y necesarias (aunque secundarias) a pesar de ser auxiliares o de apoyo, resultan imprescindibles para que se puedan cumplir las otras (ya que normalmente integran —como auxiliares— la actividad).

El Dr. Fernández Madrid[11] adhiere también a esta línea de opinión, postulando que "por actividad normal y específica debe entenderse toda aquella que haga posible el cumplimiento de la finalidad de la empresa y que puede ser relativa al núcleo del giro empresario (por ej. fabricación de cubiertas en una fábrica de cubiertas) como a los trabajos que coadyuvan al cumplimiento del objetivo correspondiente, pues empresa es un todo y no puede ser fraccionada en partes a efectos de establecer la posible responsabilidad solidaria".

La Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires ha dicho: " El art. 30 de la LCT como su similar art. 4° de la ley 24.028, en cuanto concierne a la específica responsabilidad por accidentes de trabajo, sujetan la solidaridad a la comprobación de la contratación o subcontratación de servicios que, aun no configurando la actividad específica y principal del establecimiento, sean secundarias o accesorias, pero que se encuentren permanentemente

(10) Vázquez Vialard Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, 1° ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982 T II, p. 361/362

(11) Fernández Madrid Juan C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ed. La ley, 1992, T I, p. 505.

integrados a ella y coadyuven en la consecución de los fines empresariales[12]".

No obstante hay un sector de la doctrina y la jurisprudencia, que mantienen el criterio restrictivo el cual entiende, que solo deben incluirse aquellos trabajos que están íntimamente relacionados con la actividad de la empresa y que no se pueden escindir de la misma sin alterar el proceso productivo, con exclusión de aquellas que resultan secundarias o accesorias.

Rodríguez Mancini[13] enrolado en esta posición expresa que la norma exige que la actividad sea "propia del establecimiento", debiéndose tomar esta última expresión con el significado legal, el que contiene el art. 6° de la L.C.T. o sea "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones".

3. 3. 2. CRITERIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El criterio restringido fue sostenido por la C.S.J.N. en los autos "Rodríguez, Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina S.A." y completado en "Luna c/Agencia Marítima Rigel S.A. (CSJN 2/7/93)". Así en Rodríguez en el considerando N° 10 la Corte dice: "Que el art. 30 de la ley de contrato de trabajo contempla supuestos distintos de los que son materia de recurso. La norma comprende las hipótesis en que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento. Son supuestos en los que se contrata prestaciones que completan o complementan la actividad del propio establecimiento, esto es, 'la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones' (art. 6°, ley de contrato de trabajo)". Por su parte la Corte en Luna estableció que "el art. 30 de la LCT se refiere específicamente al establecimiento, esto es, la unidad técnica de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa a través de una o más explotaciones (art. 6 LCT), en aquellos casos en que se complete o complemente su real actividad, aunque ésta sea inherente a la dinámica del giro comercial y no se persiga el propósito de fraude".

(12) "Suárez, Omar A. vs. De la Rosa, Ereneo y otro " T y SS, 2005-734 27/07/05

(13) Rodríguez Mancini "El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales" Ed. La Ley ,1992-D-963, Secc. Doctrina

Mario Ackerman[14] nos dice "que en un fallo inusitado y sin precedentes la C.S.J.N. en los autos Rodríguez Juan c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro, comenzó una serie de pronunciamientos con los que fue definiendo con un criterio limitativo el sentido de actividad normal y específica propia del establecimiento, que es la verdadera puerta de entrada de la solidaridad que se impone en algunos de los supuestos de contratación y sub-contratación de trabajos o servicios".

En los casos "Rodríguez" y "Luna" la C.S.J.N. toma como directiva de interpretación para las normas del Derecho del Trabajo la novísima regla a favor del comercio y las inversiones, donde el jurista laboral es asaltado por el desasosiego, dice Ackerman, y frente a ese razonamiento el argumento expuesto en la Encíclica *Rerum Novarum* de que el trabajo no es una mercancía, pasa a ser un expresión de nostalgia.

Al respecto Ackerman opina, que los argumentos extrajurídicos en que se apoya la C.S.J.N. para abrir la instancia extraordinaria, configuran a su criterio un exceso. Implanta la regla a favor del comercio y de las inversiones que se consagra también en "Luna Antonio Rómulo vs. Agencia Marítima Rigel S.A.".

Concluye en este punto: "con la invocación de preservar los negocios y las inversiones, la C.S.J.N. no sólo produce un debilitamiento de la regla protectoria contenida en el art. 30 de la L.C.T. sino que consagra la mutación de un bien jurídico tutelado por el Derecho del Trabajo; que de la posición del trabajador dependiente es desplazado hacia las necesidades de los inversores y el comercio".

Respecto al considerando N° 8°. Que las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos en principio a la relación sustancial que motivó la reclamación de autos, requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 30 de la ley de contrato de trabajo. Esta exigencia de un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma —o de su interpretación—

(14) Antes y Después de "Rodríguez". *Revista de Derecho Laboral. La solidaridad en el Contrato de Trabajo,* Ed. Rubinzal - Culzoni, 2001-1, p. 191/203.

que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla general consagrada por los arts. 1195 y 1713 del Cód. Civil y 56 de la ley 19.550, vinculados, en este aspecto, con la intangibilidad del patrimonio establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional. Al respecto Ackerman opina que la presunción que ve brotar la Corte en Rodríguez, deja perplejo al Jurista laboral, basta observar que el propio art. 1195 del Código Civil es el que admite la excepción a la regla general cuando la solidaridad surja de una disposición expresa de la ley. El art. 700 establece la ley como fuente de responsabilidad solidaria, entonces dada estas previsiones y la regulación por una ley especial y posterior no parece que pueda configura por sí una violación a las garantías constitucionales.

De la postura de la C.S.J.N en los fallos citados podemos reseñar los siguientes puntos:

- "Cuando un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución, no corresponde la aplicación del artículo 30 de la LCT".

- "En los contratos de concesión, distribución y franquicia, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos del artículo 30 LCT".

- "Las figuras delegativas previstas por el artículo 30 LCT son inherentes a la actividad real propia del establecimiento y no al objeto social".

- "Para que nazca la solidaridad que establece el artículo 30 LCT es necesario que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista".

Con Rodríguez y Luna la C.S.J.N. puso un *quietus* en la interpretación de la norma sub-análisis, y para hacerlo se expidió sobre cuestiones de hecho y de derecho común. La posición que adopta responde a un criterio economicista, propio del neoliberalismo imperante en esos momentos. Así se

impuso la economía y sus principios, por encima no sólo del orden público laboral sino también del orden público general.

Este criterio que fue sostenido durante mucho tiempo, fue repetido por múltiples Tribunales Nacionales y Provinciales que transcribían literalmente algunos considerandos del fallo Rodríguez, sin entrar a analizar pormenorizadamente el supuesto de hecho de cada caso en concreto.

En su nueva integración la C.S.J.N. se ha expedido en "Vizzoti, Carlos Alberto vs. AMSA S.A." del 14/09/04 con una posición profundamente humanista, alejándose del criterio economicista que se sostuvo en Rodríguez. Así en sus considerandos manifiesta : "La Corte no desconoce, desde luego, que los efectos que produzca la doctrina del presente fallo podrían ser considerados, desde ciertas posiciones o escuelas, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general… Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las `leyes´ de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas "leyes"), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad. Es perentorio insistir, ante la prédica señalada, que el trabajo humano "no constituye una mercancía" (Fallos: 290:116, 118, considerando 4 °)".

Es decir que a partir de allí toda doctrina que pretenda colocar los intereses del mercado o las reglas de la economía antes del hombre es ilegal.

Asimismo y en relación al art. 30 L.C.T. específicamente, la C.S.J.N. en su actual composición, denegó el remedio federal con sustento en lo dispuesto en el art. 280 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación en supuestos en que se había declarado la solidaridad.(15)

En los autos "Páez, Augusto y otro c/Sindicato del Seguro de la República Argentina y otros" del 18/10/06 dejó firme la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba que condenaba solidariamente al Sindicato del Seguro de la República Argentina y a la Obra Social del Personal del Seguro de la República Argentina por las deudas laborales contraídas por los concesionarios de un hotel de turismo, propiedad de la entidad sindical. Por mayoría, se declaró inadmisible el recurso (art. 280 CPCCN). El Dr. Lorenzetti, en disidencia, propuso admitirlo y en cuanto al fondo sostuvo que "cuando se trata de un contrato que celebra una parte con otra, la regla es que no hay acción directa de los empleados de la segunda respecto de la primera, porque se aplica el principio del efecto relativo. Las múltiples contrataciones que puede realizar una empresa con terceros, están sujetas a la responsabilidad limitada que deriva de lo pactado entre ellos y de la circunstancia de que ningún acuerdo que celebre una de ellas con terceros puede perjudicarla (art. 1195 del Código Civil) "... y que no es posible responsabilizar a un sujeto por las deudas laborales que tengan las empresas que contrate, aunque los bienes o servicios sean necesarios o coadyuvantes para la actividad que desempeñe, porque en tal caso habría de responder por las deudas laborales de los proveedores de luz, teléfono, aire acondicionado, informática…". Agregó luego que "en los supuestos de contratos con terceros la solidaridad se produce cuando se trata de una actividad normal y específica, entendiéndose por tal aquella inherente al proceso productivo".

En los autos "Fiorentino, Roxana María Luján c/Socialmed S.A. y otro" 29/05/07 rechaza nuevamente el remedio federal contra el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que condena solidariamente a la Obra Social del Personal de la Construcción (OSPeCon) y a

(15) García Vior, Andrea E., *La Corte y el Art. 30 De La L.C.T. Revista de Derecho Laboral* Actualidad Año 2007, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2007-2.

Socialmed S.A. por los créditos laborales de una médica gastroenteróloga que prestaba servicios en la Clínica de propiedad de la Obra Social que era gerenciada por Socialmed S.A.

Lorenzetti nuevamente vota en disidencia con idénticos argumentos que "Páez".

Como señala Diego Tosca[16] de la base de datos de la C.S.J.N. puede advertirse la intervención de ésta en más de una decena de casos en que estaba en discusión el alcance del art. 30 L.C.T. Coincidiendo en el análisis que realiza, Andrea E. García Vior[17], este autor advierte un cambio en la Jurisprudencia del Excmo. Tribunal, por cuanto en los casos que los Tribunales de Grado condenó solidariamente al contratante la Corte en virtud del art. 30 de la L.C.T. ha rechazado el remedio Federal basado en el art. 280 C.P.C.N. cita los siguientes supuestos[18]:

- Servicios de cavado de zanjas contratados por la empresa proveedora del servicio de agua potable.

- Concesión de venta minorista a través de un tercero —titular de estación de servicio— de combustibles producidos por la empresa petrolera.

(16) El art. 30 de la L.C.T. Cesión de Establecimiento- Contratación y sub-contratación de personal. *Tratado de Derecho del Trabajo,* Mario Ackerman (Dir. Coord. por Diego Tosca), Ed. Rubinzal - Culzoni, 2010, Tomo X, p. 51/74.

(17) Op. cit., 14

(18) Las causas referidas son:
"Galmarini, Marcelo Fabio y otros c/ Aguas Argentinas S.A. y otros", 11/07/2006.
"Del Bueno, Teodoro y otros c/ Shell Compañía Argentina de Petróleo y otro", 24/08/2006.
"Páez, Augusto y otro c/ Sindicato del Seguro de la República Arg. y otros", 18/10/2006-
"Herrera, Nerio Felipe c/ Degac S.A. y otro", 10/04/2007.
" Makarsky, Javier Martín c/ The Securiy Group S.A. y otro", 08/05/2007.
" Florentino, Roxana María Luján c/ Socialmed S.A. y otro", 29/05/2007.
"Ledesma, Héctor Daniel c/ Manco, Osvaldo Oscar y otro", 05/06/07.
"Farias, Ana Victoria c/ Clínica Privada Psiquiátrica Esquirol S.A. y otro", 17/07/2007.
"Castro Bourdin, José Luis c/ Jockey Club Asoc. Civil y otros", 17/07/2007.
"Ajis de Caamaño, María Rosa y otros c/ Lubeko S.R.L. y /o Y.P.F.", 26/02/2008.
"Della Marca, Daniel Alfonso c/ Automóvil Club Argentino y otro", 18/06/2008.
"Murillo, Héctor Octavio c/ Pibal", 30/09/2008.

- Concesión de un hotel turístico por parte del sindicato y de la obra social propietarios del emprendimiento.

- Contratación por parte de un supermercado de servicios de transporte para la entrega de mercadería en el domicilio de los consumidores.

- Relación anudada entre una obra social y una clínica médica que presta servicios a los afiliados de aquélla.

- Relación entre la empresa proveedora de servicio de seguridad mediante alarmas monitoreadas y la organización dedicada a la venta e instalación del servicio.

- Contratación por parte de una obra social de un servicio de transporte para el traslado de pacientes.

- Contratación de servicios de limpieza de edificios, pabellones, oficinas y campamentos por parte de empresa dedicada a la explotación petrolera (Y.P.F.).

El punto de inflexión sobre este tema, lo constituye el fallo "Benítez, Horacio Osvaldo c. Plataforma Cero S.A. y otros", sentencia del 22/12/2009 y así lo advertí en el debate del XVIII Congreso Nacional y XV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social realizado en San Miguel de Tucumán 7 a 9 de octubre de 2010. En esa oportunidad el Dr. Rodríguez Mancini opinó que no era así, y que la Corte nunca debió intervenir en cuestiones de derecho común. Al respecto señalé el antecedente Rodríguez, y que en este fallo que analizo Infra, sumado al ya reseñado Vizzotti. El cambio de criterio se había operado. En esa oportunidad el Dr. Diego Tosca argumentó igual criterio señalando su pormenorizado análisis citado en este trabajo.

En Benítez la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al principal, Plataforma Cero S.A., a pagar diversos rubros laborales derivados del despido indirecto y desestimó el planteo de solidaridad del concedente, Club Atlético River Plate Asociación Civil. Para así decidir, sostuvo que se verificaban los extremos referidos en los antecedentes de Fallos: 316:713

("Rodríguez") y 323:2552 ("Escudero"), pues del contrato de fojas 161/164 se desprendía que River Plate otorgó la explotación exclusiva del servicio de venta ambulante y en puestos fijos de varios productos, quedando a cargo del concesionario las diversas obligaciones en materia de higiene, modalidad de expendio, provisión y supervisión del personal, sin que las restantes probanzas permitieran advertir situaciones que desnaturalizaran lo pactado. Asimismo, que no se hallaban cumplidos los recaudos exigidos por el art. 30 de la LCT ya que no surgía de la prueba que, con su actividad gastronómica comercialización de ciertos productos, el concesionario hubiera contribuido a conformar una unidad técnica de explotación con el club de fútbol, más allá de brindar sí una mejor estadía a los espectadores de los eventos que tuvieran lugar en la institución.

Allí la Corte manifiesta en el considerando Nº 5 la "inconveniencia" de habilitar esta instancia y para asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en el caso, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. (doctrina de Fallos: 183:409, 413). Y en Nº 6 expresa, la decisión del *a quo*, en tanto no se apoya en un criterio propio sobre la interpretación y alcances del antedicho precepto, sino que se reduce a un estricto apego a la doctrina mayoritaria de "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" (Fallos: 316:713), debe ser dejada sin efecto con el objeto de que la cuestión litigiosa sea nuevamente resuelta en la plenitud jurisdiccional que le es propia a los jueces de la causa. Este resultado, por cierto, no abre juicio sobre la decisión definitiva que amerite el tema *sub discussio* (artículo 16, primera parte, de la ley 48).

O sea que si bien la Corte no re-analiza, manda a fallar de nuevo a quien en un apego estricto a la doctrina mayoritaria Rodríguez no efectúa una plenitud jurisdiccional o sea un acabado análisis del caso.

Por no ser Tribunal de Casación, no puede decirse que en orden a normas de derecho común los criterios de la C.S.J.N tengan carácter de definitivos y obligatorios. Por ello aplicarlos en forma automática, repitiendo los argumentos como se venía haciendo con el fallo "Rodríguez", era totalmente improcedente, ya que todo depende de las circunstancias fácticas de la causa y de la prueba producida al respecto. Si se demanda solidariamente

a varios deudores, el juez determinará la norma aplicable, sea o no la elegida por la accionante en virtud del principio *iura novit curia*, y luego deberá interpretarla, definir su alcance y significado. Al aplicar la norma no puede limitarse a traspolar soluciones y como dice el fallo en "la plenitud jurisdiccional que les es propia", deberán interpretar cada caso.

4 | Modificación introducida por la Ley 25.013

A través de la ley 25.013 se ha introducido una modificación al segundo párrafo del art. 30 de la ley 20.744, que establece la obligación a los cedentes, de observar una serie de recaudos de contralor en materia laboral y previsional sobre la gestión de los cesionarios y subcontratistas con su personal.

Algunos autores[19] entienden que, cuando la reforma establece que "el incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios..." se refiere a los que se enuncian en ese segundo párrafo, que consisten en un deber de control del cedente sobre el cumplimiento de determinadas obligaciones laborales y de la seguridad social, ello implicaría que acreditando el cedente que ha cumplido con tal obligación desaparecería la responsabilidad que establecía el anterior segundo párrafo del art. 30 de la L.C.T. Nos encontraríamos, entonces, ante una norma que ha modificado sustancialmente la esencia de lo normado en el art. 30 L.C.T. Otra interpretación posible nos dice Rubio es que la nueva norma ha impuesto una mayor carga de vigilancia al cedente sobre el cumplimiento por los cesionarios de sus obligaciones laborales, pero sigue siendo requisito esencial para la solidaridad del art. 30 que la contratación, subcontratación o cesión se refiera a trabajos o servicios correspondientes "a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito"

Para Estela Ferreirós[20] el legislador se refiere a una obligación de control permanente, impuesta a favor de cada uno de los trabajadores y que no

(19) Rubio Valentín, "Derecho Laboral", Ed. Rubinzal - Culzoni, 1999, T.I, p. 43.

(20) Ferreirós, Estela "El artículo 30 de la LCT después de la reforma de la ley 25.013 y la consecuente solidaridad, *Doctrina Laboral,* Errepar, XIV, p. 41.

puede delegarse en terceros, es decir, que es de cumplimiento personal y continuo. Con esa decisión, la ley presume, sin admitir prueba en contrario, un vínculo permanente entre cedentes, contratistas o subcontratistas para con los cesionarios o subcontratistas, ya que no se trata de obligaciones que se agotan en una vez sino que se mantienen en el tiempo; es ese vínculo jurídico contractual entre ambas empresas el que faculta a la primera a ejercer un cierto control, acotado por la norma, sobre la segunda. Considera también que el empresario principal mantiene su responsabilidad solidaria porque en términos más generales es el garante del cumplimiento efectivo de las obligaciones de aquellas empresas que realizan tareas propias de su actividad específica, que le permiten obtener el beneficio que busca.

Para Ricardo Hierrezuelo y Pedro Nuñez se ha pasado de un esquema de solidaridad objetiva, que surgía de la simple contratación inter-empresarial a uno de tipo subjetivo, que se configura por el incumplimiento de deberes de control[21].

Ackerman considera que son un nuevo condicionamiento para la procedencia de la responsabilidad solidaria del contratante.

Respecto del tipo de obligación, hay dos criterios, uno que se trata de una obligación de resultado por lo que el empresario principal no podría eludirla acreditando haber dirigido al contratista o subcontratista alguna exhortación formal en tal sentido o supervisado sus libros.

Otra posición que podíamos denominar restrictiva dice que es una obligación de medios o de actividad, en la que resulta suficiente acreditar haber exigido el cumplimiento, o sea que la diligencia opera como criterio para valorar la exactitud del cumplimiento.

Nuñez e Hierrezuelo mencionan una tesis intermedia, que comparte básicamente los fundamentos expuestos por la tesis restrictiva pero entiende que la obligación del empresario principal no se detiene simplemente en el "deber de exigir" sino que ha de observarse su comportamiento posterior. O sea que al verificar un incumplimiento debe poner en movimiento

(21) Op. Cit. 2, p. 320.

los mecanismos previstos contractualmente destinados a rescindir el contrato celebrado porque, de otro modo, su conducta omisiva ha de interpretarse como la asunción de los riesgos del incumplimiento.

5 | Fraude y Simulación

Hay fraude cuando al amparo de una disposición legal, se obtiene un resultado prohibido por otra norma jurídica. Vrg. interposición de personas, o de renuncias.

Según Capón Filas y Giorlandini(22) el término fraude laboral puede considerarse una expresión genérica que se refiere a todas las formas de evasión del cumplimiento total o parcial del derecho del trabajo, formando el cuadro de la llamada patología jurídica.

En la simulación su finalidad es ocultar una relación o acto verdadero para producir una situación jurídica aparente, es decir bajo la apariencia de un negocio ficticio se viola o se priva de derechos. Vrg. renuncia ficticia, o cuando se utiliza una figura no laboral.

Por su parte el art. 955. del C.C. dice que la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

El art. 30 L.C.T. para que proceda su aplicación, luego de que se cumplan todos los presupuestos ya analizados, no requiere por sí que haya fraude. Si la tercerización es lícita y los contratantes son reales juega la solidaridad en los términos de la norma.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán ha dicho en relación a la responsabilidad directa derivada de una interposición fraudulenta " El art. 30 de la L.C.T. si bien para una parte de la doctrina contempla el fraude

(22) *Diccionario de Derecho Social. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Relación Individual del Trabajo*, p. 341/342

o simulación laboral, nadie duda que también estipula otros supuestos de responsabilidad solidaria entre empresario principal y los contratistas y subcontratistas, donde la noción de fraude laboral resulta extraña. Es decir, regula la situación de "verdaderos" contratistas y subcontratistas, solidarizándolos al respecto de las obligaciones laborales. Así se ha sostenido expresamente que: "Este artículo establece la responsabilidad solidaria en caso de contratación o subcontratación con empresas reales, dado que en el supuesto de mediar fraude o simulación contemplados en el art. 14, no hay responsabilidad subsidiaria sino directa" (CN. Tr., Sala IVa., 24/7/78 J.T.A., 1979-3)[23]".

Ahora bien si el empleador utiliza a una persona, empleado, o un tercero insolvente para que contrate personal y lo ponga a su servicio, estamos frente a la interposición de testaferros u hombres de paja. Así también la interposición fraudulenta puede hacerse a través de falsas empresas.

En ambos casos ya no juega el art. 30 L.C.T. sino resulta aplicable el art. 29 L.C.T. primer párrafo por el cual serán considerados, los empleados de la contratista o sub-contratista, directos de quien utilice la prestación y por el principio de la primacía de la realidad, se impone el art. 14 de la L.C.T. en virtud del cual opera la nulidad de la contratación en infracción a la norma.

5.1. | Interposición Fraudulenta

Ahora bien habrá contratación o sub-contratación, cuando la empresa contratista o subcontratista revista el carácter de tal. Empresa en los términos del art. 5 de la L.C.T. es la "organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenado bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos".

Krotoschin[24] nos dice que "es contratista, quien, disponiendo de elementos propios de trabajo y cierta solvencia económica, presta servicios o realiza obras para otros por su cuenta"; por su parte Capón Filas[25] nos habla de

(23) Sentencia N°: 12 Fecha: 23/02/1994 C.S.J.T.

(24) *Tratado Teórico Práctico de Derecho del Trabajo,* 2da. ed., 3era. Reim., p. 143/144.

(25) Op. cit. 8, p. 197/220.

que el contratista debe tener solvencia económica y técnica para dirigir su organización empresaria; Justo López a su vez señala que es necesario que quien es subcontratista, tenga a su disposición los medios de producción. Por su parte Enrique Arias Gibert[26] dice "el empresario es quien posee los medios de producción. Son medios de producción los materiales, los inmateriales y los personales, en los términos del art. 5° de la RCT" "...sólo puede ser empleador quien posee capital y lo utiliza para sus propios fines. No puede ser considerado empresario quien carece de los medios de producción y está respecto de ellos, en una relación de tenencia precaria...".

Es decir que el contratista o sub-contratista que carezca de solvencia económica o técnica, que carezca de medios de producción, es un mero hombre de paja. Estamos frente a una interposición fraudulenta y en este caso la responsabilidad es directa y no refleja por aplicación del art. 14 de la L.C.T., al declarar la nulidad del contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio.

Así en los supuestos de contrataciones o subcontrataciones, debemos tener en cuenta si la empresa contratada, es una verdadera empresa en el sentido del art. 5 de la L.C.T. u otros recaudos que alguna ley especial lo requiera por ejemplo:

- Que no haya sido creada por la propia contratante para delegar funciones y responsabilidades laborales, es decir aquella delega el poder, pero lo reserva en última instancia, coincidencia del lugar físico en la explotación, carencia de contabilidad y afiliación previsional y fugacidad de la vinculación con el concedente Fascina José vs. Harrod´s sent. 29/7/74 CNAT SALA I.

- En el caso que los denominados contratistas, que cumplían horarios fijos, con el sometimiento a la disciplina interna de la empresa, utilizando para su trabajo los muebles, útiles, herramientas u máquinas existentes en el lugar, que les eran concedidas gratuitamente…" Ochetti y Cía " Sent. 23/3/76 de la C.S.J.N.

(26) Op. cit. 5.

- "No es contratista (es decir empresa empleadora) sino un mero trabajador dependiente, aquél que carece de estructura empresarial, aunque pague a los trabajadores aparentemente a sus órdenes, si lo hace con fondos que recibe de la empresa principal, la que también provee los materiales, y si está sujeto a las indicaciones del personal técnico de dicho empresario…".

Así también procede la responsabilidad directa del contratante cuando éste crea una sociedad a los fines que ésta asuma la responsabilidad de los trabajadores, cuyo trabajo lo beneficia en definitiva. Sociedad que carece de capital social suficiente, es decir está infra-capitalizada, o tiene a sus empleados en total clandestinidad, o con remuneraciones por debajo de las categorías u horarios que desempeñan.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán[27] en un caso de tercerización de personal por parte de empresas citrícolas, la nota relevante del caso es que dicho personal cumplía tareas administrativas en la sede de la contratista. Así dijo que "Dicha norma —art. 14 de la LCT— dispone la nulidad de todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio, y determina que en tal caso, la relación quedará regida por la LCT. El art. 14 de dicha ley refiere como un caso de fraude a ésta, al de la interposición fraudulenta de persona, en donde interpuesto un tercero entre el trabajador y el empleador, éste aparece fuera de toda responsabilidad, que recae sobre el tercero. En este caso, la interposición es fraudulenta —en el sentido de ilícita— porque permite a un sujeto evadir las normas laborales imperativas, y el medio empleado es el de una simulación ilícita, ya que se interpone a un empleador aparente (no verdadero, generalmente insolvente) para ocultar al empleador real (cfrme. Etala, Carlos A., Ley de Contrato de Trabajo comentada, pág. 52).El remedio legal contra la evasión de las normas laborales imperativas, consiste en quitar eficacia —en razón de su ilicitud— a la exoneración de responsabilidad laboral procurada por el empleador mediante la fraudulenta interposición de un tercero, resultando, en consecuencia, responsable directo del cumplimiento de las obligaciones laborales. La solución dispuesta por el art. 14 de la LCT debe ser aplicada aun cuando esta norma legal no se encuentre expresamente

(27) CSJTuc., sent. 890 del 04/11/2) Sentencia N°: 433 Fecha: 11/05/2009 C.S.J.T..-

invocada en la demanda, si de los hechos esgrimidos en el escrito inicial, y probados en la causa, resulta que se encuentran dadas las condiciones para su aplicación. Ello es así, por cuanto conforme al principio *iura novit curia* (art. 34 CPCC), el juez no sólo tiene la facultad sino el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes".

En ese caso se había probado que:

1. Las contratista cuya actividad es agroindustrial no aparece como titular ni siquiera como arrendataria de tierras para desarrollarla, carece de infraestructura organizativa propia e independiente, centro de labores, máquinas e instrumentos de trabajo, establecimiento propio, organización jerárquica, bienes de transporte, contratistas. Es decir no revestían el carácter de empresa en tanto no se trataba de una organización productiva o prestadora de servicios que utiliza la capacidad laborativa del trabajador dependiente para, precisamente, incorporarla en sus procesos productivos o prestadores, con fines de lucro o sin ellos.

2. Que si bien la contratante (importante citrícola del medio), había omitido deliberadamente colocar como objeto en el contrato social la cosecha de citrus, la misma tenía fincas destinadas al cultivo de citrus, viveros destinados a la producción de plantines de citrus, procesa y empaca citrus, que en la D.G. Rentas y la AFIP se encuentra inscripta y habilitada para realizar cultivo de citrus o frutas cítricas, es decir que era falso que las tareas de cosecha (de citrus) eran ajenas o extrañas a su giro o actividad comercial. La cosecha de citrus ni siquiera se trataba de una actividad accesoria o coadyuvante, sino principal.

3. Que las contratantes no controlaban por parte de la contratista o lo hacían en forma harto deficitaria el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 30 L.C.T. modificado por la Ley 25.013 en orden a la normativa laboral y provisional.

4. Se comprobó contablemente que entre el 50 a 70% del personal de las contratantes pertenecía a las contratista, entre 723 y 805 trabajadores en el caso particular.

5. Que la contratista continuaba inscripta en el Registro Público de Comercio, mas no tenía actividad alguna luego del distracto y desde que no proporcionaba trabajadores a la contratante habían desaparecido de la actividad comercial pese a no haberse liquidado.

6. Se comprobó que los trabajadores de la cosecha del limón que habían sido contratados por la contratista demandada, seguían prestando servicios para la contratante pero a través de otra contratista distinta, ya sea persona física en algunos casos o jurídica en otros.

7. En el supuesto de la actividad analizada había un fraude *ab initio*, la contratante es una empresa que oculta y simula su objeto que a todas luces formaba parte de su actividad principal, solamente para eludir la responsabilidad. Es decir que aún en el supuesto de que entrara dentro de la excepción prevista por la ley, teniendo una falsedad como premisa de la construcción lógica, hace caer todo el andamiaje.

La contratista cuyo objeto era la actividad agroindustrial no aparecía como titular ni siquiera como arrendataria de tierras para desarrollarla, carecía de infraestructura organizativa propia e independiente centro de labores, máquinas e instrumentos de trabajo, establecimiento propio, organización jerárquica, bienes de transporte, etc. Cesa su actividad de prestadora de personal y desapareció.

Los únicos beneficios que obtienen no son derivados de la actividad agroindustrial que constituye su falso objeto, sino el plus que le abona la contratante por ocuparse de seleccionar, proporcionar trabajadores y ocuparse de la documentación laboral.

Es decir que cuando la empresa contratista carece de los visos de organización, la primacía de la realidad, regla derivada del principio protectorio, hace caer esa persona aparente y deja a la vista el contrato realidad.

6 | Conclusiones

En este trabajo he pretendido analizar los aspectos más relevantes del fenómeno de la tercerización, o descentralización productiva, sobre cues-

tiones que desvelan a la hora de evitar la desprotección de la gran masa de trabajadores afectados al sistema.

Este fenómeno que no sólo aparece en nuestro medio, sino a nivel internacional, con características nocivas, derivadas especialmente de la aplicación al trabajador afectado a esta contratación de condiciones laborales y fundamentalmente económicas totalmente distintas a los de la propia empresa, que se beneficia con el trabajo que prestan.

En las contrataciones de los países europeos pertenecientes a la Eurozona, aplican a los trabajadores de la contratista que se ha desplazado de un país a otro, las leyes y demás condiciones laborales del país de origen(28) en desmedro de los trabajadores locales, creando un *dumping* social.

Una solución inmediata sería establecer la obligación de aplicar a los trabajadores tercerizados, iguales condiciones laborales que las de aquellos que son personal de la empresa contratista.

Mientras tanto en mi opinión, el art. 30 de la L.C.T. en cuanto a las actividades que se aplica debe ser interpretado teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada caso, analizar los contratos existentes entre las partes, las modalidades que imprimen la contratante en diversos aspectos de la prestación, en fin analizarlo en toda su amplitud jurisdiccional como reza la C.S.J.N. en Benítez *ut supra* analizado.

Se impone que los tribunales abandonen la aplicación y traspolación automática de los argumentos de "Rodríguez", ya que el fallo citado en el párrafo anterior así lo establece, y porque el criterio netamente economicista que imperaba en la década del 90, ha sido abandonado no sólo como producto de la coyuntura política, sino esencialmente jurídica.

En tal sentido deberá aprehender las actividades conducentes, coadyuvantes y necesarias, como señala la interpretación amplia, en consonancia con la redacción originaria del viejo art. 32 de la Ley 20.744.

En cuanto al segundo párrafo debe ser entendido como una obligación permanente, que no se agotará en la mera exigencia del cumplimiento de

(28) Tribunal Europeo de Justicia caso Viking Line ABP del 11 de diciembre de 2007 y caso Laval un Partneri Ltdde del 18 de diciembre de 2007 entre otros.

las obligaciones que exige la norma, sino de verificar, y sancionar el incumplimiento de cualquier naturaleza, aún el mínimo que fuera. Quien delega en terceros partes de la etapa de producción y se beneficia con ello, debe asumir los riesgos derivados de la decisión tomada.

Para finalizar, es necesario pararse frente al caso y analizar meticulosamente quién es el contratista, si se encuentra encuadrado en los términos del art. 5 de la L.C.T. de lo contrario el camino será distinto, y estaremos frente a una responsabilidad directa y no refleja como afirma Capón Filas[29].

Bibliografía

HIERREZUELO D. Y NUÑEZ PEDRO F., *Responsabilidad Solidaria en el Contrato de Trabajo*. Ricardo, 2da. ed, Ed. Hammurabi.

Revista la Causa Laboral de la AAL, Año I, N° 6 Setiembre de 2002.

CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho del Trabajo*, Librería Ed. Platense, 1998.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1ª ed., Editorial Astrea, 1982.

FERNÁNDEZ MADRID JUAN C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ed. La ley, 1992.

Revista de Derecho Laboral. La solidaridad en el Contrato de Trabajo, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2001-1.

Tratado de Derecho del Trabajo (Mario Ackerman Dir. Coord. por Diego Tosca), Ed. Rubinzal - Culzoni

CAPÓN FILAS, RODOLFO Y GIORLANDINI, EDUARDO, *Diccionario de Derecho Social. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Relación Individual del Trabajo*. Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, 1987.

Ponencia "El Trabajo Clandestino como Virus Cultural" presentada en el XV Congreso Nacional del Equipo Federal del Trabajo Mar del Plata 2008. Revista on line del Equipo Federal del Trabajo.

Ponencia: "La contratación en la actividad citrícola, fraude, solidaridad" presentada en las XXXI Jornadas de la AAL, Publicada en Derecho Laboral, Ed. Nova tesis, 2005.

(29) Op. cit. 8, p. 111.

La asociación de empleadores en la apropiación del trabajo

por **RICARDO J. CORNAGLIA**(1)

I | El empleador múltiple

El contrato de trabajo vincula a un trabajador con un empleador, relacionados entre sí por el tráfico apropiativo de las tareas que el primero enajena a favor del segundo(2).

Lo que a primera vista aparece como una simple relación entre dos individuos, cuando se profundiza, se hace complejo. Porque en la mayor parte de los casos, la figura del empleador como individuo no es tal. Refiere a una ficción jurídica, que llama individuo a más de un sujeto físico. El empleador como concepto jurídico es multiforme y ambiguo. Se presta fácilmente a contradicciones.

El empleador puede ser una persona física o jurídica, o la asociación entre sí de éstas. Es decir, la apropiación del trabajo humano dependiente pue-

(1) Abogado laboralista. Doctor en Ciencias Jurídicas U.N.L.P.. Director de la Carreta de Poste Grado de Especialización en Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la U.N.L.P. Presidente del Instituto de Estudios Legislativos I.D.E.L. de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

(2) Ver del autor "La confusión de los conceptos empleador, empresa y sus consecuencias", en Doctrina Laboral Errepar, noviembre del 2005, Año XXI, tomo XIX, N°. 243, p. 999 y ss.; "La tercerización en la relación laboral", en La Ley del 2 de noviembre del 2010.
"El difuso concepto de empleador como sujeto titular de la apropiación del trabajo dependiente, en Revista de Derecho Social Latinoamericana, Editorial Bomarazo, número 4-5-, 2008, p. 17 y ss. "Tras la bruma de la tercerización, la responsabilidad de la empresa. La jurisprudencia de la C.S.J.N. "Enmateria de solidaridad laboral" en revista Derecho del Trabajo de julio del 2010, año LXX, n° 7, p 1701.
"La doctrina de la CSJN en materia de tercerización: de Rodríguez c. Embotelladora a Benitez c. Plataforma Cero", Jurisprudencia Laboral, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 167 y ss.

de llevarse a cabo por la asociación de dos o más personas. Los asociados actúan unidos por un vínculo que consiste en el accionar común para la apropiación, que en estos casos en múltiple y compartida grupalmente[3].

Las diversas categorías de apropiación plural del trabajo dependiente no siempre se distinguen con claridad, y suele suceder que el accionar grupal conjunto y contemporáneo, revista a veces mutaciones hacia formas de accionar grupal sucesivo.

El derecho comercial, en materia de solidaridad y en relación a prácticas asociativas que generan responsabilidades en el ejercicio del comercio y en especial en el derecho concursal, dio pasos liminares en la materia.

Pothier postula la solidaridad no estipulada expresamente, para los casos de la asociación de compradores de mercadería, en estos términos:

"Sin embargo, hay ciertos casos en que tiene lugar la solidaridad para varios deudores de una misma cosa, bien que no la hayan expresamente estipulado.

"El primer caso es cuando los asociados comerciales contratan alguna obligación para hacer su comercio.

(3) "Quedando demostrada la existencia de un empleador plural, es decir, que ambas sociedades en forma indistinta utilizaban los servicios del actor con un manejo promiscuo de las relaciones y papelería de las empresas, se genera la responsabilidad solidaria de ambas empresas". CNAT, Sala II, 20/5/96, "Blumenfeld Pavez, Jessie Olivia Haydée c/ Doc Viajes SA y otro", sent. 78.743; id., 29/5/96, "Svidovsky, Moisés Isaac c/ Gente A SA", sent. 78.847; en Revista de Derecho Laboral, "La solidaridad en el contrato de trabajo", 2001-1, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 465. Y también: "En orden a la codemandada Motinco SA que se queja del alcance de la condena a su respecto, pero de la pericial contable ya aludida se desprende la carencia de registraciones laborales, y como los testigos ya reseñados dan cuenta de una operatoria indistinta entre Mapro SA y Motinco SA, si bien aludiendo a que la última era la importadora y la otra era la que vendía lo que la otra importaba, también se encuentra probado que ambas tenían el mismo domicilio, y aunque no se invocó un obrar fraudulento en forma directa sino la alusión de un conjunto económico, cuyas características no han quedado demostradas adecuadamente en el marco conceptual habitual para este tipo de vinculación, ello no obsta a que la actuación en común de ambas para la comercialización de sus productos y la prestación de servicios indiscriminada por parte de los vendedores permitan inferir la existencia de un empleador plural, y es por ello que ambas codemandadas serán responsables de las consecuencias de la presente acción, y no con los alcances del art.31 de la LCT". CNAT, Sala II, 21/4/97, "Hechem, Estela c/ Mapro SA y otro", sent. 80.867; en Revista de Derecho Laboral, "La solidaridad en el contrato de trabajo", 2001-1, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 465.

"Esta decisión es propia de nuestro Derecho francés (Ordenanza de comercio de 1763, t. 4, art. 7°).

"Dos mercaderes que juntos compren un lote de mercancías, bien que no tengan formada sociedad entre ellos, se les reputa por el efecto de esa compra, como tales, y vienen obligados solidariamente, aunque la solidaridad no se haya expresado. Bornier, sobre dicho artículo, cita una sentencia del parlamento de Tolosa que lo ha juzgado así, ganando por dicha circunstancia fuerza de ley (véase supra, p. I, cáp. I, art. 5°, n° 83)."

El derecho comercial nacional, supo rescatar criterios así orientados en materia de solidaridad, acicateado por acciones de trabajadores en defensa de sus créditos.

Estas consideraciones de Pothier son asimilables al caso de la compra venta de la energía humana, (el trabajo). La conceptualización de que el trabajo no es mercadería, desprovista de las valoraciones tuitivas que la inspiraron, no debe ser aceptada en perjuicio del trabajador en cuanto hace a la enajenación de uno de sus bienes más preciado: su capacidad creativa.

En el choque entre la ficción jurídica asociacional y la aceptación de los que de ella se basan, para concretar el tráfico apropiativo del trabajo de los dependientes, el orden obligacional protectorio opera por sobre la estructura promocional de la actividad económica en cuanto el propio proceder lucrativo obliga a todos los que se benefician con el mismo.

El caso más resonado que se conoció en el país, en el que un grupo económico fue arrastrado a la quiebra, fue el de la Compañía Swift de La Plata S.A. que en el año 1971, a mérito de un incidente provocado por los acreedores laborales con el patrocinio del comercialista Carlos Alconada Aramburu, encontró resolución favorable del Juez Nacional de Comercio, Salvador María Lozada, culminando con el rechazo del concordato y la declaración de quiebra de la concursada, extendiéndose esta medida a las otras integrantes del grupo económico que integraba, por "no existir personalidad jurídica diferenciada entre todas las empresas de un grupo, que responden a una voluntad común" (4).

(4) Más cercano en el tiempo, en materia de créditos de ahorristas afectados por la crisis del 2001, también desarrollando los conceptos propios de la solidaridad, con referencia a una

No fue casual que el impulso jurisprudencial alcanzado por la aceptación de las teorizaciones anglosajonas del "disegard", tuviera lugar en el fuero comercial, pero a partir de acciones propias de solidaridad laboral.

Y no fue casual porque en esta materia, el derecho social cala más hondo que el derecho comercial y el principio de primacía de la realidad cobra en el segundo, mayor intensidad que en el primero, alcanzando la función de constituirse en norma de normas.

La ficción jurídica de la sociedad como forma de limitación del responder de sus asociados, fue una construcción fecunda para la burguesía en la construcción de la economía capitalista, pero no consiste nada más que en un orden protectorio de la libertad de comercio, acotado por los excesos a que ese ejercicio de derechos provoca en muchos casos. Es allí donde el derecho abusivo, debe ser controlado por la realidad de relaciones donde el poder dominante debe estar controlado.

Cuando los planteos de solidaridad refieren a la adquisición en común de la energía humana (trabajo) por varios apropiadores de la misma, la solidaridad de los apropiadores en el mundo de las relaciones laborales, encuentra sustento en la función racionalizadora que cumple el principio de primacía de la realidad.

La existencia de una asociación de empleadores o grupo económico como tal, en las relaciones atinentes al derecho del trabajo, debe ser apreciada a partir del principio de primacía de la realidad (principio general de esta rama jurídica, que orienta al intérprete del derecho para la correcta aplicación del orden jurídico, como un sistema coherente de ideas)[5].

casa matriz y sus filiales, en los autos "Baldeni, Omar Emilio y otros s/ amparo" (12/02/2002), el Tribunal Superior de la Provincia de Río Negro, extendió la responsabilidad por el cumplimiento de la devolución del depósito efectuado por los actores, a la casa matriz de la Banca Nazionale del Lavoro, sosteniendo: "...la decisión adoptada debe hacerse extensiva en forma concurrente o 'in solidum' (art. 700) al grupo económico denominado 'Gruppo Banca Nazionale del Lavoro SPA', entendiendo por 'grupo' a la matriz y sus filiales".

(5) Más cercano en el tiempo, en materia de créditos de ahorristas afectados por la crisis del 2001, también desarrollando los conceptos propios de la solidaridad, con referencia a una casa matriz y sus filiales, en los autos "Baldeni, Omar Emilio y otros s/ amparo" (12/02/2002), el Tribunal Superior de la Provincia de Río Negro, extendió la responsabilidad por el cumplimiento de la devolución del depósito efectuado por los actores, a la casa matriz de la Banca Nazionale del Lavoro, sosteniendo: "...la decisión adoptada debe hacerse extensiva en

La norma general que en nuestro derecho positivo vigente, refiere a la regulación del contrato de trabajo en las circunstancias en que la parte empleadora puede estar constituida por más de una empresa, es el artículo 26 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, reformada por la norma de facto 21.297 (t.o. dto. 390/76), que tiene este tenor:

"Se considera 'empleador' a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador".

Su texto indica que obligadamente el contrato de trabajo tiene por uno de sus sujetos al empleador. Y que éste puede ser un sujeto físico, un conjunto de sujetos físicos o una persona jurídica, que como tal, no deja de corresponder a una ficción construida para conceptuar al ente que se supone integrado también por personas físicas.

Esta conceptualización del empleador como sujeto que puede ser múltiple, supone una relación grupal en la apropiación: la existencia de un grupo de apropiadores que puede operar como tal en relación a un único contrato de trabajo.

Va más allá del concepto de empresa, aunque no deja de aprehenderlo.

Lleva necesariamente a reconocer que los apropiadores, en su instancia final son personas físicas, (seres humanos), que según sus fines pueden operar asociativamente en la apropiación y también valerse de ficciones jurídicas asociativas intermediando esa apropiación a las que se las denomina personas ideales o jurídicas.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, la primera acepción del término grupo es: "Pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado".

En su Diccionario de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas define al vocablo en estos términos: "Pluralidad de seres o cosas con alguna característica común".

forma concurrente o 'in solidum' (art. 700) al grupo económico denominado 'Gruppo Banca Nazionale del Lavoro SPA', entendiendo por 'grupo' a la matriz y sus filiales".

La característica común por excelencia que debe caracterizar al grupo que se constituye en empleador, es la apropiación que en conjunto lleven a cabo del trabajo producido por el trabajador.

A los efectos del derecho laboral, esa apropiación común es la característica que interesa para la articulación grupal, y la ley de contrato de trabajo previene, que el conjunto de individuos equivale a la condición de empleador, con la carga de derechos y obligaciones que ello impone.

En esta materia, que se va definiendo a partir de lo que se vincula con la solidaridad de los agrupados, el derecho del trabajo marcha a la vanguardia del derecho de sociedades.

Para el derecho francés Lyon-Caen señala esto último así:

"La primera impresión, si se confronta la ley sobre las sociedades y la nueva legislación del trabajo (ley del 28 de octubre de 1982, por ejemplo), resulta que esta última se encuentra en la vanguardia de la primera. El derecho del trabajo en los grupos existe; el derecho comercial de los grupos no existe".

"Por un instante uno puede dejarse estar y pensar que el derecho del trabajo ha forjado aquí conceptos autónomos, y conquistado una relativa autonomía: la unidad económica y social no se detiene en las fronteras de la personalidad jurídica, única técnica del derecho de las sociedades"(6).

Cuando el derecho laboral, deja de constituirse en la vanguardia del tema y para la regulación de lo que le es atinente, comienza a seguir los criterios de otras disciplinas, como el derecho de la empresa, el societario o el comercial, se desvirtúa la cuestión y se arriba a conclusiones arbitrarias. En especial, cuando el mismo incorpora el sentido y la mecánica de adjudicación de responsabilidades que se adopta en esas otras ramas de la ciencia jurídica, que se afirma de valores y principios diferenciados(7).

(6) Véase Lyon-Caen, Gérard: "La concentración del capital y el derecho del trabajo", en revista *Derecho Laboral*, Buenos Aires, 1983, tomo XXV, p. 268.

(7) Sostiene Schick: "Mecanismos provenientes del derecho comercial, económico y financiero, que permiten 'confundir las pistas' a través de la constitución de filiales, empresas subordinadas, grupos económicos más o menos visibles, que desarman y desorientan a los tra-

Es pues necesario, tratar el tema de las responsabilidades que surgen del accionar grupal en la apropiación del trabajo dependiente, desde la óptica especial del derecho del trabajo y con ese mismo sentido tratar la problemática grupal a los efectos de determinar al sujeto de las obligaciones que estamos estudiando.

Un contrato obliga por medio de un sujeto grupal, a un trabajador, que cumple su dación de trabajo a favor de más de un sujeto asociado en función de la apropiación.

En la interpretación del art.26 como fuente de atribución de responsabilidad solidaria a partir de un contrato y un empleador, Miguel Angel Pirolo se expide advirtiendo que esta es una fuente de responsabilidad ajena a la conducta fraudulenta del empleador, en estos términos:

"No se trata de dos contratos diferentes ni de dos empleadores, sino de uno solo de carácter plural pues está integrado por una persona física y una jurídica, y, como la totalidad del objeto de las obligaciones laborales emergentes de ese único vínculo puede ser reclamado por el trabajador a cualquiera de ellas, es indudable que ambas deben responder en forma solidaria y que —entonces— corresponde descartar la viabilidad de la mencionada defensa (arg. arts. 690 y 699 del Cód. Civ.). Algunos precedentes jurisprudenciales también llevan a considerar que, cuando el socio actúa como 'empleador' al margen de la actividad de la sociedad, debe admitirse la responsabilidad solidaria de ambos" (8).

bajadores que de un día para otro se encuentran frente a un nuevo empleador, o sin trabajo por la quiebra de la firma. Particularmente grave es el paso que se vive hacia la concentración multinacional, y en especial de la industrial a la financiera, que establecen formas de dominación inédita. "Pero también esta nueva tendencia se introduce en el propio derecho del trabajo, nuevas figuras y nuevas reglas, que por la yuxtaposición con las viejas normas avanzan y las van desalojando". Véase SHICK, HORACIO: "Empresas de trabajo eventual, vehículo del fraude y del resquebrejamiento del derecho del trabajo", en revista *Derecho Laboral*, Buenos Aires, año 1987, tomo XXIX, p. 147.

(8) Véase PIROLO, MIGUEL ÁNGEL: "Aspectos procesales de la responsabilidad solidaria", en *Revista de Derecho Laboral*, "La solidaridad en el contrato de trabajo", 2001-1, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 401. Y menciona los fallos: CNAT, Sala III, 17/5/99, "Robert, Andrea K. C/ Carmio, Jorge y otros s/ despido", TyXX, 1999-1078; y, a contrario sensu, CNAT, Sala III, 31/5/96, "Ríos, Héctor c/ Simpro SRL y otros", DT, 1996-B, p. 2761. También sostiene ese autor: "Aunque el artículo 26 de la LCT prevé la posibilidad de que un conjunto de personas físicas asuma tal carácter, entendemos que no existe razón sustancial que permita descartar esa posibilidad cuando el sujeto empleador está integrado en forma pluripersonal por distintas

Sin embargo, advertimos que esta generosa disposición, que implica el art. 26 de la LCT, no es invocada para atribuir responsabilidad solidaria, desviándose la cuestión en función de la interpretación y aplicación del art. 31 de esa ley, aún en los casos en que la solidaridad es declarada, pese a no encontrarse probada maniobras temerarias o fraudulentas[9].

Y cuando se trata de los casos en que la solidaridad es rechazada por esa invocación de circunstancias no probadas, la cuestión es resuelta únicamente con invocación de consideraciones que hacen a la aplicación del artículo 31, sin considerar si la responsabilidad contractual objetiva por la actividad común que beneficia, debió ser reconocida, por consideraciones que pasan por otro carril de las propias de la responsabilidad por actos ilícitos de empresas relacionadas o subordinadas.

En ambos casos, se puede encontrar la vinculación con la posición organicista o institucionalista que declara a la empresa la nueva estrella del derecho del trabajo.
Un fallo enrolado en esa línea institucionalista, que interpreta a las normas laborales con preeminencia del derecho empresario sostiene: "Nuestra ley no reconoce personalidad ni a los holdings ni a los pools como para erigirlos en sujetos de derecho del trabajo; la empresa es una unidad económica organizada con una dirección común para una explotación determinada, y este concepto jurídico, y no el económico o social, es el que interesa"[10].

entidades. Desde esa perspectiva, aplicando analógicamente la directiva que emerge del citado artículo 26 de la LCT, cuando dos o más sociedades utilizan y dirigen del modo indicado (indistinto, sucesiva o alternativamente), una misma prestación laboral, es indudable que ambas asumen en forma conjunta e in solidum las obligaciones emergentes de ese vínculo (arg. arts. 690 y 699, Cód. Civ.), sin que sea necesario analizar si la personalidad jurídica de cada una fue o no utilizada en forma abusiva ni si han mediado o no maniobras de fraude".

(9) Sumarios de este tenor, revelan esa falta de consideración de la aplicación de la norma en casos de este tipo: "Toda vez que el conjunto económico está integrado por empresas con estrechos puntos de contacto, reveladores de intereses comunes, necesariamente llevan a concluir que deben responder solidariamente en las obligaciones laborales con su personal (conf. CNAT, Sala VI, 7/7/1989, "Fernández, Antonio c/ Cunnington"). Y la apariencia formal no impide la consideración de la real situación subyacente, aun en ausencia de conductas fraudulentas (Cort.Sup.Nac. Fallos: 268-97, 'Parke Davis y Cía. Argentina')". CNAT, Sala X, 20/4/2001, Errepar, B.D. 4 – DEL 03345). De esta forma la Corte, encuadra la cuestión sin aplicar la disposición vigente y le resta imperatividad.

(10) CNAT, Sala III, 30/3/66, J.A., 1966-IV-333.

En apoyo de ese dogmático criterio, se suele invocar al art. 26 de la L.C.T., en relación con los artículos 5° y 6°, atribuyendo a esas normas que regulan el contrato de trabajo, una relación sistemática que excluiría de su ámbito las relaciones de trabajo que no correspondan al mundo empresario.

Otro fallo determinado por ese mismo criterio formalista pro empresario, que cabalga contra el principio de primacía de la realidad, termina por diluir la condición de empleador múltiple como sujeto de derecho para terminar confundiendo responsabilidades solidarias, invocando al derecho de sociedades como excusa, es el siguiente:

"Resulta un fenómeno generalizado el recurrir a contratos de trabajo a tiempo parcial a efectos de instrumentar relaciones particulares de trabajo respecto de aquellas personas que en realidad integran un mismo y único equipo de trabajo que opera en forma indistinta y simultánea para diversas sociedades —entre sí vinculadas— y que, en los hechos, no han sido contratadas para prestar servicios en días y horarios delimitados, sino para promocionar y vender en forma simultánea y durante toda la jornada, los distintos productos y servicios comercializados por las empresas vinculadas. Si bien desde el punto de vista del trabajador cotizante al sistema de la seguridad social, la situación se encontraría enmarcada en un supuesto de pluriempleo, tal circunstancia no puede válidamente erigir al "grupo" en sujeto de derecho, y mucho menos aparecer desplazando este último a la persona jurídica de existencia ideal —sujeto de derecho— que asumiera en forma expresa y documentada la calidad de empleadora"[(11)].

En realidad una interpretación cabal de la L.C.T., no puede llevar a ignorar su texto entendido sistemáticamente y debilitar el fin protectorio del trabajador que la inspirara, limitando su ámbito personal de aplicación, acudiendo a muy discutibles consideraciones sobre la razón de ser de la rama jurídica, el capitalismo y la representación emblemática del mismo por parte de la figura de la empresa.

Para otras ramas del derecho, la existencia de los grupos de empresas interesa desde otras ópticas que importan a sus fines naturales, que no

(11) Ver: "Florio, Bernando Félix y otros c. Siembra Seguros de retiro s/despidos"– CNTrab.- Sala II- 8/7/2005. *Doctrina Laboral*, Errepar. vol. 3, p. 100.000.014 y ss.

responden a la perspectiva protectoria del trabajador y están determinadas por otro orden de valores.

Para el derecho comercial o el tributario, la existencia de los grupos económicos, como abstracción conceptual, está determinada por características comunes que sólo en excepcionales casos tienen en cuenta la relación laboral que liga al conjunto con uno o más contratos de trabajos. La mayor parte de las veces, el conjunto opera para cumplir sus fines económicos por razones que trascienden a las laborales y son las que determinan el enfoque de derecho societario, comercial o fiscal.

La razón de ser del art. 26 de la Ley de Contrato de Trabajo, que conceptualiza la circunstancia de que un grupo de personas puedan ser solo un empleador, pasa por la impronta que le impone al derecho social, el principio general de ajenidad del trabajador al riesgo de la empresa, que lo inspira y sistematiza.

La empresa es a los efectos del contrato de trabajo, un concepto que poco tiene que ver con el que sirve al derecho empresario, comercial, societario o fiscal. Se trata, según lo prevé el art. 5 de la L.C.T. de "la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos", pero esto no autoriza a considerarla el sujeto único del contrato de trabajo.

2 | La óptica del economicismo y la reforma de la norma estatal 21.297

La perspectiva institucionalista, que interpreta los temas de solidaridad desde la particular óptica empresaria, hace circunscribir la responsabilidad únicamente a los temas propios del fraude.

Para ello importa el concepto "empresa" y "grupo económico de empresas", de otras ramas jurídicas, y pretende su aplicación en el derecho del trabajo, a los efectos de conseguir desactivar el orden protectorio y sistemático de conceptos que lo integra. Su fin, en tal sentido, sirve al propósito de desasegurar los derechos constitucionales que lo inspiran.

Desde esa óptica empresarial, el grupo económico sólo puede ser aprehendido por el art. 31 de la L.C.T., circunscribiéndose su existencia al único propósito del obrar ilícito del empleador, cuando la realidad demuestra que también dentro del obrar lícito de la patronal, la apropiación del trabajo producido por un trabajador, puede ser llevada a cabo por más de un empleador y el artículo 26 del mismo cuerpo normativo responde a regular esa situación.

Inicialmente, el art. 33 de la L.C.T., en su versión original de la L.C.T. 20.744, tenía este texto:

"Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad. Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un grupo industrial, comercial o de cualquier otro orden, de carácter permanente o accidental, o para la realización de obras o trabajos determinados, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables" (12).
Esta norma había llevado al derecho positivo lo que la mejor jurisprudencia laboral de la época ya admitía.

Era concordante con la avanzada del derecho comparado en la materia. La noción de grupo obligado solidariamente y la de empresa dominante, en el derecho de trabajo francés aparece en especial para determinar las consecuencias de representación sindical que implica.

A la técnica elusiva de la negociación colectiva, de constituir variadas sociedades de menos de cincuenta trabajadores, para no constituir comités de empresa, luego de jurisprudencia que fue desarrollando los conceptos de unidad económica y social, abarcadora de los agrupados. En relación a lo previsto en el art. 354, del Código de Trabajo, por la ley del 24 de

(12) En la exposición de motivos del proyecto de la ley 20.744 se sostuvo: "En el artículo 33 se contempla por último la modalidad de las empresas subordinadas, vinculadas o de otro modo relacionadas, asignándoles la misma responsabilidad solidaria con los trabajadores que ocupen, las unas con las otras, pero sólo a los fines de esta ley. Lo concreto de esta enunciación impide también que pueda extenderse la responsabilidad entre las diversas empresas a otros fines que excedan del objeto de esta ley y de las obligaciones que provengan de la seguridad social."

julio de 1966, se desarrolló la problemática del reconocimiento del grupo a partir de la sociedad dominante. Por la ley del 23 de octubre de 1982, que incorporó los arts. 439, 1 a 5 del Código de Trabajo, se reguló en la materia, perfilando las condiciones para admitir la pertenencia al grupo y las responsabilidades que genera, (entre otras que el jefe de empresa dominante, no puede rechazar la demanda dirigida al grupo).

Ello llevó incluso a precisar el concepto de sociedad dominante en el derecho francés, instituto todavía no reconocido expresamente en el derecho positivo laboral argentino.

Durante la vigencia de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 original, su citado artículo 33, estableció una forma indirecta de responsabilidad por la actividad encomendada(13).

Y aun en actividades tan especiales como las de la industria de la construcción, la intermediación se constituía en un concepto limitante de la subcontratación, a los efectos de determinar la solidaridad como criterio protector de los trabajadores(14).

El límite de la solidaridad entre empresas, se admitía que refería a la responsabilidad que alcanzaba al personal que operaba en la intermediación y excluía al que no actuaba en ella(15).

(13) "Los artículos 31 a 33 de la ley de contrato de trabajo 20.744, establecen en forma expresa la responsabilidad solidaria de las firmas o empresas que intervengan en la contratación o subcontratación de trabajadores o integren grupos económicos con empresas subordinadas".CNAT, Sala II, "Cuitiño, I. A. c/ Di Bella, M.", 27/10/1975, Errepar, B.D. 2 - T 00404.
Y también: "De acuerdo con el art. 32 (L. 20.744) la empresa que contrata un servicios asume responsabilidad solidaria con la empresa prestataria de sus servicios frente al personal que efectivamente los presta".CNAT., Sala V, 28/2/78, "Popoff de Robledo, O. c/ Serpal S.R.L. y otros", Errepar.

(14) Antes de la ley de contrato de trabajo, el contratante principal de construcción era responsable si el pretendido subcontratista actuaba en realidad como un mero intermediario para la contratación y el pago de la mano de obra".CNAT, Sala III, 17/6/76, "González, J. c/ Odisa Obras de Ingeniería S.A. y otro", Errepar.

(15) "La solidaridad del art. 32 (texto s/l 20.744) no se extiende a todos los empleados y obreros integrantes de la empresa contratista, sino sólo con relación a aquellos cuya labor integra el objeto de la contratación". CNAT, Sala II, 23/6/77, "Alfonso Rolón, M. F. c/ Cooperativa de Obreros Estibadores Puertos Argentinos Ltda. y otros", Errepar, B.D. 2 – T 00403.

A partir de la reaccionaria reforma del año 1976, llevada a cabo mediante la norma estatal 21.297, el artículo 33 pasó a ser el artículo 31, en el texto ordenado por el decreto 390/76, y a consignar como agregado final la frase "(...) cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria" (t.o. dec. 390/76)[16].

La jurisprudencia y la doctrina pasaron a debatir qué debía entenderse por ese aditamento, quedando ambas enredadas en la deficiente técnica legislativa con la que se consagró el cambio sustancial de la razón de ser de la responsabilidad, que de forma nada inocente articuló el legislador del proceso[17].

Al escamoteo de la responsabilidad contractual por el obrar que beneficia, se le sumó, que el oscuro texto reformado permitió que a los amigos del institucionalismo pro empresarial, se les ocurriera que se podía argumentar que el fraude y la temeridad que atribuyen responsabilidad, es el que corresponde a la conducta institucional del grupo, con prescindencia de la relación fraudulenta o temeraria que pudiera haber tenido con un trabajador. Para ese sector en el que se enrolan algunas de la Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la prueba de que el trabajador hubiera sido objeto de fraude a la ley en su relación contractual por uno de los miembros del grupo, no alcanza para atribuir responsabilidad[18].

Y aunque otras Salas de la misma Cámara encuentran que el fraude en la propia relación con el trabajador basta para abrir las puertas de la so-

(16) Texto vigente del art. 31 de la L.C.T. "Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad.- Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria". (t.o. dec. 390/76).

(17) "Conducta temeraria a los fines del art. 31 ley de contrato de trabajo 20.744, es aquella conducta incriminada que ha dado cabida al estado de insolvencia del empleador que impida al trabajador la recepción plena de sus acreencias y el goce de sus derechos (Conf. Meilij - "Contrato de Trabajo" - t. I - p. 198)". CNAT, Sala VIII, "Soria, Ramón c/ Pesquera Mayorazgo", 31/10/1984, B.D. 7 - T 00405.

(18) En esa línea define su doctrina jurisprudencial la Sala VIII de la Cámara Nacional del Trabajo. Conf.: "Palermo, Eduardo Pascual c/ Acrometálica S.A.", 30/3/2004.

lidaridad, la cuestión sigue dividiendo los criterios de la Cámara y torna aleatorias a sus resoluciones[19].

Lo cierto es que desde la reforma de1976, la posible solidaridad a reclamar se vio obstaculizada notoriamente, en beneficio de los intereses complejos de la actividad empresaria.

En este cambio de situación lo más significativo es que se desactivó la solidaridad por el accionar común apropiativo, para vincularla con el operar fraudulento y temerario en una actividad general de ese tipo. Apareció nítido el concepto grupo económico en términos de derecho societario. Y para colmo de males, para algunos jueces, la necesaria prueba de ese operar sospechado de fraudulento o temerario, más allá de lo que pudiera haber padecido el trabajador en su propia relación juzgada. Es decir, para cierta jurisprudencia, que ignora la vigencia del art. 26 de la L.C.T., el trabajador carga con la prueba de que el grupo existe para el fraude y la temeridad, y deja de considerar el fraude o la temeridad sufridas por el trabajador en lo que hace a la relación laboral prestada. Sirve la artimaña, para rechazar la solidaridad propia del obrar común en la ilicitud y se apoya en el ignorar una norma a la que se deja de invocar arbitrariamente[20].

Por lo que para quienes se enrolan en esa posición, resulta necesario probar la unidad del conjunto operando en el mercado y no circunscrito a la relación con el actor en cuanto a su contrato particular[21].

(19) Por ejemplo para la Sala I de la CNAT, la falta de inscripción en libros de la relación laboral del actor, constituye una de las situaciones contempladas en el art. 31 ("Vergel González y Augusto c/ Global Ford Argentina S.A y otro", 30/11/2000). Idem, sumado a la evasión de cargas previsionales, para la Sala X, en "Mensegui, Ricardo c/ Rinaldi, Francisco", 22/5/2000. Para la Sala VII, la coacción de un acuerdo con el actor para eludir las indemnizaciones por despido, en "Vallejos Florencio c/ EMECE Editores y otro s/ despido", 25/10/2004.

(20) "La jurisprudencia ha expuesto en reiteradas oportunidades que aún cuando las empresas demandadas se encontraban íntimamente relacionadas de tal forma de constituir ante terceros un conjunto económico (como no cabe duda que es el supuesto de autos), ello no basta para responsabilizar solidariamente a quien no era la principal cuando no se ha demostrado la existencia de maniobras fraudulentas o una conducción temeraria que permitiese aplicar las prescripciones del art. 31 LCT". CNAT, Sala X, "Medina, Elbio Damián c/ Mercurio Papainni SA y otro", 5/7/2002, Errepar, BD 6 - T 03567.

(21) "A los efectos de la caracterización de un conjunto económico no basta el reconocimiento de órganos con desempeño en los entes que se denuncian como integrantes del mismo, o el otorgamiento conjunto de poderes en tales caracteres, o la realización temporaria de cometidos propios de un dependiente de una persona jurídica en las otras, sino que se

Con el tiempo se ha tratado de suavizar la carga de prueba diabólica que ello implicó, aclarándose que no es necesario probar el dolo como conducta intencional para dañar al respecto(22).

O se obvió la cuestión de la reforma con su contenido limitante, en los casos en que la relación respondía también a una transferencia de empresas como forma vinculante con continuidad en el giro(23).

Otros fallos también terminaron por calificar a la conducta fraudulenta o temeraria, como el perjuicio al trabajador por la disminución de la solven-

trata de una concepción más compleja, que hace referencia a una concepción unitaria que trasunta la materialización de un control definitivo e integral de una entidad sobre las otras". CNAT, Sala VIII, "Salvo, José c/ Distribuidora Adolco SA", 27/6/1997, Errepar, BD 4 - T 02518.

(22) "Si bien el fraude a la ley laboral es un recaudo esencial para que se configure la responsabilidad solidaria del art. 31 de la ley de contrato de trabajo, ello no significa que deba probarse el dolo del empleador o una intención fraudulenta del mismo. No se requiere una intención subjetiva de evasión respecto de las normas laborales, sino que basta que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a dichas normas". CNAT, Sala VII, "Aliano, Liliana Haydeé c/ Fábrica de Artículos Eléctricos Infar S.A. y otra", 18/10/1993, Errepar, B.D. 8 - T 01961. Idem: "Si bien el fraude a la ley es un recaudo esencial para que se configure la responsabilidad empresaria solidaria del art. 31 de la ley de contrato de trabajo, ello no significa que debe probarse el dolo del empleador o un propósito fraudulento del mismo. No se requiere intención subjetiva de evasión de normas laborales tuitivas del trabajador, ni la demostración de una intención evasiva. Basta que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a esas normas laborales (y éste es el caso de autos, con la quiebra de la codemandada, Industrias Omi SA). El fraude queda así configurado, con intenciones o sin ellas". CNAT, Sala VII, "Orsi, Carlos José c/ Wenlen SA y otro", 9/11/2000, Errepar, BD 8 - T 03087. Idem: "González, Nicolás c/ Soldamet S.A. y otro", CNAT, Sala X, 23/9/1999, Errepar. B D 3.- DEL 03342.

(23) "Si el trabajador inició y mantuvo un contrato de trabajo con una empresa que ha estado bajo la dirección, control o administración de personas que luego han sido integrantes de otra sociedad que se dedica a la misma actividad, ambas empresas constituyen un conjunto económico de sociedades e integrantes, sobre todo si existe concordancia de actividades y las personas que componen ambas sociedades están vinculadas familiarmente. Acreditada una continuidad en el giro empresario se configura una hipótesis de responsabilidad solidaria de las codemandadas a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores". CNAT, Sala X, "Alcaraz, Antonia del Valle c/ Carlos León Nuss SRL", 16/7/1999, Errepar, BD 7 - T 02747. Y también: "Si se despide al personal de un establecimiento invocándose el art. 247 de la ley de contrato de trabajo y al poco tiempo se reinicia la actividad en idéntico rubro, en distintos locales, pero con el mismo capital social y la conducción de las mismas personas físicas, integrándose éstas en diferentes sociedades comerciales -con igual presidente y principal accionista- corresponde declarar la existencia de "conjunto económico" a los fines de determinar la responsabilidad solidaria de las empresas involucradas en las maniobras que persiguen la sustracción de las obligaciones que le impone la legislación laboral". CNAT, Sala VII, "Piedras, Juan José c/ Pizzería Barrio Norte SA y otro", 13/8/2002, Errepar, BD 4 - T 03570.

cia del empleador, concepto elástico que puede presumirse como demostrado, en relación a responsabilidades indirectas que tienen relevancia cuando el demandado directo deja de cumplir sus obligaciones[24].

O se redujo la problemática de probar el fraude, a la demostración en la causa, de conducta contra *legem* en disposiciones de orden público laboral, como suficiente forma de actuar que responsabilice al grupo[25].

También la solidaridad se reconoció por vía de invocar el abuso del derecho o la teoría del "disregard", invocándose en forma confusa al art. 31 de la L.C.T.[26]

(24) "Para que se configure un conjunto económico empresarial en los términos del art. 31 de la ley de contrato de trabajo debe existir unidad económica desde la perspectiva del control de las empresas, resultando procedente la condena solidaria de los entes que conforman el grupo sin mediar maniobras fraudulentas o conducción temeraria de modo que hayan perjudicado al trabajador y disminuido la solvencia económica de la demandada" (Del voto del Dr. Puppo). CNAT, Sala I, "Giorgini, Sixto Antonio c/ Filtrona Argentina y otro", 6/6/1997, Errepar, BD 11 - T 02506.

(25) "La condena precedentemente expresada, recaerá sobre Emece Editores Sociedad Anónima y sobre Grupo Editorial Planeta Sociedad Anónima Industrial y Comercial, en forma solidaria, las que han reconocido integrar un grupo o conjunto económico (v. fs. 45 del responde) y, conforme los fundamentos que he expresado en los considerandos anteriores de este voto, han incurrido en fraude a la ley (art. 31 y 14 de la L.C.T., nota a art. 3136 del Código Civil, arts. 699 yss. del Código Civil). Es obvio que tal como expresan los demandados, es legítimo conformar un grupo económico, pero con fines lícitos" (Del voto de la doctora Estela Milagros Ferreirós, al que adhiriera el doctor Néstor Rodríguez Brunengo, en la causa 9243/03 S. 37964, "Vallejos Florencio c. EMECE Editores y otro s/ despido", CNAT, Sala VII, 25/10/2004). El fraude al que alude la magistrada fue declarado en función de haberse coaccionado a los actores a suscribir un acuerdo para eludir las indemnizaciones por despido.

(26) "Cuando una persona jurídica, apartándose de los fines para los que fue creada, abusa de su forma de obtener un resultado no querido al otorgársele esa prerrogativa, debe descorrerse el velo de su personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial y poner de manifiesto los fines de los miembros cobijados tras su máscara (crit. esta Sala - sent. del 18/2/1985, "Insfran c/ Arroyo SRL y otro"). En el caso concreto, los elementos de prueba acreditaron que las codemandadas atomizaron su responsabilidad patrimonial (constitución de distintas sociedades para cumplir con su objetivo societario) como medio de vulnerar derechos laborales. Para más, al momento de absolver posiciones, resultaron representadas por el mismo sujeto físico que se presentó como gerente de relaciones laborales de ambas empresas. Por todo ello, corresponde declarar la responsabilidad solidaria de ambas codemandadas en los términos del artículo 31 de la ley de contrato de trabajo".CNAT, Sala V, "Saires, Miguel Alfredo c/ Ramona SA y otro", 28/2/1997, Errepar, BD 6 - T 02450. Y en la misma línea argumental en la doctrina: "El art. 54 de la Ley de Sociedades nos remite al dolo o culpa del controlante y de la inoponibilidad de la personalidad jurídica 'cuando constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros...". SCALETZKY, MATILDE: "Bancos: responsabilidad de sus casas

Un debate tan intenso en la jurisprudencia, al que llevara el texto reformado de la Ley de Contrato de Trabajo, no ha provocado muchas alternativas superadoras de *lege ferenda*. Haremos mención a un intento frustrado.

3 | Un intento fracasado de reforma

En el Proyecto de Reforma de la Ley de Contrato de Trabajo que presentáramos a la Cámara de Diputados de la Nación, en el año 1986, se preveía que en el artículo 31 se retornaba al texto original de la Ley 20.744[27].

Dicho Proyecto, durante la elaboración parlamentaria, fue criticado mediante un dictamen de la Unión Industrial Argentina (U.I.A.), elevado a la Cámara de Diputados impugnando el citado proyecto, en el que se sostuvo que "una forma de solidaridad tan amplia constituirá una seria traba, cuando no impedimento, para la combinación que en todo el mundo se efectúa al presente como el procedimiento más apto para posibilitar la ejecución a grandes obras, procedimiento comúnmente conocido con el nombre de "joint venture" y que reconocidamente constituye una herramienta para el progreso".

Se planteaba como contribución para el progreso, una forma de desprotección de los créditos de los trabajadores, debiendo éstos subsidiar la actividad de las empresas que decidieran delegar su quehacer en terceros. Y pese a que las beneficiadas cuentan para ponerse a cubierto del obrar ilícito de sus subcontratistas, franquiciantes o cesionarias, con la acción de reintegro (prevista en el art. 136 de la L.C.T.) que pueden ejercer contra las intermediarias, subordinadas o asociadas, cuando se ven obligadas a responder por la responsabilidad indirecta que les corresponde.

matrices", en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, julio/agosto de 2002, n° 58, p. 38.

(27) Dicho proyecto, tuvo dictamen favorable para su sanción de las Comisiones Redactora del Código de Trabajo y de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados (Orden del Día 1248, del 28 de julio de 1987) y contó con el apoyo expreso de la CGT. Durante esa administración radical, faltó la voluntad política de hacerlo ingresar al recinto, pese a encontrarse en estado parlamentario de hacerlo y durante la administración peronista posterior, simplemente se lo dejó perimir por falta de reiteración oportuna.

Concordantemente con el criterio que ya expusimos, (que no identifica a los empleadores con la empresa), en el proyecto se dedicaba un capítulo a la regulación del contrato de los trabajadores del hogar, tema este que también guarda relación con la confusión del tema empleador-empresa.

Se siguió en la materia el pensamiento de Juan Bialet Massé, quien en 1902, publicó la primer obra de derecho del trabajo argentino, su "Proyecto de la Ordenanza Reglamentaria del servicio obrero y doméstico"[28], en la que se proponía y fundaba un proyecto de ley que regulaba el contrato de trabajo y se le otorgaba a los trabajadores del hogar un trato igualitario al del trabajador de la industria. La obra, que es el primer intento de regulación legal del contrato de trabajo en el país, fue particularmente tenida en cuenta para la redacción del anteproyecto de Ley Nacional del Trabajo, que Joaquín V. González presentara al Congreso en 1904, siendo Ministro del Interior de Julio Argentino Roca.

4 | La cuestión a la luz de la teoría general de la responsabilidad

La cuestión de fondo en la que estamos incursionando, se trata de un problema de responsabilidad, propia del acatamiento al principio de que quién se beneficia con una actividad que genera, aunque ésta sea lícita, no puede liberarse de las consecuencias dañosas de la misma, si no existe expresa norma legal que la dispense.

La cuestión refiere a la vigencia del principio de la solidaridad responsable de la apropiación en común del trabajo dependiente. Los beneficiados por la apropiación intermediada, deben responder en común, a partir dela regla de primacía de la realidad y por sobre la titularidad formal contractual de los intermediarios.

(28) Un tomo de 272 páginas, publicado por Bialet Massé, en Rosario de Santa Fé, en el año 1902, impreso en Tipográfica de Wetzel y Buscaglione. Ver del autor de este trabajo: "Juan Bialet Massé y un siglo de doctrina juslaboralista", en *revista La Ley*, Buenos Aires, 14 de febrero de 2002, año LXVI, n° 32, sección Actualidad, p. 1. Juan Bialet Massé: "Primer doctrinario del derecho social en América", en *revista Doctrina Laboral*, Buenos Aires, Errepar, junio de 2001, año XVI, n° 190, t. XV, p. 569.

En términos probatorios, implica que probada la apropiación en común, corre a cuenta de deudores demostrar cuál es la causa legal que los dispense.

Los criterios encontrados que se desprenden de los artículos 26 y 31 reformado, de la Ley de Contrato de Trabajo, por variadas razones, todas ellas válidas, no pueden ser saldados a partir de imponer a la reforma de 1976 un sentido derogatorio del primero de los artículos.

Es doctrina de la Corte, aplicable a la situación planteada, que obliga a respetar el sentido del art. 26 y el sentido que debe guardar con el mismo el art. 31 de la L.C.T.: "Los textos legales no deben ser considerados a los efectos de establecer su sentido y alcance aisladamente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos" (29).

Mientras el primero de esos artículos refiere al ejercicio lícito de la apropiación del trabajo por más de un empleador o grupo de empresas, el segundo se circunscribe al ejercicio fraudulento del uso de un grupo de empresas subordinadas o relacionadas entre sí.

Ya hemos señalado que la jurisprudencia predominante, impone como condición de la solidaridad, los presupuestos de la ilicitud, a una relación que de por sí, siendo lícita, ya obliga a los que con ella se benefician (30).

Sin embargo, la existencia de estas dos normas (arts. 26 y 31) en el mismo cuerpo normativo, obligan a una interpretación de la ley que respete los principios generales que inspiran a la rama jurídica a la que pertenecen.

(29) CSJN, "Pérez Sánchez, Luis - acumula exptes. 2187/93, 2188/93 - ex SI. GEP. y/o SI. GE. NA. Tomo: 320 Folio: 783 Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Vázquez. Disidencia: Abstención: Petracchi, Bossert. 06/05/1997.

(30) Ejemplo típico de este criterio restrictivo que promueve la irresponsabilidad contractual es este fallo:"La figura de conjunto económico que permita establecer la existencia de solidaridad prevista en el art. 31 de la ley de contrato de trabajo es descartable "ab initio" si no se adujo la existencia de maniobras fraudulentas o conducción temeraria". CNAT, Sala IV, "Apecena, Susana c/ Good Flour S.A.", 27/3/1991, Errepar, B.D. 3 - T 01681. Errepar, III, 103.011-001.

Entre esos principios, el protectorio (con raigambre constitucional), que se apoya en la regla de la norma más favorable (art. 9° de la L.C.T.), y el de progresividad, que impone el juzgamiento de la reforma practicada, como una forma de desasegurar derechos ya consolidados en la ley anterior y que no pueden ser dejados sin efecto por el legislador social, que está autorizado para legislar a los efectos de asegurar los derechos sociales que se desprenden del art. 14 bis, y no puede a mérito del principio de razonabilidad de la ley (art. 28 de la C.N.), obrar contra el fin impuesto en la Constitución.

Mientras el art. 31 de la L.C.T. opera por el obrar ilícito, en el ámbito de las responsabilidades extracontractuales, el art. 26, responde a la responsabilidad contractual, a mérito de una obligación contractual de resultado reconocida por la ley en función de otro principio general de la materia, el de ajenidad del trabajador al riesgo de la empresa.

Cuando en una relación laboral se da la situación de la pluridimensión de los dos regímenes de responsabilidad, corresponde resolver las cuestiones de solidaridad en la responsabilidad, distinguiendo uno y otro caso, sin oponerlos creando una antinomia estéril conducente a dejar sin efecto el fin procurado en la ley.

La tesis que planteamos es que la puerta de entrada a la problemática de la solidaridad corresponde a la interpretación y aplicación del art. 26 de la L.C.T. y no a los arts. 30 y 31, que juegan en subsidio y en relación a las situaciones en las que se debaten las cuestiones que hacen al obrar fraudulento o temerario.

La diferenciación de planos de atribución de responsabilidad, queda desde nuestro enfoque circunscripta de esta manera:

Todos los que se apropian en común, directa o indirectamente, los servicios del trabajador, responden por las consecuencias de su apropiación a mérito de una responsabilidad contractual de resultado, reconocida por el art. 26 de la L.C.T. y a mérito y dentro de los límites de la actividad. Este es el fin de la norma que debe ser favorecido por el intérprete en su aplicación[31].

(31) "Debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma, ya que, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio

Cuando además se trate de un grupo de empresas que obran fraudulenta y temerariamente, eludiendo responsabilidades a través de la relación grupal, y aún cuando no exista apropiación común directa o indirecta del trabajo del dependiente, la responsabilidad debe extenderse solidariamente a todos los miembros del grupo, a mérito de la responsabilidad extracontractual por el obrar ilícito.

5 | Las reglas aplicables para la interpretación de la ley

A esta solución planteada nos llevan las más elementales reglas de interpretación de la ley, con referencia a un texto vigente como el del art. 26 de la L.C.T., que absurdamente no es aplicado por la jurisprudencia predominante y ha merecido escaso desarrollo doctrinario.

Las tesis que proponemos en este trabajo, responden a los criterios de interpretación que seguía uno de los mejores jueces con que ha contado la Nación:

"La función judicial no se agota con el examen de la letra de los preceptos legales aplicables al caso. Incluye el deber de precisarlos en su alcance, con arreglo a su origen y propósito, mediante una interpretación razonable y sistemática, en conexión y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico y con las circunstancias del caso" (Voto del doctor Luis María Boggero)[32].

considerar su sentido jurídico, lo que, sin prescindir de la letra de la ley, permite no atenerse rigurosamente a ella cuando la hermenéutica razonable y sistemática así lo requiera" (Voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Adolfo Roberto Vázquez. Autos: "Zacarías, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario", t. 321- f. 1124 Ref.: Interpretación de la ley. Mayoría: Belluscio, Petracchi, López, Bossert. Disidencia: Nazareno, Boggiano. Abstención: Fayt. 28/04/1998). Y también: "La ley ha de ser evaluada en forma sistemática y en función de los fines que se propone alcanzar."SCBA, Ac. 69.271 S 29/2/00, Juez Hitters (SD). "Jockey Club de la Provincia de Bs. As. Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito por Provincia de Buenos Aires", LLBA 2000, 1202. Mag votantes: Hitters – Laborde - de Lázzari – Pettigiani - Pisano.

(32) CSJN, "Aguilar, Ricardo Ignacio", 01/01/65, t. 262, p. 236

Y cumple paso por paso la mecánica aconsejada en un voto de alguno de los miembros de la actual Corte:

"Para reconstruir el pensamiento de la ley es necesario descomponer la interpretación de sus elementos, que son: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático"[33].

El planteo propuesto, al reafirmar el sentido del artículo 26 de la Ley de Contrato de Trabajo y armonizarlo con el actual art. 31, permite superar las contradicciones a las que llevara la tan criticada reforma impuesta por la regla estatal 21.297, respondiendo al principio de congruencia y al fin del cuerpo normativo del que ambos preceptos forman parte, resolviendo dentro de lo posible y hasta tanto se cumpla una reforma legal prometida y no cumplida en la materia. Sigue en la aplicación de los preceptos de la ley, la sistemática propia a adoptar en los preceptos de la Constitución[34].

Y se afirma, cuando se tiene en claro que el contrato de trabajo ha sido llamado el contrato realidad, y el derecho que lo regula se apoya en el principio general de primacía de la realidad, para poder conceptuar a la empresa y sus establecimientos, en cuanto a las consecuencias de su obrar lícito o ilícito.

La jurisprudencia en tal sentido, ha fijado las pautas para determinar la existencia de los conjuntos económicos, concepto que refiere a los em-

(33) Disidencias de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi y Eduardo Moliné O'Connor. CSJN, "Moschini, José María c/ Fisco Nacional (ANA.) s/ cobro de pesos", t. 317, f. 779 Ref.: Interpretación de la ley. Magistrados: Nazareno, Fayt, Levene. Disidencia: Belluscio, Petracchi, Moliné O'Connor. Abstención: López, 28/07/1994.

(34) "Ninguna de las normas de la Ley Fundamental de la Nación puede ser interpretada en forma aislada, desconectándola del todo que compone, y la interpretación debe hacerse, al contrario, integrando las normas en la unidad sistemática de la Constitución, comparándolas, coordinándolas y armonizándolas, de forma tal que haya congruencia y relación entre ellas". CSJN, "Gauna, Juan Octavio s/ acto comicial", 29/3/97, t. 320, f. 875. Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López. Disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert. Abstención: 07/05/1997. Idem: Autos: "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Empresa Nacional de Correos y Telégrafos", t. 320, f. 2701, Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, Bossert, Vázquez. Disidencia: Abstención: Petracchi, 10/12/1997.

pleadores múltiples, en relación con la responsabilidad emergente de su accionar[35].

Pero la propia consideración de las pautas debe variar, cuando para considerar la responsabilidad, se elige como régimen de la misma, el referido al obrar fraudulento de las empleadoras. Entonces, el tema se torna complejo y lleva a los trabajadores a la resolución de cuestiones de prueba que le implican una carga casi imposible de cumplir[36].

El enfoque resulta distinto cuando se siguen las pautas de que el trabajo apropiado en común, también obliga a los apropiadores a mérito de la responsabilidad contractual[37].

(35) "Dos o más sociedades conforman un conjunto económico permanente cuando a la comunidad de capitales y directores que hay en las empresas integrantes de aquél, se añade la comunidad de personal, el cual es intercambiable y pasa de una sociedad a otra siguiendo las necesidades del servicio, de modo que queda configurada una sola relación en la que ambas empresas son responsables solidariamente de las obligaciones emergentes de su carácter de empleador". Sala II, sent. 54.606 del 27/3/85, "D'Arruda, Daniel c/ Leska SA y otro". Del voto del Dr. Puppo. Idem: "Mendez, Teófilo c/ Multicanal S.A. y otros s. despido", CNAT, Sala X, 20/11/2000, Errepar, B.D. 7- DEL 03338.

(36) Esto se advierte en este tipo de fallos: "A los efectos de la caracterización de un conjunto económico no basta el reconocimiento de órganos con desempeño en los entes que se denuncian como integrantes del mismo, o el otorgamiento conjunto de poderes en tales caracteres, o la realización temporaria de cometidos propios de un dependiente de una persona jurídica en las otras, sino que se trata de una concepción más compleja, que hace referencia a una concepción económica unitaria que trasunta la materialización de un control definitivo e integral de una entidad sobre la o las otras". Jurisprudencia laboral de la Nación. Lex Doctor. Autos: "Salvo, José c/ Distribuidora Adolco SA s/ despido", 27/06/1997.

(37) El respeto formal a los regímenes de responsabilidad independientes, en relación a la consideración de que únicamente el obrar fraudulento obligaría (que nosotros rechazamos), tendría que haber llevado a negar la solidaridad aún en casos como éste, en el que en definitiva se la declaró, sin superar la contradicción que revela la confusión en la materia: "Cuando se trata de dos sociedades (en el caso casi homónimas), dedicadas ambas a la misma actividad (industria de la construcción), que poseen el mismo domicilio societario, con sus registraciones laborales en idéntico lugar y a cargo de la misma persona que utiliza la misma línea telefónica, con personal que se desempeña en las mismas obras y que, abruptamente, dejan de pertenecer a una de ellas e ingresan a la otra y viceversa, que derivan la atención de sus problemas laborales a letrados que actúan de manera tan coordinada que, tanto al contestar demanda como al expresar agravios, coinciden prácticamente en forma textual en reiterados párrafos, no resulta irrazonable poner a cargo de las legitimadas pasivas la demostración fehaciente de que no poseen ninguna vinculación entre sí y que no conforman un conjunto económico de carácter permanente". Jurisprudencia de la Nación. Versión Lex Doctor. Autos: "Sarmiento, Pablo c/ SADE y otro s/ despido", 31/03/1997

La apreciación de este tipo de pautas en la atribución de responsabilidad solidaria para determinar la existencia del grupo económico responsable, es una cuestión de hecho y prueba y de derecho común, propias de los jueces de la causa que, como regla, no puede reverse en la instancia del art. 14 de la ley 48[38].

Al aceptar que el contrato de trabajo es el contrato realidad por excelencia, llevando a cabo su conceptualización a partir del principio protectorio, deberá admitirse que el mismo puede llegar a no conocer de límites espaciales, ni nacionales, en cuanto a su realización y que su existencia podrá vincular a distintas personas jurídicas enlazadas por el fin apropiativo de la prestación dada por un trabajador.

Se ha resuelto al respecto: "Si el causante laboraba para un grupo económico internacional, Techint, el contrato de trabajo existente entre las partes no se suspende por el hecho de que aquél hubiera sido trasladado a cumplir funciones en sociedades controladas por dicho grupo, con ramificaciones en el exterior. La existencia de unidad de capital indica la de la unidad de contratación que se ha mantenido siempre dentro de la órbita del grupo internacional que organiza y lidera la demandada, y que no puede ser escindido a efectos de limitar su responsabilidad"[39].

La reforma regresiva de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, en el año 1976 por la norma de facto 21.297, determinó que a su tenor se resolviera que la sola existencia del grupo económico y que la incuestionable vinculación de las empresas demandadas, no era causa válida para una directa condena solidaria por las obligaciones laborales de cualquiera de ellas. Por cuanto se debía dar en el caso la probatoria de la existencia de "maniobras fraudulentas" o "conducción temeraria"[40].

(38) Conf.: CSJN, "Sproviero, Néstor O. c/ S.A. Nordiska Kompaniet y otro", 01/01/77, t. 298, p. 732.

(39) CNAT, Sala VI, sent. 22/11/1991, Juez: Fernández Madrid. "Arellano de Pedretti, Transita Leonor c/ Techint Técnica Internacional S.A.C.I. s/ art. 1113, C. Civil".

(40) Conf.: CNAT, Sala V, sent. 30/08/1989, Juez José Emilio Morell. "Incorvaia, Carlos c/ Sasetru S.A. s/ Cobro de pesos".

La condición de la prueba del fraude, sumado a la demostración de que el grupo tenía carácter de permanente,[41] pasó a ser un vallado muy difícil de franquear, que acompañaba inevitablemente a la declaración que rechazaba la existencia de solidaridad.

Si la ley laboral pasa a ser interpretada no desde el sujeto protegido por la misma (el trabajador) y se la entiende desde la óptica del sujeto del cual se lo protege (el empleador), la apropiación del trabajo se transforma en un conducta inocua, indiferente a las normas con que se la juzga.

El cambio de perspectiva que pasa por interpretar la ley laboral desde la óptica del apropiador, en el caso que nos preocupa, pasa a referir la norma a la conducta del apropiador para entender una ley que se dicta en función de una relación interna de las partes y no ajena a las mismas.

Es por ello que, absurdamente, existen fallos que para imponer la solidaridad que la ley determina desde el artículo 26, interpretando el art. 31, reclaman que las empresas que se benefician con la actividad común, tengan pactada entre sí una obligación de responsabilidad solidaria, que tiene razón de ser no en el ejercicio de la libre contratación por parte de los empleadores, sino en el principio de que aquél que se beneficia con su actividad (aunque sea lícita) debe responder por ella[42].

(41) "De conformidad al art. 31 de la ley 20.744, siempre que una o más empresas, aunque tuviese cada una de ellas personalidad propia, estén bajo la dirección, control o administración de otra, o de tal modo relacionada que constituyan un grupo económico de carácter permanente, serán solidariamente responsables por las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores, siempre y cuando haya mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria. En tal caso la empleadora y la demandada ahora apelada en autos, debieron ser demandadas en forma conjunta, pues la eventual responsabilidad solidaria de ésta última, presupone tanto la existencia de una vinculación laboral del actor con aquélla, como asimismo de los extremos que configuran la causa generadora del daño cuya reparación se pretende, como más los propios del conjunto económico". Jurisprudencia laboral de la Provincia del Chaco. CATSL2 RS, l000 350 RSD-13-00, S 9/3/00, Juez Verón, Osvaldo A. (SD). "Navarro Jacinto c/ Empresa Puerto Tirol S.R.L. s/ accidente ley 9688-24028". Mag. votantes: Verón, Osvaldo A. - Rodríguez de Dib, Martha C.

(42) Ejemplo de una interpretación como la que criticamos se encuentra en el siguiente fallo: "La solidaridad por las obligaciones laborales de cada una de las empresas integrantes de una UTE sólo puede derivarse de pacto expreso en tal sentido. No puede fundarse la condena solidaria a los integrantes de la UTE en el art. 29 de la LCT ya que no hay interposición de personas (pues la UTE no lo es), tampoco resulta aplicable el art. 30 LCT ya que no se trata de un caso de contratación o subcontratación, y en cuanto al art. 31 LCT no obstante se da un caso de dirección y administración conjunta de parte de las actividades de las sociedades

La tesis de la responsabilidad por apropiación conjunta, apoyada en el art. 26 de la L.C.T., ofrece una alternativa superadora a la jurisprudencia que se circunscribió a interpretar el art. 30 y desprender de aquél disquisiciones ilógicas entre lo que es actividad empresaria específica o accesoria, coadyuvante o normal y habitual del establecimiento.

Así se ha sostenido que los supermercados no deban responder por los repositores de mercaderías de góndolas,(43) en la medida en que son provistos por los fabricantes de esos productos.

Distinciones de esta naturaleza, que dividen al colectivo de la empresa en función de los negocios comunes entre el principal y su proveedora, y no por la naturaleza de los servicios prestados, resultan absurdas y contrarias al fin protectorio del trabajo prestado.

El criterio de que la apropiación conjunta común atribuye la solidaridad, simplifica la resolución de casos que han provocado resoluciones contradictorias de la jurisprudencia.

Desplaza el enfoque que se define en función de la actividad de la empresa, por el del trabajo prestado, y sirve para resolver las situaciones dudosas en relación a la naturaleza del vínculo apropiador como razón del responder.

Temas tan dudosos como los de la relación de intermediación del transporte, se simplifican en función de la tarea apropiada en común por la principal y su transportista, en tanto lo transportado (tarea cumplida) es lo

integrantes de la UTE no se ha invocado -ni mucho menos probado- que las empresas constituyeran un conjunto económico de carácter permanente, justamente se configura la situación contraria, una unión transitoria de empresas, como su propio nombre lo indica". CNAT, Sala III, "De la Parra, Jorge Alberto c/ Huyqui SA y otro", 23/2/2004, Errepar, BD 4 - T 04609.

(43) "La reposición de productos de una determinada empresa en las góndolas de supermercados no puede calificarse como una tarea normal y habitual de la empresa fabricante de tales productos. Si bien tal ocupación resulta comparable a la publicidad que busca incentivar las ventas, es típicamente accesoria y conceptualmente escindible de la actividad específica de la principal, lo que lleva a desestimar la solidaridad del art. 30 de la ley de contrato de trabajo". CNAT, Sala III, 14/10/98, "Betrán, María Esther c/ Unilever Argentina S.A. y otro", Errepar, BD 6 – T 02661.

intermediado a mérito de una decisión de cumplir por terceros la actividad empresaria[44].

Y también el precepto, alumbra a las cuestiones que refieren a los alcances de la responsabilidad en el obrar ilícito de la Uniones Transitorias de Empresa, tema que de por sí merece un pormenorizado tratamiento que supera los límites editoriales de este trabajo.

6 | Los nuevos vientos de Corte

A la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se imponen nuevos criterios de consideración del complejo tema de la solidaridad laboral, en todo lo que hace a la tercerización de la empresa.

Es en esta nueva instancia que se impone la interpretación correcta del art. 26 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que por fin la bruma de la tercerización comienza a disiparse, por haber abandonado la Corte el discurso economicista de "Rodríguez c. Embotelladora".

"Benitez c. Plataforma Cero"[45], como doctrina vigente del Superior Tribunal, consiste en un desafío para los tribunales de grado, responsabilizados en función de su verdadera competencia.

La Corte, tímida y cautamente, regresó a su doctrina histórica en cuanto a la aplicación del derecho común, e invitó a reconstruir los conceptos básicos de la responsabilidad solidaria en materia laboral.

(44) Esa sería la verdadera fundamentación que tendría que haber adoptado este fallo, que equivocadamente trae al ruedo al art. 30 de la LCT: "La empresa elaboradora es solidariamente responsable en los términos del art. 30 de la ley de contrato de trabajo (t.o.) de las obligaciones contraídas por el contratista dedicado al transporte de sus productos. La remisión de la mercadería a sus clientes constituye una actividad normal y específica de aquélla, máxime en casos –como el presente- donde la empresa productora cuenta con playos y furgones de su propiedad utilizados para el transporte". CNAT, Sala VIII, 14/6/85, "Giménez, Juan Carlos c/ Sánchez, Juan y otro", Errepar, B.D. 11 – T 00574.

(45) La doctrina de la CSJN en materia de tercerización: de Rodríguez c. Embotelladora a Benitez c. Plataforma Cero, Jurisprudencia Laboral, Hammurabi, revista dirigida por Juan J. Formaro, No. 1, Buenos Aires, 2011, p. 167 y ss.
En este trabajo se lleva a cabo un comentario a la nueva doctrina de Corte y sus alcances.

Teniendo en claro el sentido de esa norma, rica, poco respetada y vigente, debe ser la fuente de entendimiento de que en el derecho social, ya que más allá de las responsabilidades que surgen del obrar fraudulento, existe un deber básico que el precepto reconoce, ineludible para todo empleador, que aún obrando lícitamente, lucre con la apropiación del trabajo humano.

La tercerización laboral y el art. 30 de la L.C.T.

por **GRACIELA L. CRAIG**[1] **y RICARDO D. HIERREZUELO**[2]

1 | Introducción

Hasta fines de la década de los años 60, principios de los años 70, el modelo de organización y dirección del trabajo imperante durante más de dos siglos, permitió que las instituciones del derecho del trabajo clásico funcionaran sin ningún tipo de modificaciones. Es que, el derecho del trabajo surgió por la necesidad de otorgarle protección a un determinado tipo de trabajador que, en términos generales, era el que prestaba servicios en una empresa fordista.

Como señala Montuschi, la Sociedad Industrial de los siglos XVIII, XIX y XX se erigió sobre la base de la producción masiva de bienes. Las fábricas tenían que estar situadas en localizaciones estratégicas en relación con las fuentes de energía y las materias primas. La mayor parte de la población se ocupó en el sector manufacturero estableciendo su domicilio en las proximidades de su lugar de trabajo. Así se erigieron las bases de las ciudades y se dio origen a la distintiva relación característica de la Sociedad Industrial: trabajador-empleo-empleador. Agrega que durante casi un siglo la organización del trabajo se basó en una organización jerárquica

(1) Abogada. Vocal de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Profesora Adjunta regular de la Universidad de Buenos Aires.
Profesora de Derecho Procesal y Práctica Forense de la Universidad del Salvador. Profesora Adjunta de la materia Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (UFLO). Secretaria de la Fundación para el estudio de las normas del Trabajo y de la Economía Social (F.U.E.N.T.E.S.).

(2) Abogado, egresado de la UBA. Doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos. Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales. Secretario del Juz. Nac. de Prim. Inst. del Trabajo N° 55. Docente de posgrado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Docente de la UBA, UADE y de la Universidad del Salvador. Autor de libros, artículos y ponencias de la especialidad. Miembro del Comité Ejecutivo de la Revista de la S.A.D.L.

estructurada de arriba hacia abajo con puestos caracterizados por un alto grado de especialización y tareas simples y, con frecuencia, de carácter repetitivo. Señala que las transformaciones originadas en la rápida integración de las tecnologías de la información y de la comunicación no sólo están incidiendo de modo significativo sobre la vida y el trabajo de las personas sino que habrán de moldear en forma permanente la sociedad y las instituciones que en ella existen.

Actualmente se está produciendo un profundo replanteo de nuestra disciplina, lo que es motivado por el cambio de paradigma que se produjo con posterioridad a la fecha indicada precedentemente, y que se relacionan directamente con la sustitución del modelo de organización del trabajo ford-taylorista y la atomización, segmentación o fraccionamiento de la gran empresa fordista. En efecto, hasta la década del 70 el sistema de organización, dirección y producción se basaba en la existencia de una gran empresa, sumamente estratificada, donde estaban los que mandaban y los que obedecían órdenes, con el producto que se iniciaba y terminaba el mismo establecimiento, con un sistema de producción en masa donde el trabajador estaba parado en la línea de producción y era el producto el que pasaba por los distintos sectores hasta la finalización del proceso.

Sin embargo, a partir de la década del 70 comienza a gestarse un nuevo sistema de organización y dirección del trabajo opuesto, caracterizado por la externalización de funciones, lo que provocó la atomización de la gran empresa fordista, la división interna en unidades de gestión o microcélulas dentro de las cuales el trabajador tiene un mayor poder de decisión, y la realización del trabajo a pedido del cliente por oposición al sistema de producción en masa existente hasta ese momento.

El pase progresivo de un modelo industrial de tipo ford-taylorista, a otro de tipo post-fordista, confirió una mayor participación a los trabajadores, al menos en el aspecto formal. Así, los antiguos métodos de gestión del trabajo (como el fordismo y el taylorismo, que caracterizaron el capitalismo de bienestar), son sustituidos por nuevas configuraciones (toyotismo, kalmarismo, onhismo, sistema kaizen, etc.), donde teóricamente, se le otorga mayor participación al obrero a través de formas de organización y dirección como el "just in time", los "equipos de trabajo", o los "círculos de control de calidad", provocándose cambios sustanciales en los modos

de organización del trabajo, y determina también qué, categorías tradicionales deban ser recalificadas y reclasificadas teóricamente, con el fin de reinventar tanto el objeto como el contenido del derecho laboral.

Las transformaciones producidas no son únicamente intrasocietarias, sino, especialmente, intersocietarias, pasando de un modelo de empresa integral y autónoma a uno nuevo caracterizado por la reducción de las dimensiones de la empresa o downsizing, que pasó de realizar la mayoría de las actividades en el seno de su establecimiento a externalizar no sólo aquellas periféricas sino, incluso, parte de su proceso productivo principal, contratando para ello los servicios de otros empresarios, con los cuales mantiene una relación de dominación o de coordinación, lo que varía de acuerdo con el grado de dependencia que ejerza una sobre la otra.

La mutación del paradigma organizacional de la empresa, en su faz interna, y la atomización o desmembramiento de la fábrica fordista, es su faz externa, produjeron la crisis de este sistema y el surgimiento de uno nuevo que, internamente, favorece la independencia de gestión entre los distintos grupos de trabajadores, mientras que externamente tiende a desprenderse progresivamente de actividades que no sólo son periféricas, sino también propias del giro empresario. Se pasa de este modo de una empresa integrada verticalmente, a una empresa modular, conocida también como empresa en red, organizada de modo reticular.

Y es aquí donde entra jugar el fenómeno de la tercerización, porque la empresa delega en terceros la realización de estas actividades sean principales o no, formen o no parte de su proceso productivo.

La tercerización es una especie dentro de un fenómeno más amplio como es el de la descentralización productiva. Es que, aquélla pone el acento en la intervención de un tercero. Pero dentro de las variedades de manifestación no es ese el rasgo predominante. La palabra descentralización tiene la ventaja de destacar la pluralidad de empresas en términos lo suficientemente genéricos como para comprender todos los casos.

En cambio, la palabra tercerización, que comparte con la descentralización productiva la característica de ser una expresión de reciente aparición en el lenguaje de las relaciones laboral y del derecho del trabajo, tiene un sentido ambiguo. Para Racciatti, la expresión tercerización puede hacer referencia: a) desde el punto de vista de la actividad a la exter-

nalización de ciertas tareas que antes eran desarrolladas dentro de una empresa y que ahora son contratadas con terceros (ajenos a la empresa); b) desde el punto de vista de los sujetos, a la introducción de un tercero en una relación jurídica que antes era entre dos personas. Se hable en general de actividades tercerizadas refiriéndose a aquéllas que son cumplidas por un tercero extraño a la empresa; se emplea la expresión trabajadores tercerizados, cuando la actividad es cumplida por ex trabajadores de la empresa. Para Grzetich y Fernández Brignoni la tercerización supone transferir una actividad que hasta ese momento desarrollaba la empresa principal, a otro u otros terceros, que se realizarán con sus propios recursos, métodos y dirección. Señalan que para que exista un verdadero proceso de tercerización, será determinante que los recursos y el control de la gestión del personal ocupado en esas tareas, pertenezca a la empresa a la cual se cede la actividad tercerizada. La participación de una empresa tercera importa la existencia de una especialización en el trabajo, una dirección independiente de la actividad y la idoneidad técnica y económica de ambas empresas para la coordinación que implica este proceso. La condición esencial de la empresa tercera es que sea una empresa independiente.

Si bien la externalización de actividades puede darse de manera diferente, el propósito de este trabajo es delimitar el ámbito de análisis a los supuestos de cesión, contratación y subcontratación dispuestos en el art. 30 de la LCT

2 | Evolución histórica de la regulación legal en nuestro país

Nos dice Carcavallo que en 1925 ya Unsain exponía que "la legislación obrera se niega a reconocer la existencia del intermediario" y que no acepta la intervención en el contrato de otros sujetos que el trabajador y el obrero, ejemplificando su aserto con la ley 9688, que responsabilizaba al empleador por los accidentes de los obreros del contratista, y con la reglamentación de la entonces ley de trabajo a domicilio 10.505, que equiparaba al intermediario con el patrón; acerca del art. 6° de la ley 11.278, de protección del salario, antecedente del actual artículo 136 de la LCT,

entendió que reconocía la intervención de contratistas o intermediarios, dando acción al obrero para no dejarlo a merced de un contratista irresponsable económicamente o de mala fe, que reciba el dinero de la obra y no lo emplee en el pago de los jornales" (Legislación del trabajo, Valerio Abeledo, 1925, t. I, p. 356). Agrega que fue la LCT en su artículo 32 (hoy 30) la que introdujo en la regulación general la solidaridad entre el dador principal de trabajo y los contratistas e intermediarios, manteniendo el artículo 150 (hoy 136) —con añadidos a favor de los fondos de la seguridad social— la facultad que el precitado artículo 6° de la ley 11.278 reconociera a los dependientes de los contratistas, o sea, exigir la retención y pago de los salarios adeudados, mecanismo que previamente pasó al artículo 13 de la ley 18.596 y que no importaba una verdadera solidaridad. Es que, antes de la sanción de la LCT, y con excepción del régimen de accidentes de trabajo (ley 9.688), la solidaridad sólo se encontraba regulada en contados estatutos profesionales.

Cabe destacar con Cornaglia el intento fallido de la Ley 16.881 (primera ley de contrato de trabajo y antecedente obligado e inmediato de la ley 20.744), que en su original artículo 32, que fuera vetado, sostenía ampliamente la solidaridad de los principales y los contratistas o subcontratistas que empleara, con la condición de la demanda conjunta. En efecto, sostenía la norma vetada que "Todo empleador que desarrolle su actividad, total o parcialmente, por intermedio de contratistas o subcontratistas, responderá por todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, con relación a sus trabajadores que fueren contratados por los contratistas o subcontratistas. El trabajador deberá demandar conjuntamente a ambos. La responsabilidad del empleador principal se hará efectiva ante la sola falta de depósito judicial, por parte del contratista o subcontratitas, de la suma a que ha sido condenado".

Por su parte, el primitivo artículo 32 de la ley 20.744, establecía dos situaciones bien diferenciadas, aunque en ambos se utilizaba la expresión "en todos los casos". En el primer supuesto, para imponer la responsabilidad solidaria de los contratrantes y cedentes en los supuestos de realización de obras o prestación de servicios que hicieran a su actividad "principal o accesoria". En el segundo caso, para imputar directamente la relación de trabajo respectiva del personal afectado con el principal, en los casos de contratación o subcontratación de obras, trabajos o servicios corres-

pondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento y dentro de su ámbito.

Posteriormente, con la reforma introducida por la ley 21.297, el art. 32 pasó a ser el actual art. 30, en el cual, se regularon los supuestos de cesión total o parcial del establecimiento habilitado a su nombre, como los de contratación o subcontratación de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito. El segundo párrafo del artículo establecía la responsabilidad objetiva, ya que agregaba que en todos casos, cedentes y contratantes eran solidariamente responsables por las obligaciones laborales y de la seguridad social contraídas por los contratistas y subcontratistas.

Como bien apunta Etala, el 19 de agosto de 1993 el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso un proyecto de ley (mensaje 1740) en el que proponía la reforma del art. 30 de la ley de contrato de trabajo en virtud de la cual el deber del empresario principal de exigir a los cesionarios y contratistas el adecuado cumplimiento de las normas de trabajo y seguridad social y la responsabilidad solidaria consiguiente no tenía lugar "cuando exista una relación entre empresas que suponga una segmentación del proceso de producción o comercialización, ni cuando se cedan, contraten o subcontraten actividades accesorias o complementarias, siempre que no exista la posibilidad de que en una de las empresas se ejerzan las facultades de organización y dirección sobre los trabajadores de la otra. El proyecto nunca llegó a tratarse en el Congreso.

Finalmente, el 18 de marzo de 1998, el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso un proyecto de ley destinado a introducir diversas reformas en las normas de trabajo, entre las cuales se encontraba la del art. 30.

En el Mensaje que acompañaba al proyecto, el Poder Ejecutivo justificaba la propuesta de modificación de la siguiente manera: "Para garantizar al trabajador y al sistema de seguridad social el cumplimiento de las obligaciones asumidas a su respecto por el empleador, se propone introducir una modificación en el art. 30 del régimen de contrato de trabajo estableciendo el recaudo que los cedentes, contratistas o subcontratistas deben requerir a sus co-contratantes para liberase de la responsabilidad solidaria".

El Congreso introdujo modificaciones en el texto propuesto por el P.E de las que dan cuenta el texto finalmente aprobado.

3 | Análisis del primer párrafo del art. 30 de la L.C.T.

El primer párrafo del artículo bajo estudio plantea problemas de interpretación y es uno de los que más ha dividido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. Éste regula dos supuestos distintos: 1) La cesión total o parcial del establecimiento o explotación habilitado a su nombre, y 2) La contratación y subcontratación, cualquiera sea el acto que le dé origen, de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito. En ambos casos, los cedentes y contratantes deberán exigir de sus cesionarios, contratistas y subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

Con respecto a la cesión, este supuesto regula la situación en que una persona (cedente) cede el derecho que tiene sobre un establecimiento o explotación, para que la actividad sea realizada por otro sujeto (cesionario), sea la cesión parcial o total, aunque aquél conserva la habilitación a su nombre.

Adviértase la amplitud de la norma que resulta irrelevante si la misma es total o parcial, o si lo que se cede es el establecimiento o la explotación, siendo que ambos términos son diferentes.

Con respecto a la habilitación se la ha definido como el reconocimiento formal, emitido por quien tenga autoridad para hacerlo, de que cierta persona es responsable de determinado establecimiento o explotación. En términos generales, es todo permiso de explotación o la obtención de una autorización para desarrollar ciertas actividades, utilizar espacios o prestar determinados servicios (como por ejemplo, la utilización del espacio aéreo; la explotación o utilización de trayectos o trazas viales, férreas, fluviales, aéreas, etc.; licencias para explotar vehículos para el transporte de pasajeros; habilitaciones administrativas para desarrollar actividades específicas, v. gra. Aduaneras; el permiso concedido para instalar y ex-

plotar un quiosco de periódicos). También debe incluirse la autorización conferida por una empresa a otra, para que ejerza cierta actividad que es exclusiva de la primera. En este último supuesto, la autorización debe reunir dos condiciones para ser considerada habilitación: 1) Ser necesaria para el desarrollo lícito de la actividad, y 2) referirse a toda la explotación del cesionario o a la parte principal de ella.

En cambio, se torna necesario diferenciar este supuesto de los previstos en los arts. 225, 226, 227, 228 y 229 de la LCT, pues no resulta de buena técnica creer que el legislador haya regulado una misma situación jurídica en dos normas diferentes. Así, mientras el art. 30 de la LCT se refiere a la cesión total o parcial del establecimiento o de la explotación habilitada a nombre del cedente, los restantes artículos regulan la transferencia del establecimiento y la cesión de personal.

En el primer caso, se trata de una cesión de derechos sin personal, ya que los trabajadores son provistos por el propio cesionario, sin que el cedente haya en algún momento revestido el carácter de empleador de éstos.

En cambio, los artículos 225 a 229 de la LCT se refieren a verdaderos supuestos de novación subjetiva o cambio de empleador, ya que, sea que se haya producido la transferencia del establecimiento (arts. 225/228 de la LCT) o la cesión de personal sin establecimiento, los trabajadores previamente fueron dependientes del transmitente o cedente, para luego pasar a las órdenes del adquirente o cesionario.

En definitiva, mientras el art. 30 de la LCT prevé la cesión de derechos del establecimiento de la explotación parcial o total sin trabajadores, los artículos 225 a 229 regulan la transferencia del establecimiento con el personal, o la cesión de éstos sin el establecimiento.

Con relación al segundo supuesto, esto es, a la contratación o subcontratación, en primer lugar, cabe elogiar la amplitud con la que ha sido redactado este artículo, comprendiendo ambos conceptos (contratación y subcontratación) que son jurídicamente diferentes.

En segundo lugar, la expresión utilizada por el legislador cuando señala "cualquiera sea el acto que le dé origen", comprende a nuestro criterio

tanto la " como la horizontal, criterio que se encuentra controvertido en doctrina, no tanto en jurisprudencia. La tercerización es vertical cuando el contratante efectúa íntegramente su actividad, tercerizando otras que, ya sean principales o periféricas, no hacen al proceso productivo de aquélla. La tercerización de la limpieza o la vigilancia constituyen claros ejemplos de contratación vertical.

En cambio, la tercerización es horizontal cuando se produce la fragmentación o segmentización del proceso productivo. En estos casos, el contratante realiza únicamente una parte del mismo, descargando en otras empresas las restantes etapas hasta la finalización completa del producto.

Cabe destacar, que los contratos que se suscriben en uno y otro supuesto son distintos, por cuanto mientras la contratación vertical se lleva a cabo mediante contrataciones de arrendamiento o locación de obra o de servicios; en la contratación vertical el contrato paradigmático es la compraventa, y no siempre este tipo de tercerización se encuentra receptada en la legislación como es el caso de la legislación española.

El artículo 30 de la LCT continúa refiriendo que esa contratación o subcontratación de trabajos y servicios, deben corresponder a la actividad normal propia y específica del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito. La dilucidación de lo que debe entenderse por "actividad normal propia y específica" ha dado lugar a dos posturas antagónicas que aún hoy se mantienen.

Una primera posición, propone una interpretación amplia del artículo, comprendiendo no sólo la actividad principal, sino también las accesorias y secundarias.

En cambio, la corriente que postula una interpretación estricta de los alcances de esta expresión, entiende que sólo deben incluirse aquellos servicios o trabajos que están íntimamente relacionados con la actividad de la empresa, y que no se pueden escindir de la misma sin alterar el proceso productivo, con exclusión de aquellos que resultan secundarios o accesorios.
La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso Rodríguez, que se mantuvo hasta diciembre de 2009, adoptó un criterio rígido en la interpretación del artículo 30 de la LCT, que mantuvo inalterado durante

más de diez años. En su actual integración, la CSJN dictó el 22/12/09 el fallo "Benítez c/ Plataforma Cero" dejando sin efecto la doctrina sentada en su anterior integración.

En este último decisorio, la Corte Suprema por mayoría decidió dejar sin efecto la sentencia de la sala IX en lo que respecta a la extensión de solidaridad de la codemandada Club River Plate, al entender que la decisión del *a quo* no se apoyaba en un criterio propio de interpretación y alcances del art. 30, LCT, sino que se redujo a un estricto apego a la doctrina mayoritaria de "Rodríguez".

Para ello, no tuvo en cuenta el dictamen de la Procuración Fiscal, que había aconsejado desestimar los agravios relativos a la inteligencia y aplicación del art. 30, LCT, porque "sólo trasuntan una mera discrepancia con la practicada y con la ponderación de los hechos y las pruebas efectuadas por los jueces del caso, lo que no sustenta la tacha de arbitrariedad formulada por el apelante(...), máxime, en el supuesto del art. 30, in fine, LCT, dado lo genérico y colateral de la crítica esgrimida".

En cambio, nuestro más Alto Tribunal optó por dejar sin efecto la interpretación del art. 30, LCT, acuñada a partir de fallo Rodríguez y que fue sistemáticamente mantenida durante más de diez años, por las siguientes razones: 1) Es impropio de su cometido jurisdiccional en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter común que esta posee; 2) La intervención de la Corte se circunscribe a descalificar los pronunciamientos que, por la extrema de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional; pero no tiene por objeto sustituir a los jueces de la causa en materia de derecho común, en temas que, como el indicado, le son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales; 3) La alegación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias en materia de derecho común, no plantea problema constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos en temas no federales; 4) Si la Corte entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencia sobre este punto, en realidad so color de restablecer la igualdad constitucional supuestamente violada por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre la misma cuestión en

material laboral, ejercería una facultad ajena al recurso extraordinario; 5) Debe advertirse el marcado desarrollo que ha tenido en los ordenamientos procesales de las provincias los medios o recursos tendientes a uniformar la jurisprudencia en esos ámbitos. Tampoco ha sido ajeno a ello el régimen federal y nacional, lo cual ha llevado a que el Tribunal sostuviera que la vía para obtener la unificación de la jurisprudencia entre las salas de una cámara nacional es la del recurso de inaplicabilidad de ley, y no la extraordinaria.

Por su parte, la Dra. Argibay, en disidencia, si bien compartió las objeciones formuladas al mantenimiento de la interpretación del art. 30, LCT, efectuada en "Rodríguez", entendió que los jueces habían fallado según la interpretación que los mismos hicieron de una norma de derecho no federal, en la que concluyeron que se encontraban verificadas las circunstancias excluyentes de la responsabilidad de la codemandada Club River Plate en los términos de dicha norma. Señaló que la sentencia de alzada fue confirmatoria de la dictada por la jueza de primera instancia, quien, a su vez, había resuelto en el mismo sentido sin siquiera mencionar el caso "Rodríguez" y sobre la base de los elementos de juicio que proporcionaba la prueba rendida. Por ello concluyó que los agravios del apelante no habilitaban la competencia de la Corte en los términos del art. 14 de la ley 48.

Dado que la solución al problema es casuística y no jurídica, es factible que la tercerización de una misma actividad puede ser para unos inescindibles de la principal, mientras que para otros, perfectamente secundaria. También se evidencia que la línea divisoria entre lo principal y accesorio, tal como está redactada la norma actualmente, es difusa y ha dado lugar a opiniones encontradas, incluso entre los que sostienen la postura estricta.

Desde esta perspectiva, es perfectamente factible que dos personas o juzgados, o incluso máximos tribunales, adhiriendo ambos a una postura u otra, arriben a conclusiones opuestas al tener que decidir sobre la naturaleza principal o accesoria de una determinada actividad tercerizada.

El hecho de ser la solución casuística y no conceptual impidió la unificación jurisprudencial pretendida por el tribunal superior, dando lugar a sentencias encontradas entre las distintas salas del fuero. Es que, para de-

terminar si estamos en presencia de la externalización de una actividad principal, hay que tener en cuenta la actividad de ambas empresas, por lo que es factible que una misma actividad sea principal en un caso, y secundaria en el otro.

Pero, como ya lo sostuviéramos en otra oportunidad, hay que descartar la asunción de posiciones maximalistas a ultranza que llevan a la inaplicabilidad del artículo. En efecto, no se puede considerar la posición amplia en forma radical, porque por definición, lo secundario se opone a lo principal, y en ese caso, cualquier actividad tercerizada entraría dentro de la égida del artículo. Tampoco se puede afirmar la postura estricta en forma extrema por cuanto "desde el instante en que una empresa opta por descentralizar, concertando una contratación de obras o servicios con una empresa, esa actividad deja de constituir parte integrante de su ciclo productivo y, por ende, en puridad, deja de formar parte de su propia actividad; en una perspectiva diacrónica, esa propia actividad en el pasado deja de serlo a partir del instante en que los descentraliza por medio de la celebración de la correspondiente contratación de obras o de servicios".

4 | La segunda parte del art. 30 de la L.C.T.

Hasta antes de la reforma introducida por la ley 25.013, los cedentes y contratantes, debían exigir de sus cesionarios, contratistas o subcontratistas, el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de la seguridad social; siendo "en todos los casos" responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado.

Es decir, se establecía una verdadera responsabilidad objetiva, que surgía de la propia contratación interempresarial. Esto en modo alguno implicaba que el contratante se constituyera en empleador de los trabajadores del contratista, sino que por una disposición legal se convertía en obli-

gado vicario de los créditos emergentes de esa relación laboral (con los trabajadores y los organismos de la seguridad social). La solidaridad era pasiva, surgía en caso de contratación con empresas reales y abarcaba sólo las obligaciones contraídas durante el lapso de duración de la obra y con motivo de su realización.

El art. 17 de la ley 25.013, mantuvo el primer párrafo del art. 30 de la LCT, sustituyó el segundo párrafo y en su lugar incorporó los siguientes párrafos:

> "Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo".
>
> "Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa".
>
> "El incumplimiento de algunos de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyen su extinción y de las obligaciones de la seguridad social".

De lo expuesto, surge que el art. 17 de la ley 25.013 sustituyó el segundo párrafo del art. 30 de la LCT, eliminando consecuentemente la expresión "en todos los casos" utilizada para establecer la responsabilidad solidaria del empresario principal.

En su lugar, incorporó otros cuatro párrafos, cuyo análisis se impone para determinar si se ha producido modificación alguna en materia de responsabilidad.

El segundo párrafo del art. 30 de la LCT, conforme la redacción actual dispone que los cedentes y contratantes (la ley utiliza inadecuadamente los términos "contratista" y "subcontratista"), deberán exigirle a quienes contraten, el número de CUIL de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Además, en el tercer párrafo, les impone la responsabilidad de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de sus trabajadores, no pudiendo delegarla en terceros; debiendo exhibirse cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

Estas exigencias adicionales establecen concretos deberes de control en cabeza de los contratantes, tendientes a conseguir el estricto cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social de parte de los cesionarios o contratistas. Así, por ejemplo, se deberá confeccionar una copia más del recibo de haberes (triplicado), que deberá ser suscripta por el trabajador, y de los comprobantes de pagos mensuales al sistema de la seguridad social; constancias que deberán quedar en poder del empresario principal para ser exhibida ante el requerimiento del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

Conviene destacar, que de todas formas, los trabajadores todavía cuentan con el derecho de exigir al empresario principal que retenga lo que deben percibir los cesionarios o contratistas y le hagan pago del importe de lo adeudado en concepto de remuneraciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral (conf. art. 136, 1er párrafo LCT). De igual modo, los contratantes están facultados para retener de lo que deben percibir los contratistas, los importes que estos adeudaren a los organismos de seguridad social con motivo de la relación laboral

con los trabajadores contratados, y deberán depositarlo dentro de los 15 días de retenido al organismo correspondiente. (conf. art. 136, 2do párrafo LCT).

El cuarto párrafo del artículo comentado, al reemplazar la expresión "en todos los casos", por "el incumplimiento de alguno de los requisitos", modifica el sistema de responsabilidad solidaria de los contratantes estructurado a partir de la ley 20.744. Es que con anterioridad, la responsabilidad surgía por el simple hecho de la contratación. En cambio, ahora sólo se responde solidariamente ante la inobservancia de alguno de los requisitos contemplados en el artículo, por lo que resulta determinante establecer concretamente cuáles son los recaudos que debe observar el empresario principal para eximirse de responsabilidad.

La reforma introducida genera duda respecto a si la obligación del empleador es de medios o de resultado, y si la responsabilidad continúa siendo objetiva, o ha pasado a ser subjetiva.

Etala, resume la opinión de los autores, al sostener que se pueden diferenciar tres posturas: A) Interpretación amplia: Conforme este criterio, la responsabilidad emergente de la ley deriva de una obligación de resultado y no de medios, por lo que el empresario principal no podría eludirla acreditando haber dirigido al contratista o subcontratista alguna exhortación formal en tal sentido o supervisado sus libros. B) Interpretación restrictiva: para esta tesis, el deber de exigir impuesto por la ley al empresario principal es una obligación de medios o de actividad en las que la diligencia opera como criterio para valorar la exactitud del cumplimiento. Por medio del criterio de la diligencia se determina en el caso concreto cuál es el comportamiento debido por el deudor. C) Tesis intermedia: comparte básicamente los fundamentos expuestos por la tesis restrictiva, pero entiende que la obligación del empresario principal no se detiene simplemente en el "deber de exigir" a sus contratistas y subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social, sino que ha de observarse su comportamiento posterior. Conforme a esta postura si el empresario principal ha verificado el incumplimiento por parte de cesionarios, contratista o subcontratistas de sus obligaciones laborales y de seguridad social respecto del personal, debe poner en movimiento los mecanismos previstos contractualmente destinados a rescindir el contrato

celebrado porque, de otro modo, su conducta omisiva ha de interpretarse como la asunción de los riesgos del incumplimiento de su contratista o subcontratista y por consiguiente, se hará pasible de la responsabilidad legal solidaria consecuente.

No existen dudas que el principal deberá requerir el número de CUIL de cada uno de los trabajadores del contratista, constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria y una cobertura por riesgos del trabajo; así como también deberá ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas en forma personal, y exhibir los comprobantes y constancias ante el pedido del trabajador y/o la autoridad administrativa. La omisión de alguno de estos recaudos, lo convierte en responsable solidario.

Pero también, deberá requerir la satisfacción de las exigencias previstas en el primer párrafo del artículo, esto es, el adecuado cumplimiento de sus contratistas o subcontratistas de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Es decir, que el contratante deberá hacer respetar a sus contratistas las normas laborales, y la inobservancia de alguna de ellas por parte de estos últimos, lo convierte a aquél en responsable solidario de las obligaciones emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.

No se nos escapa que actualmente la distinción entre obligaciones de medio y resultado no tiene recepción unánime en la doctrina civilista, y tiene una finalidad más académica que práctica, pero lo cierto es que lo único que debe acreditar el trabajador es el incumplimiento del contratista, pues como bien lo indica Rodríguez Mancini "la mejor prueba del incumplimiento del deudor respecto de su obligación de 'exigir el adecuado cumplimiento' es que tal formalidad no fue eficaz al punto que permitió la infracción de parte del cesionario, contratista o subcontratista". Este criterio fue el sustentado por la sala III de la CNAT al resolver que "la obligación de control del cumplimiento de las normas relativas al trabajo y la seguridad social que el artículo 30 de la LCT impone al empresario respecto de sus contratistas y subcontratistas, es de resultado y no de medio, por lo que el primero no puede eludir su responsabilidad acreditando haber dirigido al subcontratista alguna exhortación formal en tal sentido".

Desde esta perspectiva, la reforma instrumentada por la ley 25.013 ha resultado significativa, pues ha restringido los alcances de la solidaridad del empresario principal, quienes ahora, sólo responden cuando no hayan ejercido debidamente los deberes de control. Huelga decir, que el cumplimiento de estos recaudos formales deben ser analizados con estrictez, extendiendo la responsabilidad al detectarse la más mínima omisión de alguno de ellos.

En definitiva, la reforma transformó una responsabilidad que era objetiva y que surgía de la simple contratación interempresarial en una subjetiva, no porque se deba exigir la acreditación del fraude, pero sí la demostración del incumplimiento de los extremos que la legislación pone en cabeza del principal. Con esto queremos señalar que si el empleador cumplió sistemáticamente las obligaciones a su cargo y despido al trabajador, sólo él responderá por las indemnizaciones legales originadas como consecuencia del despido, y su eventual insolvencia no transformará al principal en deudor solidario, salvo el supuesto de fraude. Esta es la importante consecuencia que se aprecia con la reforma introducida con la ley 25.013.

Bibliografía

CARCAVALLO, HUGO R., "El artículo 30 de la LCT (Sus antecedentes, alcances y problemas)", en *Revista de Derecho Laboral*, La solidaridad en el contrato de trabajo, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2001, p. 1.

CORNAGLIA, RICARDO, "Tras la bruma de la tercerización, la responsabilidad de la empresa. La jurisprudencia de la C.S.J.N. en materia de solidaridad laboral", DT Año LXX, Número 7, julio 2010.

CRAIG, GRACIELA LUCÍA Y HIERREZUELO, RICARDO DIEGO. "La limpieza como actividad principal", en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* N° 22, LexisNexis, Noviembre 2006.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS, "Outsourcing y relaciones laborales", en *Libro de Ponencias del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, 28 y 29/5/99; *Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales N° 28*, 2000.

D' Arruda, Laura M., "Cesión del establecimiento sin cambio de titularidad", en Solidaridad Laboral en la contratación y subcontratación de servicios", *Colección Temas de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Editorial Errepar, noviembre 2008.

Etala, Carlos A., "Cesión, contratación y subcontratación en la ley 25.013", en D.T. 1999-A.

Grisolia, Julio A., "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", decimocuarta edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, marzo de 2011.

Grzetich A. – Fernández Brignoni H, "La subcontratación laboral y las figuras afines", en Temas Prácticos de Derecho Laboral, Montevideo.

Hierrezuelo, Ricardo D. y Ahuad, Ernesto J., "La solidaridad en el nuevo marco de las relaciones laborales, en I *Congreso de Derecho Trasandino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*", realizado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral , Mendoza, 3 al 6/4/02, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2002.

Hierrezuelo, Ricardo D. y Nuñez, Pedro F., "Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo", 3° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, junio 2011.

Monereo Pérez, José L., "Nuevas formas de organización de al empresa, entre la centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", *Relaciones Laborales* N° 6, Año 27, marzo 2011, Buenos Aires, Ed. La Ley.

Montuschi, Luisa, "La nueva economía y los cambios en la organización del trabajo", en *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2010.

Plá Rodríguez, Américo, "La descentralización empresarial y el derecho del trabajo", en *Cuarenta y dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1° Edición, agosto de 2000.

Racciatti O.C., "Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 185, Uruguay.

Recalde, Héctor P., Nuevas Perspectivas en materia de responsabilidad laboral". *Colección Temas de Derecho Laboral, Solidaridad Laboral en la Contratación y Subcontratación de Servicios*, (Coord. Garcia Vior Andrea), Buenos Aires, Ed. Errepar, 2008.

Rivero Lamas, Juan, "La descentalización productiva y las nuevas fórmulas organizativas de trabajo", en *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la*

Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29/5/99, *Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales* N° 28, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "Los alcances del artículo 30 de la LCT", en *Revista de Derecho Laboral*, La Solidaridad en el contrato de trabajo, Rubinzal - Culzoni Editores, 2000, p. 1.

Consideraciones sobre la extensión de responsabilidad por tercerización a partir de los fallos del Máximo Tribunal Nacional

por **MARIO S. FERA**[1]

I | Introducción

La temática de la "tercerización" o "descentralización" de la actividad empresaria se ha instalado, en los últimos años, como una de las principales que suscitan análisis desde la perspectiva de la protección efectiva que deben tener los trabajadores. Ello es así pues, en innumerables ocasiones, al concluir un contrato de trabajo se han visto afectadas las posibilidades de reclamo de éstos en razón de la desaparición de la figura del empleador formal y el consecuente panorama difuso que quedó al descubierto, en cuyo contexto se hacía necesario desentrañar el responsable por los incumplimientos. Por otra parte, se aprecia que el entramado de relaciones que se presenta cada vez con más frecuencia entre diversas empresas involucradas en cada actividad —producto de múltiples factores, como el desarrollo que ha alcanzado el fraccionamiento de los procesos productivos y la interacción empresaria en un mundo globalizado—, requiere un examen más exhaustivo y detallado a la hora de discernir responsabilida-

(1) Juez de la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Vicepresidente del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Profesor de posgrado en Derecho del Trabajo y Derecho Constitucional en diversas universidades públicas y privadas. Autor de numerosas publicaciones jurídicas.
Trabajo realizado con la colaboración de VICTORIA COSENTINO.

des que atiendan a los principios y reglas del derecho del trabajo, para dar una respuesta adecuada a la justicia social.

Como toda realidad que cambia incesantemente y produce hechos susceptibles de encuadramiento jurídico, la que presentamos ha abierto un campo propicio a la labor jurisprudencial, labor ésta que aparece como pionera en la elaboración de contenidos que habrán de tomarse en cuenta a la hora de diseñar las normas generales.

Y una labor judicial significativa ha sido y es, naturalmente, la del máximo Tribunal de la Nación, no sólo por su rol orientador en todo tema que pueda llegar a afectar derechos fundamentales como es el de la tutela efectiva del trabajador, sino además porque, según se aprecia en relación con el tema que tratamos, la labor de la Corte Suprema de Justicia en los últimos años vino reflejando el dinamismo de la realidad a la cual fue llamada a responder.

2 | Algunas cuestiones históricas que dieron cabida al desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema Nacional en relación con los supuestos de responsabilidad solidaria por descentralización

Desde fines de la década del '70 y comienzos de la del '80 nuestro máximo Tribunal federal consideró, como criterio general, que los planteos referentes a la responsabilidad solidaria establecida por la aplicación del Régimen de Contrato de Trabajo, se referían a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas al recurso extraordinario[(2)]; y excepcionalmente habilitó la instancia para permitir el examen de defensas atinentes a la falta de relación contractual vigente entre las empresas codemandadas[(3)], o para dar cabida a un reclamo contra la empresa demandada en los tér-

(2) Fallos 303:1458; 312:608, en sumario; entre otros.

(3) Fallos 302:541, en sumario.

minos del art. 30 de la LCT pese al desistimiento contra el empleador codemandado.[4]

Años más tarde, ya a comienzos de la década del '90, llegaron a conocimiento de la Corte nacional casos que juzgó importantes como para establecer un criterio doctrinal en materia de responsabilidad solidaria derivada del contrato de trabajo. Esos casos se registran a partir de Fallos 316, año 1993. Los dos primeros de apertura de la instancia extraordinaria con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, que sentaron pautas de interpretación de una norma de derecho común como es el art. 30 citado, fueron los difundidos "Rodríguez"[5], del mes de abril, y "Luna"[6], del mes de julio. En síntesis, contemplaron los supuestos de las concesiones y franquicias realizadas en el marco de la legislación comercial mediante contratos cuya existencia fue alegada y probada durante la sustanciación de la causa, y los supuestos de integración de la cadena de comercialización de un producto entre diversas empresas, también acreditadas mediante la agregación de contratos, informes periciales e informes sobre la no exclusividad en la prestación de actividades comerciales entre dichas empresas.

Como es sabido, en "Rodríguez" se discutía la responsabilidad de Pepsi Cola Argentina S.A.C.I., cuya actividad normal y específica era la fabricación de concentrados, respecto de deudas de Compañía Embotelladora Argentina S.A., empresa a la cual aquélla proveía de materia prima. La Corte —en el voto suscrito por cinco de sus integrantes— señaló que para que naciera la solidaridad prevista en el art. 30 de la LCT era "menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión al art. 6 del mismo ordenamiento laboral" (consid. 11°). Esa afirmación fue efectuada después de destacar la importancia de la cuestión a decidir para el desarrollo del comercio interno e internacional y la necesidad de poner un "necesario *quietus* en la evolución de las diversas tendencias jurisprudenciales que distan de ser pacíficas".

(4) Fallos 306:1421, en sumario.

(5) Fallos 316: 713.

(6) Fallos 316: 1609.

También se señaló en el voto mayoritario del Tribunal "la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma —o de su interpretación— que obligue al pago de una deuda en principio ajena", y en relación con ello se afirmó que se requería la "comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos" establecidos en la norma en cuestión (consid. 8°). Asimismo, se sostuvo que no correspondía la aplicación del art. 30 de la LCT "toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución" (consid. 9°)[7].

En "Luna" se discutía la solidaridad de una empresa dedicada a la exportación respecto de un crédito laboral reconocido a favor de quienes trabajaron para una empresa dedicada a la estiba de productos exportados. La Corte —también por mayoría[8]— entendió que se daban circunstancias de trascendencia y significación tanto desde el punto de vista de las relaciones laborales como desde las diversas modalidades de contratación comercial, pues la solución del caso podía contribuir a afianzar la seguridad jurídica y aquietar las diversas tendencias jurisprudenciales.

Lo resuelto por la Corte en ambos casos y sus fundamentos no quedaron exentos de críticas en el ámbito doctrinal. Entre esas críticas, rescatamos las que enfatizaron el desborde por parte del máximo Tribunal de su competencia excepcional circunscripta por la Constitución, la ley 48 y la pretensión de aleccionar a los jueces en materias fácticas y jurídicas cuyo conocimiento y decisión les era propia, así como el sentido desprotector que implicó la doctrina en el marco de los casos específicos en los que, precisamente, se trataba de terceras empresas en situación falencial.

Debemos recordar que la integración de la Corte varió —aún conformada por nueve miembros— con posterioridad. Mas la doctrina de las causas impulsó la resolución de numerosos casos durante los años siguientes. En

(7) Los jueces que suscribieron el voto aludido fueron Levene (H), Cavagna Martínez, Barra, Moliné O'Connor y Boggiano. Por su parte, el juez Belluscio emitió un voto concurrente en el cual le reprochó a la cámara el no haber examinado debidamente si las circunstancias del caso encuadraban en las normas respectivas. En disidencia, por la aplicación del art. 280 del CPCCN, votaron los jueces Fayt, Petracchi y Nazareno.

(8) Esta vez suscribieron el voto de la mayoría conjuntamente los jueces Boggiano, Barra, Belluscio, Levene (H) y Moliné O'Connor. En disidencia, por la aplicación del art. 280 del CPCCN, votó el juez Fayt.

"Gauna"[9], sentencia del 14 de marzo de 1995, fue aplicada la doctrina del precedente "Luna". Dos años más tarde, en "Sandoval"[10] la Corte descalificó el pronunciamiento que había responsabilizado solidariamente a Pepsi Cola Argentina y Pepsi Co Capital Corporation en los términos de los arts. 30 y 31 de la LCT, respectivamente. En relación con la primera empresa, el Tribunal citó la doctrina de "Gauna" y afirmó que no era posible colegir que, por la participación en el desenvolvimiento del proceso comercial, desarrollado en diversas fases complementarias, por personas y en unidades técnicas distintas, se haya configurado una hipótesis de la prestación por un tercero de una "actividad normal y específica propia del establecimiento", en los términos del art. 30 de la LCT.

También en 1995, en la causa "Méndez"[11] la Corte descalificó el fallo que —en contraposición con las constancias de la causa— responsabilizó solidariamente a Pepsi Cola Argentina S.A.C.I. respecto de créditos laborales reconocidos en contra de Seven Up Concesiones S.A.I.C.; y en la causa "Pellegrino"[12] el fallo que había fundado la condena solidaria a las demandadas en el art. 31 LCT. Afirmó que el *a quo* había prescindido de prueba decisiva y valorado inadecuadamente la restante.

Otro precedente en el mismo sentido de acogimiento de la instancia extraordinaria con sustento en la doctrina de la arbitrariedad en relación con la interpretación excesivamente amplia de las prescripciones del art. 30, fue dictado en la causa de Fallos 319:1114 "Vuoto c/ Cía. Embotelladora". En ésta la Corte —por mayoría— descalificó la sentencia de cámara que había responsabilizado solidariamente a Pepsi Cola, afirmando —con mención del precedente "Gauna" y su cita— que la solidaridad impuesta por el art. 30 de la LCT debe determinarse en cada caso atendiendo al tipo de vinculación y a las circunstancias particulares que se hayan acreditado. Agregó que en la decisión recurrida se había extendido infundadamente el ámbito de aplicación de la norma invocada a partir de la prescindencia del material probatorio obrante en la causa. Así, por

(9) Fallos 318:366.

(10) Fallos 318:1382.

(11) Fallos 318:2442.

(12) Fallos 318:2444.

lo menos seis jueces del Tribunal están de acuerdo acerca de que la extensión de responsabilidad a terceros ajenos a la relación laboral debería establecerse sobre la base de un examen estricto de las circunstancias de cada caso y que lo contrario lleva implícita una violación de derechos constitucionales.

Al año siguiente, fue resuelta la causa "Benítez c/ Empresa Cía. Argentina de Petróleo y otro"[13], en la cual la Corte dejó sin efecto una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz que había establecido la solidaridad entre la empresa explotadora de petróleo y la proveedora de agua que se utilizaba para la extracción en boca de pozo. En este caso, el Tribunal tuvo en cuenta que la provisión de agua se hizo sin intervención de la empresa en el proceso de extracción del petróleo y que dicha vinculación comercial había sido instrumentada mediante contratos serios. Por ello, por más imprescindible que fuera el agua para el cumplimiento de los fines de la empresa petrolera, no constituía un caso de cesión, contratación o subcontratación que autorizara la solidaridad.

Con posterioridad, se resolvieron otros casos de interés. En "Segundo Rosas Escudero c/ Nueva A S.A. y otro"[14], sentencia del 14 de septiembre de 2000, la Corte –por remisión al dictamen del Procurador Fiscal– dejó sin efecto la sentencia de cámara que había establecido la responsabilidad solidaria de la Sociedad Rural respecto de un crédito laboral a favor de quien se desempeñó para un concesionario. En su dictamen, el representante del Ministerio Público reseñó la jurisprudencia del máximo Tribunal a partir del precedente "Rodríguez", tras lo cual señaló –con cita de dicho fallo– que en el caso el a quo había soslayado "la apreciación rigurosa de los presupuestos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero". A continuación, precisó que se encontraba demostrado que "la actividad de la Sociedad Rural consiste básicamente, en la defensa, fomento y promoción de todo lo concerniente al patrimonio agropecuario del país"; "mientras que la de la principal se orienta a la prestación de servicios gastronómicos, tanto en la exposición agropecuaria, como allende a su transcurso y, aun, en beneficio de terceros extraños a la per-

(13) Fallos 322: 440.

(14) Fallos 323:2552.

sona de la co-demandada...; lo que desautoriza –prima facie– a colegir se haya configurado una hipótesis de prestación por un tercero de una 'actividad normal y específica propia del establecimiento...', en el marco de una 'unidad técnica de ejecución...' entre una empresa y su contratista". Y finalmente señaló que el criterio de la alzada prescindía de que "no basta...a efectos de la asignación de responsabilidad solidaria, la índole 'coadyuvante' de la actividad para el desenvolvimiento empresario (v. Fallos: 316:1610)(...)".

En 2001, se resolvieron las causas "Dubo Pedernera"(15) y "Barreto"(16). En la primera de ellas, por mayoría, la Corte descalificó la sentencia de cámara que mantuvo la responsabilidad solidaria del club codemandado, quien había asumido el carácter de locador de un local en el que se instaló un restaurante en el que trabajaron los actores. Para así resolver, consideró que —contrariamente a lo afirmado por el *a quo*— el codemandado había llevado a conocimiento del tribunal de alzada argumentos basados en que los términos del contrato de locación respectivo no permitían concluir —como lo había hecho el juez de primera instancia— que el club tenía injerencia en el negocio explotado por su inquilino. Tales argumentos, sumados a otras circunstancias fácticas que se desprendían de las pruebas, debieron —a juicio de la mayoría de la Corte— ser tratadas más allá de las consideraciones genéricas plasmadas en el fallo recurrido. En minoría, el juez Fayt se pronunció por la aplicación del art. 280 del CPCCN, y el juez Petracchi por remisión al dictamen del Procurador General, quien había propuesto la desestimación del recurso.

En "Barreto", por su parte, el Tribunal —compartiendo los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador Fiscal— dejó sin efecto la sentencia de cámara que había responsabilizado al Instituto Rosenbusch S.A. respecto de deudas de la empresa Sarti S.A. —contratista de aquélla—. En el dictamen respectivo se señaló que el *a quo* había dejado de lado la cuestión atinente a la prueba de que la empresa contratista, "empleadora del actor, no sólo proveía de la materia prima al laboratorio codemandado, sino también a otros; que el laboratorio no obtuviera dicho

(15) Sentencia del 15 de mayo de 2001, publicada en Fallos 324:1595.

(16) Sentencia del 9 de agosto de 2001.

insumo solamente de dicha empresa; ni que la relación comercial entre ambas empresas haya concluido antes del distracto laboral". También se puso de manifiesto que la actividad propia y principal del laboratorio codemandado no era "la de extraer epitelio sub-lingual, sino producir la vacuna anti-aftosa con dicho insumo" proveído por SARTI SA, así como a otros laboratorios, y que no se daba en el caso la existencia de una unidad técnica de ejecución entre la actividad de la empresa contratante y su contratista.

Como puede apreciarse, la línea jurisprudencial trazada desde 1993 en lo que hace a la "tercerización" perduró durante casi una década. Y el supuesto específico del art. 30 de la LCT es emblemático en ese sentido, sin perjuicio de otros pronunciamientos que —con similar perspectiva estricta en lo que hace a la posibilidad de responsabilizar solidariamente al destinatario de la prestación laboral— fueron dictados por la Corte en relación con los arts. 29 y 31 de la LCT e, inclusive, con supuestos de cesión o transferencia encuadrables en los artículos 225 y siguientes del mismo cuerpo normativo. Aunque respecto de estos últimos cabe contrastar la línea jurisprudencial desprotectoria ya aludida con el avance que, en sentido contrario, se produjo a partir del precedente "Di Tullio" al que nos referiremos a continuación.

3 | El contraste protectorio que implicó la doctrina "Di Tullio"

En efecto, tal como lo anticipamos, fuera del marco específico de los arts. 29, 30 y 31 de la LCT, ha sido significativo lo resuelto por la Corte durante la década del '90 frente a otro supuesto de solidaridad en la causa "Di Tullio" (Fallos: 319:3071) y las posteriores que trató por remisión. Aunque el máximo Tribunal entendió en aquel caso con motivo de una resolución del *a quo* contraria a las normas federales emanadas y derivadas de la ley 23.696, el contenido del fallo involucra cuestiones de solidaridad cuya consideración resulta significativa.

En "Di Tullio" se pronunció, por mayoría, en sentido favorable a la pretensión de responsabilizar solidariamente a una empresa privada en su ca-

rácter de continuadora de la explotación de un servicio que había estado en manos de una empresa estatal. En lo concreto, confirmó la sentencia de cámara que había mantenido un embargo trabado sobre un bien de propiedad de la empresa Telefónica de Argentina S.A., medida que había sido solicitada por la ejecutante de un crédito de naturaleza laboral devengado —y reconocido judicialmente— contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

La mayoría del Tribunal entendió, en síntesis y en lo sustancial, que en el marco de las privatizaciones llevadas a cabo mediante la ley de emergencia 23.696, el legislador quiso que los trabajadores no dejaran de estar amparados por las instituciones del derecho del trabajo. Estimó de particular relevancia la que tutela el crédito laboral en el caso de transferencia de establecimiento, por su directa relación con el traspaso del patrimonio del ente estatal a las sociedades licenciatarias. Agregó que los arts. 225 a 229 del régimen de contrato de trabajo no podían ser consideradas como una "situación de privilegio" en los términos de la ley de emergencia; que en el caso había mediado la transferencia de un establecimiento, ya que el procedimiento para concretar la privatización consistió en la constitución —como licenciatarias— de sociedades anónimas a las que se transfirieron todos los derechos; que, además, la empresa privada constituyó su patrimonio con una universalidad de hecho escindida de la que antes había pertenecido al ente estatal y sucedió a éste en la prestación del servicio público; y que las sociedades licenciatarias tenían una acción de regreso contra el Estado Nacional, "puesto que el objeto de los contratos públicos debe adecuarse a lo establecido en las leyes dictadas por el Congreso" y "el Estado se halla sometido al principio de legalidad, que se vería vulnerado si se desconociese la existencia de la solidaridad" a la que se hizo mención.

La doctrina establecida en "Di Tullio" tuvo influencia en la causa "Palomar" (Fallos: 323:500), referente al fondo compensador de SEGBA, y fue reiterada en la causa "Taschowsky" (Fallos: 323:506), en "Armoa" (Fallos: 323:3381), y posteriormente (sentencia del 13 de marzo de 2001) en la causa "Saddakni" respecto del personal profesional que se había desempeñado en la obra social de E.N.Tel.

4 | Las influencias del cambio de integración de la Corte Suprema y la doctrina actual

Es sabido que desde fines de 2002 comenzó un proceso de renovación en la Corte Suprema a partir del cambio de la mayoría de sus miembros; proceso que se vio reflejado en la doctrina establecida por la nueva integración del tribunal en diversas materias, a las que no ha sido ajeno el derecho del trabajo y, en particular, el tema la protección del trabajo mediante las herramientas que el orden jurídico pone en cabeza de la persona trabajadora.

En materia de art. 30, LCT, la Corte dictó pronunciamientos significativos a partir de 2004, que implicaron una variación del enfoque con que hasta entonces se había expedido en relación con los supuestos de subcontratación, descentralización o tercerización.

Entre tales pronunciamientos, pueden identificarse varios que, si bien no expresaron una doctrina contraria a la que había comenzado con los precedentes "Rodríguez" y "Luna" de 1993, sí importaron una nueva óptica del máximo Tribunal de la problemática atinente a la posibilidad de revisión de las condenas solidarias dictadas en las instancias anteriores.

Algunos de los nuevos fallos concordaron en poner al abrigo de la tacha de arbitrariedad a las decisiones por las que en las instancias anteriores se había establecido con cierta amplitud de criterio la responsabilidad solidaria. De ello es ilustrativa la aplicación —por mayoría— del art. 280 del CPCCN[17], en casos cuyas características —descriptas en los votos disidentes del juez Lorenzetti— evidencian que la condena solidaria pronunciada no provocó para el Tribunal una cuestión federal susceptible de habilitar la vía del art. 14 de la ley 48.

Otros pronunciamientos del máximo Tribunal —por las características que quedaron expuestas en los distintos votos— parecían anticipar un cambio

(17) Norma según la cual, como se sabe, con su sola cita la Corte está facultada para desestimar un recurso extraordinario sin que ello implique pronunciamiento alguno sobre el grado de acierto de la sentencia recurrida, sino simplemente que el Tribunal entiende con su sana discreción que prefiere no intervenir porque las cuestiones planteadas carecen de entidad federal bastante.

en la doctrina que inspiró la sucesión de fallos de la década del 90, al menos en los alcances institucionales de esa doctrina como para justificar una única interpretación posible de la temática.

Repasemos. Al primer agrupamiento corresponden los fallos: "Páez c/ Sindicato del Seguro de la República Argentina", sent. del 18.10.06; "Cecchi c/ Seguridad del Tercer Milenio S.A.", sent. del 28.11.06; C.3578.XL "Castro Bourdin c/Jockey Club", sent. del 17.7.07; F.415.39 "Farías Ana Victoria c/ Clínica Privada Esquizol", sent. del 17.7.07; H.36.XLII "Herrera, Nerio c/ Degac y otro", sent. del 10.4.07; F.1258.XXXIX "Fiorentino, Roxana c/ Socialmed", 29.5.07; Makarsky c/ The Segurity Group, sent. del 8.5.07, y "Della Marca c/ Automóvil Club Argentino y otro", sent. del 18.6.08.

La mayoría del Tribunal simplemente se limitó a considerar aplicable —frente al recurso extraordinario planteado por la condenada solidaria— el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La minoría —en cambio—, formada por el juez Lorenzetti —acompañado ocasionalmente por el juez Fayt— afirmó entre otros fundamentos: que es arbitraria la sentencia que deduce automáticamente una responsabilidad derivada de la sola presencia de una actividad que considera normal y específica, sin que se haya argumentado nada sobre la relación de dependencia con el contratante, ni sobre el distracto, ni sobre el incumplimiento de los deberes de control; que los jueces deben ser particularmente estrictos en la aplicación de la ley, puesto que de lo contrario pueden producirse situaciones en las que el acreedor promueva una demanda sin que el codemandado tenga ningún control sobre la existencia del vínculo o su extinción o sobre la deuda que se reclama; que aun cuando coincidan la actividad normal y específica del establecimiento del condenado y la del empleador del actor, no hay unidad técnica de ejecución ni omisión de los deberes de contralor, si no se ha probado la utilización de una figura simulada o la existencia de una conexidad intensa en relación a los vínculos laborales.

Al segundo agrupamiento referido (casos que parecían anticipar un cambio de doctrina) corresponden los fallos "Ajis de Caamaño c/ Lubeko S.R.L. y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.", sent. del 26.2.08, "Preiti c/ Elemac S.R.L. y otra", sent. del 20.8.08 y "Robledo c/ Cordón Azul S.R.L. y otros", sent. del 11.8.09.

De "Ajis de Caamaño" cabe destacar que, por cuatro votos a tres, se impuso la aplicación del ya citado art. 280 a un caso en el que había sido con-

denada solidariamente Yacimientos Petrolíferos Fiscales respecto de deudas laborales de una empresa de limpieza. En minoría se pronunciaron los jueces Lorenzetti y Fayt, quienes sostuvieron que la sentencia de la instancia anterior resultaba arbitraria y que en el caso se trató de la simple contratación de servicios prestados por un tercero. El juez Maqueda —quien también votó en disidencia— sostuvo que resultaba descalificable la sentencia por extender desmesuradamente el ámbito de aplicación del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo de un modo que su texto no consiente, desnaturalizando su contenido al asignarle un significado que excede inaceptablemente sus fines, y que el tribunal *a quo* resolvió mediante consideraciones dogmáticas y con prescindencia del texto expreso de la norma examinada.

En el caso "Preiti" la Corte incursionó para descalificar por arbitrario un pronunciamiento que había rechazado la responsabilidad solidaria. Y aunque los argumentos en orden a dicha descalificación no fueron directamente a la cuestión jurídica susceptible de abarcar otros casos, pues se refirieron a una inconsistencia argumental del fallo recurrido, lo cierto es que esbozaron una tendencia jurisprudencial proclive a no admitir la liberación de responsabilidad de aquellos terceros estrechamente vinculados al ámbito de actuación empresaria de los empleadores formales.

En "Robledo", finalmente, resulta de interés la opinión de tres jueces del máximo Tribunal (Petracchi, Maqueda y Zaffaroni), para quienes la cámara no apoyó en fundamentos válidos la conclusión de que no mediaba el supuesto de contratación de servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento al que alude el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.), respecto de la Asociación Círculo Militar. En tal sentido, los aludidos jueces cuestionaron que se asentara como premisa que "la situación prevista por la ley modula sobre un supuesto básico, la existencia de un establecimiento [...] preexistente al negocio en virtud del cual aparece la figura del [...] contratista", y que "son los trabajos y servicios que en él se realizan o prestan los que pueden constituir el objeto de la contratación".[18] Las consideraciones que fundaron ese cuestio-

(18) Estimaron aquéllos que, al abordar el estudio de las circunstancias comprobadas de la causa, se redujo a sostener que "los servicios de gastronomía que desarrolló el 'concesionario', Cordón Azul S.R.L., en el establecimiento de la 'concedente', Círculo Militar, no eran inherentes a la actividad normal y específica de esta entidad, constituida para cumplir una actividad diferente de la de aquél…". Con ello, precisaron, se perdió de vista el presupuesto del que la cámara había partido, esto es, el indicado "en orden a que el recordado art. 30

namiento son de sumo interés pues se aprecian en línea con los reproches efectuados —esta vez, sí por mayoría de 4— en la causa Preiti antes citada. Pero el fallo más relevante emitido por la actual composición del Máximo Tribunal en esta materia es "Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros", sentencia del 22.12.09, en el que al descalificar —por mayoría— el pronunciamiento de cámara, la Corte desarrolló consideraciones significativas, porque se refirió a la exigencia de fundamentación de los fallos y a los alcances de su revisión cuando dichos fallos —aun citando doctrina de la Corte— resuelven temas ajenos a la instancia federal.

La Cámara había confirmado la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la pretensión de extender la responsabilidad solidaria pretendida con base en el artículo 30 de la LCT. Y los fundamentos desarrollados por la Corte para su descalificación fueron:

- que es impropio del cometido jurisdiccional de la Corte en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter común que ésta posee (en tal sentido, se citaron las disidencias formuladas en "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro"), y que la intervención del Tribunal en materia de derecho común, no tiene como objeto sustituir a los jueces de la causa en temas que, como el indicado, le son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales[19].

apuntaba menos al objeto enunciado en el estatuto de la entidad contratante que a la actividad efectivamente desarrollada en su establecimiento." Apuntaron también que, "incluso bajo el enfoque circunscripto al estatuto, tampoco efectuó (la cámara) un examen acabado de su texto. En efecto, según éste, una de las "finalidades fundamentales del Círculo Militar era "ofrecer a sus socios e invitados (personas o sociedades debidamente autorizadas) el uso de sus sedes para actos sociales", y, justamente, mediante el contrato celebrado con Cordón Azul S.R.L., el Círculo Militar le dio "en concesión" a esta última "la explotación de los servicios de restaurante, lunchs, recepciones, fiestas y otros eventos sociales que se realicen en su Sede Central…, en los lugares habilitados a tales efectos, y Bar de la Sala de Juegos…", servicios que serían prestados a los socios y a "terceros no socios autorizados".

(19) Con diversas citas de fallos propios el Tribunal señaló que su intervención excepcional por vía de la arbitrariedad se circunscribe a descalificar los pronunciamientos que, por la extrema gravedad de sus desaciertos u omisiones, no pueden adquirir validez jurisdiccional; que en repetidas oportunidades ha juzgado "ineficaz" para la apertura de la presente instancia, el argumento fundado en la diversa inteligencia que los tribunales de la causa hubiesen dado a una disposición de índole no federal; que la letra y el espíritu de la Constitución Nacional y de las leyes orgánicas rechazan la pretensión de que el Tribunal expida un pronunciamiento de casación extraño a sus funciones; que la alegación de haberse dictado sentencias que se dicen contradictorias en materia de derecho común, no plantea problema

- que la Cámara se atuvo a la inteligencia que el máximo Tribunal —por mayoría— dio a la mencionada norma en "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro";

- que, así, la decisión del *a quo* no se apoyó en un criterio propio sobre la interpretación y alcances del antedicho precepto, sino que se redujo a un estricto apego a una doctrina mayoritaria cuya *ratio decidendi* la actual composición de la Corte considera inconveniente mantener para habilitar la instancia y asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en el caso, el artículo 30 de la LCT.

La disidencia en este caso fue de la juez Argibay quien, en síntesis y en lo sustancial, consideró que —aun ponderando los argumentos de la mayoría del máximo Tribunal en relación con los alcances de la revisión por vía del recurso extraordinario de temas no federales— el fundamento dado por la cámara en el caso resultaba suficiente para poner al fallo al abrigo de la tacha de arbitrariedad.

Con el caso "Benítez" la Corte parece haber querido marcar un punto desde el cual pueda apreciarse con cierta claridad un antes y un después en la incursión por parte del Tribunal en temas no federales. Y precisamente parece haber querido marcar ese punto a propósito del tratamiento de un tema (el de los alcances del art. 30 de la LCT o el concerniente a las facultades de los jueces de la causa para interpretar con mayor o menor amplitud la configuración del presupuesto de aplicación de dicha norma) en el que la actual integración de la Corte, por mayoría, disiente con la integración anterior. Lo cierto es que el Tribunal estimó que era una ocasión propicia para señalar expresamente la limitación de sus facultades jurisdiccionales a la luz del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Ahora bien, ¿qué conclusiones prácticas podemos sacar hoy del fallo "Benítez"?, o ¿cómo puede preverse que la Corte resolverá, de aquí en más, los casos cuyo tema en cuestión sea la mayor o menor amplitud con que quepa examinar la configuración de un supuesto de responsabilidad por tercerización?

constitucional ni autoriza la intervención de la Corte a fin de unificar pronunciamientos en temas no federales: y que las cuestiones atinentes al derecho del trabajo se ven alcanzadas por esta regla.

Como respuesta, apreciamos que la regla ha de ser el respeto, por parte de la Corte, de la interpretación y aplicación que hagan los jueces de la causa de los hechos y el derecho involucrados en cada caso; y la excepción será la revisión —con sustento en una comprensión estricta de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias— de la coherencia en el razonamiento y la adecuada respuesta fáctica y jurídica plasmada en el fallo recurrido, sin importar —en este último supuesto— si se trató de una condena o de una absolución a la empresa cuya responsabilidad se discuta. Desde esta nueva perspectiva de examen, según entendemos, el máximo Tribunal ha resuelto con posterioridad a "Benítez" los casos que involucraron la aplicación por parte de los jueces de la causa del mencionado artículo 30.

Nos referimos, en primer lugar, a la causa "Scholles", resuelta el 2 de marzo de 2011, mediante la cual —por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal Beiró— la Corte dejó sin efecto una condena solidaria dictada, con fundamento en que se omitió dar tratamiento en la instancia anterior a los agravios formulados respecto de "la inclusión de los créditos derivados de períodos anteriores y propios de la cesionaria, fechas en las que la condenada solidaria no tenía vínculo alguno con la co-demandada y su dependiente".

En segundo lugar, cabe mencionar la causa "Batista", resuelta el 9 de marzo de 2011. También respaldado en el dictamen fiscal, el Tribunal consideró atendible un planteo efectuado por una condenada solidaria —y dejó sin efecto la sentencia recurrida— señalando la omisión de tratamiento por parte de la cámara de lo atinente al cumplimiento del control de las obligaciones laborales a la luz del texto legal aplicable al caso.

Finalmente se destaca la causa "Sinchicay", resuelta el 20 de diciembre de 2011, por la que la Corte dejó sin efecto un fallo de la Sala VII de la CNAT que había condenado solidariamente al Grupo Bapro S.A. y Provincia Servicios de Salud S.A.. Para resolver de ese modo el Tribunal entendió que en la sentencia de cámara no se había formulado alusión alguna a la hipotética relación jurídica que la primera de las sociedades nombradas pudo haber entablado con la demandada ni con la segunda. Por resultar sustancialmente análogas a dichas causa, la Corte resolvió del mismo modo las causas "Carísimo", el 22 de noviembre de 2011, y "Jasiner" el 20 de diciembre del mismo año.

Fuera del marco del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo e inclusive del Derecho del Trabajo, pero dando alguna señal que podría ser tomada en

cuenta en el orden de ideas que venimos señalando, a los efectos de apreciar y determinar las responsabilidades de las empresas que se encuentran vinculadas entre sí, la Corte muy recientemente —a propósito del examen que efectuó de una cuestión federal relativa a la aplicación de la ley de impuesto a las ganancias— reforzó la idea de la necesaria evaluación fáctica que es preciso efectuar en cada supuesto particular que se presente. Se trata de la causa "Fiat Concord S.A. TF (16.778-I) c/ DGI", resuelta el 6 de marzo de 2012, en la que expresamente señaló que en el supuesto de las sociedades que integran un conjunto económico, podrían existir modalidades comerciales peculiares, que deberán ser contempladas mediante una exhaustiva ponderación, examen que no corresponde, en principio y como regla, al Tribunal realizar en esta instancia excepcional.

5 | Reflexión final

Después de la reseña efectuada, apreciamos una secuencia de decisiones del máximo Tribunal nacional –dictadas en el marco de la vía de excepción del art. 14 de la ley 48– cuyo contenido fue evolucionando en adecuación a una realidad que fue cambiando en los últimos años.

De aquella preocupación expresada e implicada en diversos fallos de la Corte —en su anterior composición de miembros— durante la década del 90 del pasado siglo por "aquietar" una doctrina judicial de tribunales anteriores en grado proclives a extender la responsabilidad empresaria, se ha pasado a considerar ajena al terreno federal dicha temática, y se ha avanzado abandonando de manera expresa aquel criterio, mediante la descalificación de una sentencia (en el caso "Benítez") que tuvo como sustento la doctrina del máximo Tribunal en su anterior integración ("Rodríguez").
Hoy queda un campo abierto para el desarrollo jurisprudencial en la materia por parte de los tribunales encargados de definir en primera o segunda instancia ordinarias los alcances de los hechos y el derecho aplicable a la situaciones de tercerización (cf. art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional). Es de esperar que el desarrollo de esa doctrina judicial se enriquezca con las distintas perspectivas de análisis, y que la —eventual— actuación de la Corte se limite a habilitar la instancia federal en situaciones excepcionales que provoquen una afectación directa y específica de un derecho previsto en nuestra Constitución.

Contrataciones y subcontrataciones

por **JUAN C. FERNÁNDEZ MADRID**[1]

I | Interposición en la contratación de mano de obra y fragmentación de la empresa

La empresa puede asumir la dirección del proceso productivo en forma directa o puede segmentar dicho proceso y otros servicios complementarios para la realización de sus fines efectuando contrataciones con otras empresas.

En el primero de los casos, no siempre la contratación de los trabajadores se realiza en forma directa, pues a veces se buscan sujetos interpuestos que pueden ser empleados de la misma empresa u otras empresas o personas que facilitan la mano de obra al empresario principal o integran a la empresa mano de obra. Al respecto, se dan diversas figuras jurídicas que originan distintos efectos. Todos los casos de interposición del dependiente o de terceros en la provisión de mano de obra que se incorpora efectivamente a la empresa determinan que la titularidad de los respectivos contratos sea asumida por el beneficiario de los servicios, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del sujeto interpuesto.

(1) Juez de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; Profesor Consulto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la U.B.A; Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Facultad Ciencias Sociales, de la U.B.A.; Profesor de Posgrado y Doctorado. Publicista. Autor de numerosas obras jurídicas.

En aquellos casos en que la empresa segrega artificiosamente el proceso productivo, quiebra la unidad de su organización y distribuye entre otros empresarios funciones que le son propias (principales o complementarias), la relación de trabajo se traba con la empresa contratista o subcontratista y el empresario principal queda fuera de la órbita de dichos contratos. Pero asume la responsabilidad solidaria por los incumplimientos en que puedan incurrir dichos contratistas o subcontratistas, tanto con los trabajadores como con las instituciones de la seguridad social.

La responsabilidad solidaria contempla a cesionarios, contratistas o subcontratistas auténticos, y no a "hombres de paja" o seudoempleadores que están contemplados por el art. 29 del mismo cuerpo legal. Es decir que la responsabilidad solidaria del art. 30 de la L.C.T. se configura en presencia de una cesión, contratación o subcontratación con empresas reales.

En otros casos un conjunto de empresas (conjunto económico) es el que efectúa la contratación, o es una empresa filial de una multinacional la que aparece como responsable de las contrataciones de los trabajadores. Es posible atribuir responsabilidad en forma directa al grupo económico o a la empresa matriz porque en definitiva se trata de unidades económicas de producción que se dividen a efectos de una mejor organización de sus actividades o por razones fiscales o de otra naturaleza, como parte de una estrategia empresarial.

De este modo, la ley cierra un círculo de protección que confirma la regla de indemnidad, ya que por un lado pone la titularidad del contrato en cabeza de quien es el verdadero sujeto y traslada al intermediario la responsabilidad solidaria y por el otro involucra en las responsabilidades por las relaciones laborales al empresario principal en la inteligencia de que la empresa implica una organización y la realización de actividades que no pueden ser fragmentadas a efectos de determinar los derechos y obligaciones propios del empleador a través de un artilugio contractual. Si la realización de los fines se cumple a través de otras empresas surge la solidariad entre todas ellas. La conjunción de las obras y servicios entregados a terceros compone la actividad de la empresa y de ahí la responsabilidad del empresario principal.

2 | Transferencia de responsabilidades a terceros. Contratistas y subcontratistas, distintos aspectos de la subcontratación

La contratación y subcontratación han sido tradicionalmente las formas más usuales de precarización del contrato de trabajo, pues por la vía del fraude por interposición de personas se suele dejar al trabajador frente a un empleador insolvente. La L.C.T., en su art. 30 establece la responsabilidad solidaria entre el empresario contratante de la obra o del servicio y el contratista, respecto de las obligaciones laborales y de la seguridad social de este último, cuando los trabajos corresponden a la actividad normal y específica propia del establecimiento.

Al respecto, observo que el contratista puede realizar obras sin relación directa con la actividad del empresario principal, completarla o constituirse en el medio del que se valga dicho empresario para la explotación de su industria.

El ejercicio de una actividad empresaria supone una serie de actos coordinados y repetidos cuyo cumplimiento puede realizarse a través de contratistas o subcontratistas. Si la actuación del contratista sustituye al empresario principal en la realización de los actos continuados propios o inherentes a la actividad de éste surge la responsabilidad solidaria entre ellos.

En otros términos, si el productor utiliza a contratistas para fabricar o producir será responsable por las obligaciones resultantes de los contratos de trabajo que haya celebrado dicho contratista, pues la presencia de éstos importa una modalidad en la realización de aquella actividad e implica la sustitución del empresario principal en una función que normalmente debe realizar con medios propios. Cabe señalar que la responsabilidad solidaria del art. 30, L.C.T., surge en caso de contratación o subcontratación con empresas reales, ya que los casos de fraude o simulación contemplados por el art. 14 de dicho cuerpo normativo no dan lugar a la responsabilidad subsidiaria sino a la directa.

3 | El caso Rodríguez c/ Embotelladora y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La CSJN con una composición diferente de la actual, fijó el criterio interpretativo que debe primar en torno del art. 30 L.C.T. (sent. 15/4/93 en "Rodríguez, Juan c. Cía. Embotelladora Argentina S.A."; 2/7/93 en "Luna c. Agencia Marítima Rigel S.A."; 18/7/95 "Sandoval c. Cía. Embotelladora Argentina S.A."); precisando que: El art. 30 de la ley de contrato de trabajo comprende las hipótesis en que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento. Son supuestos en los que se contraen prestaciones que completan o complementan la actividad del propio establecimiento, esto es, "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones" (art. 6°, ley de contrato de trabajo); pero en los contratos de concesión, distribución, y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario.

Por eso dice el Alto Tribunal, "(...) para que nazca la solidaridad del art. 30 de la ley de contrato de trabajo es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal, debiendo existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista (…)"

Y puntualmente con respecto a la actividad de Pepsi que elaboraba el jarabe y lo entregaba a Embotelladora para la preparación y distribución de la bebida afirmó que "(…) No corresponde la aplicación del art. 30 toda vez que un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución. Este efec-

> to se logra en la práctica comercial por contratos de concesión, distribución, franquicia y otros que permiten a los fabricantes o, en su caso, a los concedentes de una franquicia comercial vincularse exclusivamente con una empresa determinada sin contraer riesgo crediticio alguno por las actividades de esta última, que actúa en nombre propio y a su riesgo. Ello sin perjuicio de los derechos del trabajador en supuestos de fraude (arts. 16 y 31, LCT).

De este modo se inclinó por una tesis restrictiva que como resulta de lo dicho más arriba sólo abarca a un sector de las subcontrataciones marginando situaciones más numerosas en que la actividad empresaria se integra también por medio de contratista y subcontratistas.

El referido cuadro de situación se modifica parcialmente a raíz de la sentencia dictada por el mismo Tribunal en la causa " Benítez Horacio Osvaldo c. Plataforma Cero SA (CSJN 332:2515).

En este caso, se consideró que es ineficaz para la apertura de la instancia extraordinaria, el argumento fundado en la interpretación que los tribunales de la causa hubiesen dado a una disposición de índole no federal, como el art. 30 de la LCT, pues, la letra y el espíritu de la Constitución Nacional y de las leyes orgánicas rechazan la pretensión de que la Corte Suprema expida un pronunciamiento de casación extraño a sus funciones. Por esta razón la mayoría del Tribunal declara la "inconveniencia" de mantener la *ratio decidendi* de "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" -15/04/1993, DT 1993-A, 754- para habilitar esta instancia.

Lo cual relativiza el valor de dicho precedente y de los que se dictaron en su consecuencia de éste. De ahí que en virtud de la jurisprudencia sentada adquiere mayor relevancia los fallos de la CNAT, que han interpretado con mayor amplitud los supuestos de responsabilidad solidaria del art. 30 pues dicho tribunal no debe atenerse a la doctrina de "Rodriguez c. Compañía Embotelladora S.A." y las decisiones que se den en esa jurisdicción sobre normas de carácter no federal, no serán revisables por el Alto Tribunal, salvo supuesto de arbitrariedad.

4 | Comprensión de las actividades complementarias

Puntualizo que apartándome de la doctrina sentada por la Corte Suprema considero que las tareas complementarias del proceso productivo también quedan comprendidas en la norma. De ahí que por actividad "normal y específica" debe entenderse toda aquella que haga posible el cumplimiento de la finalidad de la empresa y que puede ser relativa tanto al núcleo del giro empresario (por ej.: fabricación de cubiertas en una fábrica de cubiertas) como a los trabajos que coadyuvan al cumplimiento del objetivo correspondiente, pues la empresa es un todo y no puede ser fraccionada en partes a efectos de establecer la posible existencia de responsabilidad solidaria.

Con este criterio concuerdan Justo López, Estela Ferreirós y Miguel Angel Maza.

Justo López expresa que la solidaridad también se hace extensiva a esas actividades accesorias con tal de que estén "integradas permanentemente" al establecimiento. Lo que quedaría fuera del ámbito de aplicación de la norma es la actividad que se puede llamar extraordinaria o eventual. Cabe señalar que al referirse a la actividad extraordinaria aclara que lo hace "en el sentido excepcional como tipo de actividad, no de intensificación de una actividad habitual".

El Tribunal que integro ha entendido que se trata de las actividades comprendidas por la norma, las desarrolladas por las concesiones o comedores de buffet y el club donde éste funciona, por el supermercado, y la empresa de vigilancia; por la empresa de telefonía celular y el cableado necesario para el funcionamiento; el servicio de hotelería y el servicio de salud de un sanatorio; el expendio de combustible y los servicios del ACA; el servicio de coche comedor y el brindado por Ferrocarriles; los servicios gastronómicos y las exposiciones rurales, etc.

Maza comparte la postura amplia y estima que el vocablo "específica", usado por el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, no da pie a

excluir a aquellas actividades que, siendo normales, confluyen en forma secundaria o indirecta para lograr el objeto de la empresa.

En el criterio amplio que por mi parte también sostengo, pueden darse como ejemplo de actividades normales y permanentes del empresario que determinan su responsabilidad en caso de ser cumplidas por contratistas los servicios de limpieza, cuando se entregan a una empresa o a un equipo de trabajadores y los de vigilancia contratados con empresas especializadas, cuando se cumplen en el control de salida de los dependientes. En ciertas actividades, como las bancarias, los servicios de seguridad en toda su extensión hacen a las actividades normales de dichas instituciones, y lo mismo puede decirse de los supermercados.

Lo que propiamente queda fuera del ámbito de aplicación de la norma es, entonces, la actividad que se puede llamar extraordinaria (en el sentido de excepcional como tipo de actividad, no de intensificación de una actividad habitual) o eventual del establecimiento. Por ejemplo, si se contrata una mudanza, o la ampliación o refacción de las instalaciones. En este aspecto la modificación ha venido a restringir la amplitud de la norma anterior con respecto a lo que le había sido criticado como excesiva generalidad que podría dar lugar a situaciones enojosas. Piénsese en el caso de un particular o un consorcio de propietarios que encarga a un contratista la reparación de una cañería de agua o la pintura de los espacios comunes de un edificio en propiedad horizontal.

Bibliografía

CARCAULLAO HUGO, "El articulo 30 de la ley de contrato de trabajo" DL – Ed. Rubinzal Culzoni pag 136, LDL 247 D. 3 912.

CAUBET AMANDA "La responsabilidad solidaria del artículo 30 de L.C.T. y los contratos comerciales de colaboración empresaria" DLE T VII, p. 777.

CAUBET, AMANDA B., "Otra vez sobre la responsabilidad del empresario principal que contrata y subcontrata" DLE, Errepar, 2000.

CENTENO, NORBERTO O., FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C. Y LÓPEZ JUSTO,en *Ley de contrato de trabajo comentada*, 2° ed., De Contabilidad Moderna, p. 351/360.

FELDMAN, ISAIAS, "La solidaridad en el derecho del trabajo", L.T, vol.XXXIV, p. 83 y 84.

FERNÁNDEZ GIANOTTI, ENRIQUE, "Incorporación de los principios del fraude laboral a la Ley de Contrato de Trabajo", D.T, 1975, p. 257 y ss.

FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., Contrataciones y subcontrataciones de obras y servicios: solidaridad, "Responsabilidad del empleador que realiza su actividad por medio de contratistas o subcontratistas", G.T., 1966, p. 155.

FERREIROS, ESTELA, "El articulo 30 de la L.C.T después de la reforma de la ley 25.013 y la consecuente solidaridad" DLE, T XIV p. 41 y ss.

FOGLIA, RICARDO A., Ley de Contrato de Trabajo comentada, T II, p. 363/365.

GONZÁLEZ RICARDO, "La solidaridad en la L.C.T.", D.T., 1986, p. 1413.

GUIBOURG, RICARDO A., "Las obligaciones solidarias en el derecho laboral", L.T., vol. XXVI, p. 969.

IMAZ (H), JUAN I., "Subcontratación y solidaridad", TySS, num. 2, 1983, p. 36.

LIMA, OSVALDO J., "Interposición, subcontratación y empresas subordinadas o relacionadas en la ley 20.744", TySS, 1975, p. 577.

MANCHINI, HÉCTOR L., "La subcontratación en la industria de la construcción", D.T., voll, 1983-B, p. 1445.

MAZA MIGUEL "Casos de solidaridad por contratación y subcontratación en el art. 30 LCT", DL T VIII, p. 913/25.

MONZÓN, MÁXIMO D., "Delimitación de la solidaridad", J.T.A., num1, p. 3.

MORENO, JORGE R., "Algunos aspectos de la solidaridad en el derecho del trabajo. Interposición y mediación, subcontratación y delegación", L.T, vol. XXXIV- A, p. 561.

RAMÍREZ BOSCO, LUIS, "Subcontratación y servicios normales específicos", nota a fallo, TySS, 1985, N° 5, p. 451 PAWLOWSKI DE POSE, AMANDA L., "Jurisprudencia

sobre solidaridad por subcontratación y delegación, art. 30 L.C.T.", L.T., vol. XXXIII-A, p. 387 y ss.

RAMÍREZ BOSCO, LUIS, "Subcontratistas e intermediarios en la L.C.T", L.T, vol. XXIII, p. 193.

ZURETTI, MARIO E., "Intermediación, contratación, delegación. Empresas relacionadas y subordinadas", L.T, vol. XXIX, p. 619.

Derecho del trabajo y procesos de tercerización

por **RICARDO A. FOGLIA**[1]

I | Introducción

Los procesos de tercerización son una especie del fenómeno que se hado por denominar "descentralización productiva".

Estos procesos implican una fragmentación de la estructura organizacional de las empresas que de esta forma se "*desverticalizan*" para transformarse en organizaciones "*planas*",que con otras externas producen los bienes y servicios que el mercado requiere.

Si la empresa tradicional se asemejaba a una pirámide, la empresa moderna se parece a una telaraña, esto es, a redes de empresas que en un proceso colaborativo e interrelacionado, realizan la producción, sea de bienes o de servicios.

Este sistema de organización de las empresas se impuso por una necesidad económica y operativa. Ello porque la empresa desverticalizada elimina el trabajo rutinario y genera un ahorro al posibilitar que la organización se concentre en las tareas que hacen a su objetivo productivo, desligándose de actividades anexas o conexas, que son realizadas por otras empresas que para ellas constituyen, a su vez, su objeto productivo.

(1) . Abogado. Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Universidad Rey Juan Carlos —Madrid—). Director del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral. Profesor en grado y posgrado de la Universidad Austral. Profesor de la Maestría de Derecho Empresario Económico de la Universidad Católica Argentina. Profesor en la Especializacion en Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Argentina.

Al favorecer la especialización se mejora, además, la calidad de los bienes y servicios ya que cada uno se concentra en su núcleo.

De esta manera se corta la cohesión vertical y la empresa es reducida a un núcleo de competencias básicas, el "*corazón de la organización*", quedando las restantes actividades (que antes formaban parte de la misma empresa) en manos de clientes, proveedores, adjudicatarios, subproveedores, trabajadores autónomos, contratistas, etc.

Este proceso se ha visto favorecido, además por las herramientas informáticas, las que se han introducido en todos los procesos productivos. Esta circunstancia, que abrió nuevas posibilidades a la producción de valor, torna muchas veces difusa la estructura y participación de las empresas en los procesos de producción, ya que el ámbito de las funciones productivas interconectadas puede ser ilimitado.

Es por ello que estos procesos de descentralización productiva presentan contornos complejos, y que a veces exceden las fronteras nacionales.

Conforme señalara al principio, la tercerización es una especie dentro del género descentralización.

Confalonieri[2] expresa que la descentralización productiva se concreta "a través de la contratación y subcontratacióno incluso con la mera transferencia de actividades", además de "el desplazamiento o traslado hacia el exterior de la empresa (externalización), del lugar de prestación de servicios o, lo que es lo mismo, de puestos de trabajo ubicados originariamente en el ámbito físico de la misma; b) el fraccionamiento del patrimonio de la empresa, con el fin de constituir una nueva empresa con personalidad jurídica propia (escisión-filialización); c) la cesión temporal de mano de obra propia, por parte de empresas expresamente habilitadas a este fin a favor de empresas que deban hacer frente a necesidades extraordinarias o transitorias".

(2) Confalonieri, Juan Á., "Descentralización y deslocalización de la producción", en *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva*, (coord. por Jorge Rodríguez Mancini), p. 268, Ed. La Ley, 2010.

En este trabajo me referiré a la descentralización a través de la contratación o subcontratación, denominados, comúnmente, procesos de tercerización.

2 | Descentralización y derecho del trabajo

El Derecho del Trabajo, como cualquier otra rama del saber jurídico, se apoya sobre la porción de la realidad que pretende regular. No es posible desligar la realidad social de la norma jurídica, ya que, si bien pertenecen a ámbitos diferentes, se corre el riesgo de afirmar, como lo hizo Kelsen "si la norma no se ajusta a la realidad, peor para los hechos".

Si bien las normas jurídicas llevan ínsitas la idea de la perdurabilidad, es frecuente que el transcurso de la historia se produzca circunstancias que el legislador más avezado no pudo prever, y como los jueces deben aplicar la norma, se da un proceso de adaptabilidad de la misma. El Código Civil admite esta limitación de la norma jurídica en, por ejemplo, y entre otros, los artículos 16 y 512.

La irrupción de los procesos de tercerización en los esquemas productivos tienen repercusiones jurídicas muy importantes en materia de derecho del trabajo, ya que alteran categorías conceptuales (como por ejemplo, la referida al ejercicio del poder de dirección y los límites de la empresa) y por ende colocan en situación de crisis a normas de nuestra disciplina, entre ellas el artículo 30 LCT, ya que se genera una dicotomía entre concentración / desconcentración que torna difusas las fronteras y los conceptos del derecho del trabajo.

De esta manera se colocan en tela de juicio las instituciones centrales de dicha disciplina.

Se producen entonces tensiones divergentes, partiendo de la idea de que la tercerización es un medio para eludir las normas laborales, esto es, una hipótesis de fraude, y la realidad productiva subyacente.

Quizá el desafío es poder conjugar ambos extremos.

3 | Los procesos productivos según los sistemas tayloristas y fordistas

Cuando se puso en vigencia la Ley de Contrato de trabajo, en el año 1974, imperaba una forma de organización del trabajo basada en la división del mismo dentro de grandes unidades productivas.

Esta forma de organización tenía su sustento en el principio de división del trabajo en el marco de grandes empresas industriales concentradas. El sector servicios carecía de relevancia.

Esta idea tiene su génesis en la teoría desarrollada por Adam Smith, en su obra "La riqueza de las naciones" (1776) que partía de la base de que el éxito de las empresas dependía de dividir las tareas según la ley natural, para lo cual el trabajador debía realizar la menor cantidad de tareas determinadas de antemano.

Como la idea de la división del trabajo se basaba en una ley natural, sólo había una forma lógica de hacer el trabajo, y la misma consistía en dividirlo, parcelarlo tantas veces como se pudiera. La idea subyacente no era democrática, ya que si hay una sola forma de hacer las cosas y científicamente, no cabe el cogobierno. De ahí los poderes de dirección del empleador.

Según Adam Smith la división del trabajo tenía tres efectos en la producción: a) una mayor habilidad de cada trabajador debido a la práctica de la realización de tareas repetitivas; b) un menor consumo de tiempo y c) la posibilidad de utilizar máquinas (en esa época incipientes) que realicen el trabajo repetitivo lo que aceleraba la ejecución de las tareas aumentando la producción.

Estas ideas fueron el sustento, varios siglos después, del sistema de producción desarrollado a principio de 1900 por Frederick Winslow Taylor (1865/1915).

Conforme expresa Neffa[3], según Taylor el trabajo debía organizarse de la siguiente forma: a) análisis de los tiempos y movimientos del trabajo,

(3) Neffa Julio C., *El proceso de trabajo y la economía de tiempo*, Ed. Humanitas, 1990, p. 109 y ss.

b) establecimiento anticipado de tareas fijas y estandarizadas, c) trabajo individual, d) selección científica de los trabajadores, e) formación de los trabajadores para realizar su tarea, f) salario en función del rendimiento, g) estructura jerárquica vertical y h) medición objetiva y anticipada de los tiempos de trabajo.

En base a esos principios, la remuneración era calculada en función a la productividad individual, tomando como parámetro un valor medio de producción para un trabajador promedio. A medida que cada trabajador superaba el promedio la remuneración se iba incrementando, y viceversa, si no se alcanzaba el salario decrecía.

Henry Ford (1863/1947), complementa el sistema taylorista al introducir la cadena de montaje, por medio de la cual las piezas se desplazaban por la misma mientras que cada trabajador permanecía inmóvil realizando una tarea sobre el vehículo. Este sistema tenía dos ventajas: por un lado, implicaba un ahorro de movimientos, lo que permitía una mayor productividad y, por otro, posibilitaba al empleador un mayor control sobre el ritmo de producción.

Tanto el sistema taylorista como el fordista exigían un sistema centralizado de producción, en el cual en la fábrica se realizaban casi todas las tareas (era muy poco lo que se delegaba) y exigían además, grandes stocks amortiguadores, con el consiguiente capital inmóvil. Eran sistemas incompatibles con la delegación de tareas, tanto dentro del establecimiento, como fuera del mismo.

Ambos sistemas gobernaron la organización del trabajo industrial hasta que la crisis del petróleo, que se inició en el año 1973, los hizo inadecuados.

4 | La ley de contrato de trabajo del año 1974

En esta estructura productiva se sanciona, en el año 1974, la Ley de Contrato de Trabajo, que estaba pensada para la gran empresa industrial centralizada. Por ello resultaba coherente que la norma haya visto con disfavor

los procesos de delegación productiva, ya que no respondían a la forma de organización del trabajo vigente a la sazón.

Si bien la norma no lo mencionaba expresamente (salvo en el caso del art. 33, LCT referido a las empresas subordinadas o relacionadas), la idea subyacente era que, como no se ajustaba a la realidad productiva, la "tercerización" era una anomalía que encubría una hipótesis o posibilidad de fraude laboral a los trabajadores del contratista, o subcontratista.

El entonces art. 32, LCT regulaba dos hipótesis: a) cuando la actividad realizada por los trabajadores del contratista y/o subcontratista hacía a la actividad normal y específica propia desarrollada en el establecimiento del contratante, los trabajadores de aquél (contratista / subcontratista) eran considerados como empleados en relación de dependencia del contratante, cumpliendo el contratista /subcontratista, la función de garante solidario; b) en cambio cuando se trataba de una actividad principal o accesoria, e vínculo laboral permanecía con el contratista / subcontratista, resultando el contratante responsable solidario.

Es decir que la ley respondió ante este problema con dos respuestas, en una mediante el traslado de la relación laboral al contratante, hecho que impedía que el fraude por interposición se consumara, y en otra por la vía del instituto de las obligaciones solidarias (en el caso solidaridad pasiva), cuyo efecto principal es posibilitar al acreedor reclamar a todos los deudores, o a cualquiera de ellos el total de la deuda.

5 | La reforma de la ley 21.297

En el año 1976 se reforma la Ley de Contrato de Trabajo, modificándose, entre otros, el art. 32, LCT, que paso a ser el actual art. 30, LCT.

La norma actual prevé, respecto de los contratistas y subcontratistas, una sola hipótesis de regulación que es el caso de la realización de "trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento" de contratante "fuera o dentro de su ámbito". En este caso el contratante era (es) responsable solidario.

Se elimina la referencia a la actividad principal y accesoria que contenía el artículo derogado, y a esta hipótesis, que la ley engarzaba con la titularidad de la relación laboral del contratante, le asigna la consecuencia de la solidaridad.

La norma, por otra parte, contempla tanto la tercerización interna (el contratista/subcontratista realiza tareas o servicios dentro del establecimiento del contratante), como la externa (realiza las mismas fuera del establecimiento del contratante, en el establecimiento del contratista o de un tercero).

Por la poca vigencia de la norma original de la LCT no hay muchos precedentes jurisprudenciales referidos a la misma, aunque sí se puede afirmar que la norma reformada generó muchos problemas de interpretación y de aplicación, dando lugar a los más disímiles criterios (para advertir ello, basta recordar los fallos "Rodríguez" y "Benítez" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[4].

En esa época el crecimiento de las empresas era puramente demográfico ya que la demanda de bienes superaba a la oferta. Salvo períodos de depresión del ciclo comercial, siempre hubo más personas —o empresas— dispuestas a comprar, que bienes o servicios para satisfacerlas.

6 | Crisis económica y descentralización productiva

En el año1974 se produjo la denominada "crisis del petróleo", cuyos efectos llegaron al país una década después.

La sorpresiva y sostenida alza del precio del petróleo generó, en todo el mundo, una profunda recesión, a la cual se atribuye, entre otras consecuencias, una desocupación inédita hasta entonces.

(4) Sobre este tema puede verse mi comentario en TySS 2010-238, "Sobre el art. 30 LCT: 'Benítez' y la subsistencia de 'Rodríguez'".

El sistema productivo centralizado, por su falta de adaptabilidad a los cambios, no pudo dar una respuesta a la nueva situación, convirtiéndose en un pesado lastre por sus enormes estructuras, de cambios lentos, y los enormes stocks que requería su funcionamiento.

La respuesta a la crisis fue una nueva organización del trabajo, conocido como "sistema toyotista", que se estructuró sobre las siguientes premisas: a) el mercado paso a regir el mundo, b) la incorporación masiva de tecnología en los procesos de producción, c) la reducción y eliminación de los stocks, hecho éste, que necesariamente implicaba delegar en terceros parte del sistema de producción, quienes además de sus tareas propias concentraban la inspección de calidad con una relevante participación en el mejoramiento de los procesos de fabricación.

Así la producción se torno en interrelacionada, descentralizada y especializada.

El sistema tuvo un éxito inmediato, dado que produjo una nueva escala de producción, reduciendo el desempleo existente. De esta forma, la organización de las empresas dejó de ser vertical dando lugar a estructuras horizontales, con pocas cadenas de mando y con equipos de trabajo, más que en individualidades concentradas en una sola tarea.

Por otra parte los avances en tecnología de las comunicaciones posibilitaron coordinar a todos los elementos de la cadena de oferta, tanto dentro como fuera de la organización, y en este segundo caso dentro de un país determinado o fuera de él. Toda esta estructura interrelacionada actúa como una unidad eficiente.

También la producción industrial dejo de ser el eje del sistema que se desplazó al sector servicios.

A su vez y por la creciente necesidad de capitales para encarar proyectos productivos, derivada de la magnitud de los y los requerimientos en materia de tecnología y distribución, comenzaron nuevas formas contractuales como los *joint ventures*, fideicomisos, alianzas de empresas, los acuerdos estratégicos o de marketing, las fusiones, las uniones transitorias de

empresas, los consorcios de cooperación, los acuerdos de distribución o agencia, etc.[5].

Como dijera, todo ello tiene un profundo impacto en el derecho de trabajo al tornar difusas a sus fronteras e instituciones. En el caso analizado lo que ayer era visto como una hipótesis objetiva de fraude, hoy es una realidad organizativa insoslayable.
Se produce, pues, una tensión entre la racionalidad económica y la forma jurídica, ya que es válido preguntarse si un mecanismo de protección que partía de la base de que la tercerización encubre un fraude (ya que no ajustaba al modelo de la época), es válido cuando la misma es una necesidad productiva lícita. De esta manera queda planteado el tema de la sinceridad económica, lo cual no significa, en modo alguno, desproteger al trabajador, sino protegerlo partiendo de la base de otra realidad.

Y entiendo que esta es la cuestión que genera tensiones en nuestro régimen jurídico actual, y tiene que ver con la estrategia jurídica ante los fenómenos de la tercerización, estrategia que en nuestro caso, era válida y realista para la realidad productiva de hace 40 años, pero creo que no para la actual.

De esta manera considero que en la actualidad se deberían conjugar cinco factores para una eventual reforma legislativa: a) la realidad productiva actual, b) el fraude que básicamente, y en este tema consiste en la transferencia innecesaria del riesgo y de los recursos del centro productivo hacia la periferia, c) la diligencia del contratante en la genuinidad de la contratación y el control del contratista y la inclusión de la obligación de recisión del contrato del contratante con el contratista en caso de que el contratante detectare el incumplimiento de este último de sus obligaciones respecto de los trabajadores, resultando responsable solidario el contratante que, ante esa situación de incumplimiento no procediere de esa forma, d) protección de los créditos del trabajador ante el fraude y e) la constitución de fondos de garantía o seguros para los casos de insolvencia del contratista y/o subcontratista.

(5) Drucker Peter F., *Hacia la nueva organización. La organización del futuro*, Ed. Granica, 1998, p. 17.

Cuando la subcontratación es pura y simple intermediación

por **JOSÉ D. MACHADO**(1)

El presente ensayo defiende la siguiente idea: muchas veces los pleitos que se plantean y transitan con epicentro del debate en torno a la cuestión de si cierta actividad tercerizada por una empresa es o no inherente a la misma —es decir, "parte de su actividad normal, específica y propia"— encuentran en cambio un ámbito de acceso más cómodo y directo al efecto pretendido por la actora (esto es, la incriminación solidaria de la tercerizante) en el art. 29 de la L.C.T puesto que, en verdad, no se trata sino de lisos y llanos suministros de trabajadores a través de un intermediario.

Hace algunos años y por invitación de la Revista "La Causa Laboral" (N° 26, de febrero de 2007) escribí un artículo con el mismo propósito, denominado "La subcontratación aparente como forma de intermediación". Y si bien en aquel momento parte de la justificación práctica consistía —cuando así lo ameritaran los hechos— en sortear el obstáculo de un criterio restrictivo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del art. 30 LCT que hoy se encuentra en repliegue, sino en retirada, lo cierto es que, por una parte, subsiste el interés teórico en la distinción nítida entre ambos institutos y, por la otra, muchas Cámaras de Apelación y Superiores Tribunales de provincia —con o sin mención del precedente "Rodríguez, Juan c/Cía.Embotelladora Argentina" (C.S., del 15.04.93)— mantienen una

(1) Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de la ciudad de Santa Fe. Profesor titular de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Director de la Carrera de Especialización en Derecho Laboral de la Universidad Nacional del Litoral. Director académico de la Revista Derecho Laboral (Rubinzal). Co-autor de los libros *Siniestralidad Laboral* (1996), *Tutela Sindical* (2006) y *Manual para representantes sindicales* (2011).

suerte de apego apasionado a su doctrina no obstante el giro del Alto Tribunal Federal en su composición actual[2].

El art. 29 de la LCT regula el supuesto del contrato de suministro de personal. Este contrato, como todos, tiene dos partes, una de las cuales es necesariamente una empresa que "utilizará" la prestación de trabajadores reclutados (contratados) por otro sujeto de derecho que la norma, impropia y genéricamente, denomina "los terceros". En realidad, de la configuración total del precepto se desprende que este último sujeto (del contrato con la usuaria, y también del contrato con los trabajadores) funciona como un tercero sólo respecto de la relación laboral en el sentido del art. 22 LCT Es decir, que no aprovecha ni dirige la prestación de los dependientes más allá de la comisión comercial que pueda percibir de la que efectivamente la recibe. Por lo mismo, el caso supone que contrato y relación de trabajo aparecen "desmembrados" en cuanto a su costado acreedor. El intermediario A contrata a uno o varios trabajadores B, pero para que la tarea la realicen dentro del ámbito de organización y dirección de otro empresario C.

La especie, por supuesto, nada tiene que ver con las agencias de selección de personal o de colocaciones, cuya intermediación en el mercado de trabajo se limita a cometidos específicos y distintos, como precalificar la aptitud de los trabajadores (para el empleador), o facilitar la busca de un empleo (para el trabajador), sin que la prestación de servicios en sí constituya el objeto de uno u otro vínculo.

En la intermediación propiamente dicha a que alude el art. 29 LCT, en cambio, quien contrata trabajadores como intermediario sí espera de ellos la ejecución de un servicio, con la única pero relevante diferencia de que el mismo no ha de ser prestado dentro de su propia estructura, sino incorporándose a una organización ajena, la del usuario. Para que exista inter-

(2) A propósito de este "giro" pueden verse los trabajos de MAZA, MIGUEL: "La Corte Suprema cambia su interpretación del art. 30 de la LCT"; en *Revista Derecho Laboral Actualidad*; Rubinzal - Culzoni, N° 2009-1, pág.9; y de KESSELMAN, SOFÍA A. "El que calla otorga, a propósito de los últimos fallos de la CSJN en materia de solidaridad en casos de subcontratación"; en *Revista Derecho Laboral* Actualidad; Rubinzal-Culzoni; N° 2008-2, p. 389. En realidad, la política de la Corte Suprema finca, por lo común, en considerar que la materia no amerita la apertura de la vía del recurso de inconstitucionalidad cuando las instancias ordinarias se han expedido a favor de la existencia de solidaridad.

mediación en el sentido de la ley laboral, es preciso que el intermediario asuma la fisonomía externa de ser el empleador de los trabajadores que recluta.

Es claro que en tal caso la triangulación jurídica carece de justificación técnica, ya que no hay razón alguna para que el empresario C recurra al intermediario A —que en nada agrega valor a su producción— para hacerse de una fuerza de trabajo que bien puede contratar directamente. La única motivación lógica es el ahorro de "costos y problemas" derivados de la asunción directa de la responsabilidad como empleador o, dicho sin eufemismos, interponer a un "fantasma". El Derecho del Trabajo advirtió tempranamente que esa calidad fantasmática derivaba no tanto de una posible insolvencia del intermediario, sino de una evanescencia o volatilidad propia de quien carece de un establecimiento tangible que opere como eventual garantía por los créditos remuneratorios o indemnizatorios. Recordemos que los privilegios laborales especiales recaen sobre esos activos físicos (maquinarias, materias primas y mercaderías) y que una larga tradición de la disciplina vincula al trabajador, aún a riesgo de incurrir en impurezas técnicas, con el establecimiento más que con el empleador aunque el primero no tenga, obviamente, la calidad de sujeto de derecho.

Por lo mismo, la regla implementada de antaño (una de las más antiguas y universales del Derecho del trabajo, al decir de Ludovico Barassi) consiste en una relativa prescindencia del contrato (es decir, del vínculo con el intermediario) y un énfasis en la relación de trabajo, imputando las consecuencias de la misma de manera directa al empresario que "utiliza la prestación"[(3)]. Se trata, por supuesto, de una aplicación del principio de supremacía de la realidad que articula, también, con la presunción de fraude derivada de la "interposición de personas" del art. 14 LCT, aunque corresponde aclarar prontamente que el art. 29 opera en base a datos objetivos y no requiere de la demostración de ningún concierto o ánimo defraudatorio. Lo da por supuesto sin admitir prueba en contra.

En España, el art. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores considera que se trata de una cesión ilegal de trabajadores cuando "el objeto de los con-

(3) Alejandro Unsain afirmaba ya en 1925 que "la legislación obrera se niega a reconocer la existencia del intermediario". Ver su *Legislación del trabajo*; Valerio Abeledo, I-356.

tratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios para el desarrollo de una actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario".

En ambos sistemas, el argentino y el español, la respuesta del ordenamiento es el de la solidaridad de ambos empresarios frente a los trabajadores ocupados[4].

Lo dicho hasta aquí se diferencia claramente de la hipótesis regulada por el art. 30 LCT En este caso sí hay una articulación de negocios entre dos empresas reales que no sólo tienen existencia jurídica autónoma, sino unas estructuras productivas propias que, aunque funcionen ocasionalmente de modo complementario, son claramente diferenciables. El objeto del contrato comercial entre ambas, aunque desde luego suponga un aprovechamiento mediato de las capacidades de los dependientes de la subcontratista, consiste en la delegación o encomienda a ésta de la realización de una actividad requerida por la empresa principal.

El art. 30, L.C.T es claro en restar importancia al aspecto topográfico ("ecológico", le llamaba Mario Deveali)[5] ya que esa actividad subcontratada puede ejecutarse dentro o fuera del ámbito físico de la empresa principal. Lo que sí es decisivo, para la norma, es que la delegación recaiga sobre "parte de su actividad normal, específica y propia". No voy a explayarme sobre los alcances de esa triple adjetivación legal, puesto que ha sido tratada exhaustivamente por otros autores de esta misma obra, pero me parece claro que su sola mención, que de otra manera carecería de toda significación, está delatando un propósito incluyente/excluyente que deja fuera del dispositivo de solidaridad a ciertas actividades que no reúnan aquellas calidades. Por cuanto toda discusión sensata sobre el punto no puede sino consistir en la amplitud de la inclusión/exclusión, sin pretender que la misma no existe.

(4) Martín Valverde, Antonio; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín y García Murcia, Joaquín en *Derecho del Trabajo*; Madrid, Tecnos, 2009, p. 243.

(5) Deveali, Mario *Lineamientos del Derecho del Trabajo*, p. 249.

En cuanto interesa a esta colaboración, como ya destacamos, la principal diferencia entre el art. 29 (parte primera) y el art. 30 radica en el objeto del contrato entre las empresas. La primera, pura y simple intermediación, se agota en el suministro de trabajadores reclutados por cuenta de quien carece de actividad propia. La segunda, subcontratación, lo encuentra en una actividad (obra o servicio) que la subcontratista, valiéndose de sus propios trabajadores, se compromete a realizar en favor de la principal.

Pero frente a estas dos estructuras claramente diferenciables, aparece en la práctica una tercera, revestida de la apariencia de subcontratación pero que en realidad, según mi opinión, no constituye sino un supuesto de intermediación. Diego Tosca la caracteriza de esta manera:

> "(...) se observa cuando una empresa aprovecha los servicios personales de trabajadores enviados por otro sujeto, quien no reconoce, o no deja ver nítidamente su calidad de proveedor de personal, sino que se presenta como una organización que con su propia estructura provee un servicio u obra; pero resulta que tampoco logra observarse una estructura autónoma complementando, con medios técnicos propios, la actividad de quien aprovecha los servicios" (6).

Como se advierte, Tosca, en paralelo con la previsión del art. 43.2 del E.T de España arriba transcripta, entiende que la calificación en el ámbito del art. 30 LCT requiere como presupuesto que la sindicada como "subcontratista" sea una empresa real que cuente con sus propios medios organizados. Coincido plenamente con su punto de vista. Y es que tanto el art. 5 como el 6 de la LCT, normas que respectivamente definen a la empresa y al establecimiento para el Derecho del trabajo, no autorizan a predicar la existencia de la primera en ausencia del segundo. Veámoslo más detenidamente.

La doctrina ha definido a la empresa como una actividad compleja, organizada y estratificada en jerarquías, dotada de una finalidad específica

(6) Tosca, Diego "La provisión de personal bajo la máscara de prestación de servicios empresarios", en AAVV, *Jornadas conmemorativas del XXX aniversario del Instituto de Derecho del trabajo y la seguridad social del Colegio de abogados de San Isidro*; Libro de Ponencias; (dir. de Osvaldo Maddaloni y Diego Tula), p. 425 y ss.

vinculada a la producción[7]. Como se advierte, a salvo por supuesto de presuponer la agencia humana, hay una fuerte nota de inmaterialidad en los demás elementos de esta definición (actividad, organización, finalidad) que viene a reclamar un soporte, unos medios materiales tangibles, tanto como un *animus* demanda un *corpus* o un *software* precisa de un *hardware* que haga posible su ejecución. En otras palabras, hay entre la empresa y el establecimiento una relación de coimplicancia en que la primera pone los fines y el segundo constituye el conjunto organizado de medios para alcanzarlos. A tal punto se necesitan recíprocamente que en la definición legal de empresa aparecen referidos los medios ("(...) personales, materiales o inmateriales (...)") y en la de establecimiento hay una explícita referencia a que "el logro de los fines de la empresa" es lo que confiere coherencia y vitalidad a la unidad técnica de ejecución ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante un mero inventario inerte de bienes.

Por supuesto, a esta altura de la evolución de las tecnologías de la producción no pretendemos confundir al establecimiento con la posesión de unas propiedades físicas que lo hagan visible a los sentidos —un local o sede, vehículos, equipamientos o maquinarias, etc.— Con razón se afirma que la empresa de la modernidad post-industrial es cada vez más magra o escueta, que no precisa de grandes inversiones en "bienes de capital" y que —por lo general— hay una relación inversamente proporcional entre tamaño y rentabilidad. Además, el art. 5 L.C.T nos dice que los medios que el empresario organiza pueden ser también "inmateriales", con cuanto da cabida a la posibilidad de que los activos intangibles constituyan parte, incluso la principal, de las herramientas puestas al servicio de la finalidad empresaria.

De allí que entre los desafíos que la tercera ola plantea al Derecho del trabajo clásico revista el de discernir de qué modo esta nueva configuración posible de las empresas "volátiles" afecta los institutos pensados en otro contexto, el de una realidad marcada a fuego por la presencia insoslayable de la fábrica, el taller, la oficina o el comercio localizado[8].

(7) López, Justo *Tratado de Derecho del Trabajo*, (dir. Antonio Vázquez Vialard); Astrea, 1982, II-566.

(8) Marcas que son las "postales de este siglo, barrio industrial" al que le cantaba en los años '70 el memorable "Blues de Avellaneda" del trío Manal, o también Moris Birabent en sus "Mendigo del Dock Sur" y "Muchacho del taller y la oficina".

Y es que en la medida en que los medios se volatilizan y adquieren propiedades inmateriles, adelgaza la línea divisoria que permite distinguirles de "la pura idea" del empresario en cuanto planificación de una actividad organizada y finalista. Concretamente, las innovaciones en materia de modalidades de gerenciamiento eficiente (incluso si dieran lugar a algún derecho de propiedad intelectual) permanecen, en mi criterio, dentro del concepto de empresa y no pueden confundirse con un "medio" a su servicio.

Así, en ejemplo que toma Tosca de un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (sala II) la discusión giraba en torno a si la empresa contratada por Edesur S.A. para realizar la tarea de lectura de medidores domiciliarios debía decidirse con base en el art. 29 ó en el art. 30, ambos de la LCT[9]. La Cámara falló entendiendo que se trataba de un supuesto de intermediación, valorando que la supuesta subcontratista carecía de una organización autónoma[10]. Y entiendo que es valiosa esa definición puesto que "corta camino" hacia la respuesta incriminante evitando incurrir en la polémica a propósito de si medir el consumo de energía es o no "parte específica" del hecho de producirla.

De mi parte he expuesto como otro ámbito de posible aplicación de la doctrina que defiende este trabajo el de las "agencias de vigilancia privada". Se trata de un supuesto difícilmente reconductible al ámbito del art. 30 L.C.T, puesto que aunque constituya aspecto normal y corriente requerido crecientemente por muchos sectores de la industria y el comercio, no será en cambio sencillo argumentar que constituye parte de la actividad "específica y propia" de la empresa usuaria. Sin embargo, en muchos casos esta subcontratación no supone sino el desplazamiento de ciertos oficios tradicionales, como el de portero o el de sereno, con la única diferencia formal de que el contrato viene imputado a un sujeto distinto —la "agencia"— de quien en realidad se sirve de la prestación.

(9) La causa se caratuló "Zóccoli, Alejandro c/Edesur SA y otro" y la sentencia lleva fecha 22/05/09.

(10) Refiere también Tosca que es creciente la utilización de "subcontratistas", que considera impropia, en las oficinas de asesoramiento o atención al cliente de importantes compañías de servicios. De mi experiencia como juez rescato, por ejemplo, el caso de una importante compañía telefónica que tiene tercerizado el servicio de cobranza de las facturas en mora, cuyo pago se persigue desde su propia sede mediante trabajadores proporcionados por otra empresa.

Una exhaustiva recensión de fallos de la C.N.A.T realizada por Gustavo Decurgez en el año 2008 demuestra que la jurisprudencia es contradictoria en punto a la extensión de responsabilidad al consorcio de propietarios que contrató a la agencia(11). Las sentencias que se expiden de manera negativa sobre el punto ponen énfasis en que la seguridad, con ser "normal" dentro de un edificio destinado a vivienda, dista de ser como regla un aspecto "específico y propio" dentro de sus fines, tratándose de una actividad "escindible y accesoria" de la que eventualmente puede prescindirse.

Las que admiten la responsabilidad solidaria, en cambio, predican que ante el aumento de la inseguridad la provisión de este servicio a los propietarios no puede juzgarse sino como una necesidad estable e inherente al consorcio, máxime si se trata de edificios con amplios espacios comunes (gimnasio, cochera, piscina) o de barrios cerrados que precisamente se eligen en función de la seguridad que otorgan(12).

A los fines de esta colaboración me interesa destacar que unos y otros razonan la solución dentro del texto del art. 30 L.C.T cuando, en la mayoría de los casos, resulta visible que la "agencia de seguridad" se limita a proveer personal sin aportación de ningún otro medio material o inmaterial que permita establecer que, en realidad, estamos en presencia de un servicio inter-empresario. Por lo general, los trabajadores asignados a cada objetivo —a salvo de las rotaciones por licencias y descansos— son los mismos durante largos períodos de tiempo; su actividad no es materialmente diferente a la que podrían cumplir uno o varios porteros; no cuentan con atribuciones diferentes o especiales, ni con equipamiento que exceda al de una particular identificación o distintivo de la agencia a la que pertenecen. Pero lo fundamental, según mi criterio, es que usualmente "la agencia" como tal no aporta al cliente nada relevante más que

(11) Decurgez, Gustavo "Consorcios y empresas de vigilancia. Estado actual de la jurisprudencia en cuanto a la extensión de responsabilidad"; en AAVV, *Solidaridad laboral en la contratación y subcontratación de servicios*; (coord. Andrea García Vior), Errepar, Colección Temas de Derecho Laboral; 2008, p.161.

(12) En esta posición puede verse Rainholter, Milton y García Vior, Andrea: *Solidaridad laboral en la tercerización*; Astrea, 2008, p. 174: "La vigilancia de barrios privados, desde el surgimiento mismo de tal fenómeno habitacional y social se entendió como integrativa de la actividad desplegada por los clubes de campo o cooperativas administradoras. El mercado, los usuarios y el público en general asociaron a la vigilancia como uno de los principales servicios ofrecidos como parte del producto".

el personal de vigiladores mismo. Esto es, carece de móviles, equipos de comunicación con algún grado de sofisticación, personal que responda en caso de alertas o cualquier otro diseño que autorice a concluir que estamos ante un servicio que excede la mera presencia disuasiva del vigilador y que permite conjurar razonablemente las situaciones de inseguridad que se presenten.

Todavía más clara es la hipótesis en los casos en que la tercerización recae sobre el servicio de limpieza. Enfocada desde la lógica del art. 30 la respuesta jurisprudencial mayoritaria se inclina por la desincriminación del usuario, a salvo de quienes consideren que en la medida en que es imposible que cualquier establecimiento carezca de aseo e higiene se trata de una actividad imprescindible y, por lo tanto, inherente a cualquier emprendimiento. Pero esta interpretación es por lo menos dudosa ya que priva de sentido a las demás exigencias que, según la norma, disparan la respuesta solidaria. En cambio, enfocada desde el art. 29 (primer párrafo), toda vez que la provisión del servicio se agota en el suministro de las personas que realizan la limpieza —las que también en estos casos suelen ser las mismas durante meses o años, incluso permanecer en el mismo ámbito de trabajo "sobreviviendo" a los cambios en la subjetividad jurídica de la agencia— y sin que se advierta que haya una "organización de medios" por parte de la subcontratista, la relación laboral puede ser imputada directamente a quien utilizó la prestación.

Por supuesto, en todos estos casos es conveniente plantear con la demanda los marcos jurídicos alternativos de ambas normas, de suerte que la empresa principal pueda defenderse adecuadamente y el Juez, en su caso, se vea obligado a analizar los hechos desde ambas perspectivas. El adagio *iura curia novit* puede ser invocado siempre que con ello no se menoscabe aquella garantía constitucional.

Rainholter y García Vior sostienen que para que exista una diferencia entre los escenarios normativos de los arts. 29 y 30 de la L.C.T es necesario que el "servicio" mencionado en esta última, a la par de suponer cierta dimensión e infraestructura de la empresa que lo presta, debe concretar en cierto resultado objetivo y que, en cambio, si la dirección real sobre la tarea del trabajador recae en la usuaria, se trata de una intermediación

pura y simple[13]. Coincido plenamente con esa apreciación. Me parece que la posible confusión semántica la introduce la mención del art. 30 a los "trabajos o servicios" puesto que, literalmente entendido, eso es lo que hace también el intermediario. De modo que corresponde entender tales expresiones como sinónimo de una finalidad cuyo cumplimiento compromete al subcontratista frente a la empresa principal (independientemente de la calificación de su obligación como "de medios" o "de resultado") y en cuya persecución organiza y dirige un conjunto económico-técnico reconducible a las ideas de empresa-establecimiento de los arts. 5 y 6 de la LCT Por supuesto, para alcanzar esos fines puede valerse, entre otros "recursos", de trabajadores en su nómina.

Sin embargo, y esto es lo decisivo de mi conclusión, cuando los trabajos o servicios prometidos por la subcontratista se superponen hasta la confusión con los trabajadores mismos que los prestan, por ser ellos el medio exclusivo o claramente preponderante de los que se vale para alcanzar el resultado contractual, corresponde aplicar la normativa propia de la intermediación que, como hemos visto, no distingue en punto a la "inherencia" o no del objeto de la tercerización.

Finalizando, así como el maestro Justo López acuñó en su hora la máxima "sin agencia, no hay agente", queriendo significar que la posibilidad de externalizar la función de corretaje externo dependía de que el prestador del servicio tuviera su propia organización (en ausencia de la cual su tarea era una pura prestación personal, propia del viajante dependiente), podríamos parafrasearlo a modo de homenaje predicando que "no hay subcontratación sin empresa subcontratista" ni "empresa subcontratista sin establecimiento". De allí que cuando nos encontremos con que, en la práctica, todo se reduce a una personalidad jurídica que asume una obligación traducible en los servicios que prestará a otra empresa por medio de uno o varios trabajadores reclutados por la primera, sea de aplicación directa la primera proposición del art. 29 LCT

(13) Op. cit.; p. 178 y 180.

La tercerización y las técnicas de protección. Cuestiones procesales en los reclamos por solidaridad

por **JORGE RODRÍGUEZ MANCINI**[1]

El análisis de los problemas que se plantean en el procedimiento judicial con motivo del ejercicio del derecho de perseguir a los responsables solidarios dentro del esquema de la relación laboral, exige una serie de precisiones previas acerca justamente de esa técnica empresaria de organización, conocida como la tercerización o con términos semejantes, externalización, descentralización, *outsourcing*.

Desde ya que para abarcar correctamente el fenómeno debe penetrarse en una fenomenología mucho más amplia que comprende el análisis del proceso de globalización o mundialización, sin cuyo conocimiento resulta absolutamente empobrecido el tema que ocupa diariamente a abogados y jueces para evitar que, a través de esos cambios de estructura productiva, se provoquen desamparos respecto de los trabajadores que resultan inevitablemente involucrados en el proceso. Por eso considero indispensable destacar algunos puntos relativos a esa extensa y compleja temática sin perjuicio de remitir a la lectura de importantes estudios realizados desde distintos ángulos, concluyentes al fin en la identificación de los problemas, sus causas y sus consecuencias[2].

(1) Abogado; profesor universitario; ex magistrado; Premio Konex de platino 2006. Miembro del Comité Ejecutivo en el Consejo Estratégico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Publicista.

(2) En esta línea véase: MONTUSCHI, LUISA, "Descentralización productiva y otras formas de organización del trabajo. Enfoque socioeonómico", y DE LUCA-TAMAJO, RAFFAELE Y PERULLI, ADAL-

En ese orden de indicaciones orientativas para la mejor comprensión del asunto, creo que debemos poner atención en, cómo el proceso de globalización, con sus componentes negativos y positivos[3], está nutriendo desde hace ya algún tiempo, una fenomenología no sólo económica sino también jurídica y moral que debe encararse de manera tal que no sirva sino para logros que beneficien a todos los hombres y mujeres y no sólo a algunos. Las relaciones laborales no podían quedar marginadas de las repercusiones propias de esa transformación y, por lo tanto, era indispensable encarar el problema valiéndose —si no, de qué otro modo— de los instrumentos legales disponibles que, por supuesto, no pueden ser sólo los propios del derecho del trabajo, sino del conjunto normativo.

Y seguramente que en esa proyección inevitable del fenómeno mencionado aparecerán cambios en el modelo de relaciones laborales, cuyas manifestaciones presenciamos tanto en el campo de la relación individual como en las colectivas y, seguramente, la forma de encarar soluciones justas será la de lograr adaptaciones equitativas utilizando las vías de la legalidad, descartando imposiciones forzadas basadas en la aspiración de mantener posiciones y estructuras que no responden a esas transformaciones.

A partir de estas líneas de acceso al tema de la descentralización limitaré mi aporte a las cuestiones que se vinculan con las técnicas de protección de las que dispone el sistema legal de nuestro país, donde se destaca, obviamente, la de la solidaridad entre distintos sujetos que aparecen vinculados de algún modo con la relación individual en la que está en juego un derecho creditorio del trabajador. Con esto queda advertido que no encararé todas las situaciones en que el legislador ha recurrido a la institución jurídica de la solidaridad. Y, a su vez, en ese reducido pero denso terreno, prestaré atención exclusiva a los aspectos procesales que merecen examen cuando se trata de lograr la extensión de la responsabilidad propia del empleador a un tercero que aparece involucrado de manera indirecta con esa relación jurídica de la que surgió el crédito del trabajador. Sólo examinaré, entonces, cómo actúa el mecanismo protectorio en

BERTO, "Informe general" presentado en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Paris, setiembre 2006, Ambos textos en A.A.V.V., *Derecho del Trabajo y descentralización productiva*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

(3) Para un enfoque necesariamente amplio e histórico de este concepto me remito a RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, 2da. edic., Astrea, 2007, p. 113 y ss.

el supuesto que ha recogido el art. 30 de la LCT[4]. El comentario se extenderá también al supuesto que regula el art.136 de la LCT en el que, si bien restringido al crédito por salarios, se encara la solidaridad del empresario principal[5].

Y para esclarecer el punto me parece conveniente advertir sobre la posible —pero evitable— confusión de la figura que ha sido motivo de regulación especial en esa norma de otras en las que también el legislador ha utilizado la técnica de la solidaridad: así ocurre con la intermediación en el art. 29 o en el art. 29 bis de la LCT y la reglamentación de este último por el decreto 342/92. Este llamado de atención no es superfluo cuando se observan este tipo de confusiones no sólo en demandas poco estudiadas, sino incluso en alguna cita en votos y dictámenes como sucede nada menos que en el fallo plenario "Ramírez" al que luego prestaré atención especial. Porque efectivamente en el dictamen del Fiscal General se incluye la cita de un fallo de la Corte Suprema de Justicia (Fallos 306-2:1421), para avalar una posición respecto del tema en debate, a pesar de que ese antecedente, como lo señala acertadamente el voto de la jueza Graciela González, se refiere a una hipótesis que no es la de contratación o subcontratación —único tema que era el objeto de la convocatoria— sino a otro supuesto de intermediación al que se refiere el art. 29 en su primer párrafo.

En lo que respecta al segundo párr. del art. 29 y en particular el art. 29 bis —supuesto de utilización del sistema allí regulado con ajuste a la realidad sobre la que la norma fue elaborada y no desviado para otras modalidades de intermediación— la cuestión se distingue claramente de la contratación o subcontratación que regula el art. 30. No obstante también cabe llamar la atención acerca de cómo se ha juzgado el incumplimiento del requisito de servicios eventuales y cómo ha dado lugar ese punto a debates doctrinarios y discrepancias jurisprudenciales que fueron resueltas en

(4) Un examen de otras hipótesis de actuación de la solidaridad en el derecho del trabajo y en el campo de la normativa en materia de riesgos del trabajo, puede verse en RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *La solidaridad en el derecho del trabajo*, Ed. Quorum, 2006. También en la obra de RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "Derecho del Trabajo", en A.A.V.V., Ed. Astrea, tomo 1, p. 327; idem en A.A.V.V.,*Ley de contrato de trabajo comentada, anotada y concordada*, ed. La Ley, tomo II, p. 281 y ss.

(5) Quedan fuera de examen los supuestos de normas que también establecen la solidaridad para otras situaciones diferentes, como sucede con el art. 31 o con las normas sobre transferencia del establecimiento y cesión del contrato. Lo mismo sucede con otra fuente de solidaridad originada en la responsabilidad de directores y administradores de sociedades según la norma del art. 274 de la Ley de Sociedades.

un aspecto, harto discutible, en el fallo plenario "Vásquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina y otro", del 30/6/10" (6).

También considero obligatorio destacar que cualquier aspecto de orden procesal, tal como el derivado de la aplicación del art. 705 del Cód. Civ. que trata el plenario "Ramírez", requiere previamente establecer de manera cierta la configuración del supuesto que establece el art. 30 de la LCT para que sea operativa la extensión de responsabilidad. Esta cuestión, de precedencia obvia, no resulta de fácil configuración a juzgar por las discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales registradas y, sobre todo, por la diversidad de interpretaciones expresadas en las distintas jurisdicciones judiciales de nuestro sistema federal. Es que la norma en cuestión ha incorporado una condición para la solución correspondiente, de contenido, al menos, impreciso. Se trata de la clave que debe superarse para que sea operativa la sanción de solidaridad al empresario que ha contratado o subcontratado trabajos o servicios (7).

Por otra parte, no está de más subrayar que mediante la técnica de extensión de responsabilidad por solidaridad, el legislador ha obviado un camino por demás dificultoso que en todo caso cubre otras situaciones menos identificables. Por eso ha elegido la contratación o subcontratación como figura absolutamente válida, que recoge la realidad de las estructuras empresariales —hoy más intensamente desarrolladas por las razones que se ha expuesto al comienzo, totalmente admitidas en el régimen legal general y en el particular— y, aceptando su legitimidad, la somete a un régimen de tutela adicional para evitar desvíos o elusiones. En otras palabras, y a riesgo de resultar redundante, la contratación o subcontratación es simplemente un supuesto de organización empresarial que tiene un tratamiento especial por razones de política de protección propia del de-

(6) Sobre la doctrina de este plenario y el exceso arbitrario de extender la aplicación de las multas previstas en la ley 24.013 por falta de inscripción, se han planteado recursos extraordinarios en los expedientes en los que se aplicó el plenario y en los que, ante la doctrina de la Corte Suprema acerca de no corresponder recurso contra el fallo plenario en sí, por no constituir una sentencia, se planteó la inconstitucionalidad de los arts. 29 bis de la LCT y 8 de la ley 24.013, partiendo de que si su lectura es la que surge de la interpretación efectuada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en ese fallo plenario, resultaría que su texto es violatorio de garantías constitucionales

(7) Sobre la necesaria y previa determinación de la procedencia de la solidaridad, antes de tratar si pudo demandarse al sujeto reputado solidario, es muy oportuna la salvedad que incluye en su voto (último párrafo) la jueza García Melgarejo en el plenario "Ramírez".

recho el trabajo, pero no constituye ilicitud de ninguna especie. Otra cosa muy distinta es la de si se alegara y probara que realmente no ha existido tal contratación o subcontratación y que, por lo tanto, se está ante un caso de fraude o simulación, en el que resultarán aplicables otras normas más directamente descalificadoras de la forma falsa adoptada.

Sobre aquella clave que es indispensable para hacer operativo el remedio protector, la cuestión apareció tratada a manera de solución final (el *quietus* que pretendió el fallo de la Corte Suprema) en la sentencia dictada en el caso "Rodríguez c/ Embotelladora" del 15 de abril de 1993. Determinar cuándo se trata de una contratación o subcontratación "correspondiente a la actividad normal y específica propia del establecimiento" sigue siendo motivo de discrepancias con una inclinación marcada a un criterio extenso. La repercusión del fallo "Rodríguez" en la jurisprudencia no tuvo, sin embargo, efectos unificadores como se pretendió y cuando se intentó llevar al texto legal una solución práctica (me refiero a la modificación introducida por la ley 25.013), la redacción final de la norma no sirvió para el fin propuesto[8].

Hoy día el caos interpretativo permanece en las distintas jurisdicciones y la Corte Suprema en un fallo, que también inspirado en el propósito de fijar línea, quedó simplemente en el reconocimiento de que la cuestión acerca de la interpretación de la norma (art. 30) no le incumbe al Alto Tribunal aunque para expresar esa posición, haya adoptado la elíptica fórmula que utiliza en el fallo "Benítez"[9]. Puede señalarse, así a manera de consuelo, que el problema no es exclusivamente de nuestro derecho ya que, según reseñan los autores españoles, la interpretación de la norma análoga del Estatuto de los Trabajadores (art. 42) provoca semejantes debates y discrepancias que no han sido resueltos de manera definitiva por la jurisprudencia[10].

(8) Véase sobre esto la versión de Julián De Diego acerca del proceso de redacción de la reforma en V.V.A.A., *La reforma laboral. Ley 25.013*, Ed. Abeledo Perrot, 1998, p.12. En cuanto a las interpretaciones de la norma véase el estudio efectuado por Foglia, Ricardo "*comentario al art. 30*", *en Ley de contrato de trabajo, comentada, anotada y concordada*, op. cit. tomo II, p. 281 y ss.

(9) CSJ in re"Benítez, Horacio O. c/ Plataforma Cero S.A. y otro" del 22/12/2009.

(10) Véase el informe: Rivero Lamas, Juan, "Ponencia General" presentada en el X° Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, que conserva actualidad pese a su antiguedad. También Ramírez Martínez, Juan M. "Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratos", *La externalización de actividades*

Otro punto relevante que no puede soslayarse cuando se entra en el estudio particular de la extensión de responsabilidad solidaria, consiste en determinar hasta dónde abarca esa proyección al tercero (en el caso, el empresario principal). Sobre esto tampoco reina uniformidad en nuestra jurisprudencia y por eso llamo la atención para que se tenga en cuenta que ciertas obligaciones del empleador, para alguna doctrina y algunos tribunales, no pueden ser exigidas al sujeto a quien se ha atribuido solidaridad. Esto sucede particularmente con la obligación de entregar los certificados de trabajo, de aportes y contribuciones, etc. Habrá pues que poner atención en el sentido que se oriente la opinión de los jueces. Y mas aun en la extensión de responsabilidad por multas derivadas de la falta o insuficiencia de la registración en la que puede haber incurrido el empleador(11).

Por último es oportuno destacar que los supuestos de responsabilidad solidaria por contratación o subcontratación deben ser claramente diferenciados de los conflictos que se presentan vinculados con cuestiones de representación sindical o de aplicación de convenios colectivos. Los cuestionamientos que ligan una figura con las otras, o que mejor dicho, aspiran a obtener modificaciones de ambos tipos de encuadramiento invocando supuestos efectos automáticos sobre esas situaciones, derivados del régimen de representación que regula la ley sindical, tratando de encuadrar al personal de las empresas contratistas o subcontratistas por la vía de aquella solidaridad que impone el art. 30 en punto a las obligaciones del empleador frente al trabajador y a los organismos de la seguridad social, representan desviaciones claras del alcance expreso de la norma de la LCT y deben transitar, en todo caso, por las vías legales propias del régimen de convenios colectivos y de representación sindical(12).

laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria, Abdon Pedrajas Moreno dir. , Ed. Lex Nova, 2002, p. 149. Es interesante marcar que en la jurisprudencia de los tribunales españoles, especialmente el Tribunal Supremo, se utiliza para determinar la aplicación del remedio legal de la solidaridad, el concepto de "inherencia al fin de la empresa" (que según lo apuntan los comentaristas "no se define") y que esta misma expresión aparece manejada en los votos del Ministro Lorenzetti en disidencia donde se debate el tema de la extensión de la responsabilidad.

(11) Cuestión diferenciada de la que he marcado antes acerca del plenario "Vásquez" que está dirigido exclusivamente a los casos de intermediación ilícita.

(12) Los casos de convenios colectivos en que encontramos cláusulas limitativas impuestas a los empleadores respecto a su posibilidad de contratar o subcontratar trabajos o servicios,

Veamos ahora los aspectos procesales que plantea el tema de la persecución de sujetos declarados solidarios por el art. 30 de la ley y por el art. 136 de la misma. Se trata de diferentes situaciones que examinaré por separado.

I. La utilización del mandato legal, al responsabilizar al empresario principal por los incumplimientos del contratista o subcontratista, dio lugar a situaciones en que por razones diversas, el acreedor (trabajador de aquéllos) o bien, no demandaba a su empleador, dirigiéndose directamente al solidario, o bien iniciada la acción contra ambos, luego la desistía respecto del primero. Esto dio origen a decisiones encontradas que respondían a la distinta interpretación del alcance de la disposición de la ley laboral, frente al texto del art. 705 del Cód. Civ. que es el que establece el derecho de acreedores a exigir el pago de la deuda en forma conjunta a todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos. Para una posición, esta norma era aplicable plenamente, mientras para otros tribunales —y doctrina— sólo se podía actuar contra el empresario principal solidario si también se perseguía en el mismo juicio al deudor principal, esto es, el empleador, por lo que desistido este último, no cabía la continuación del pleito exclusivamente contra el solidario.

Estas discrepancias, en el fuero laboral nacional, condujeron a la convocatoria de plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que se pronunció con la sentencia del 3 de febrero de 2006 con el Fallo Plenario n° 309 en los autos "Ramírez, María Isidora c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A." quien fijó la siguiente doctrina obligatoria en el fuero conforme con lo previsto en el art. 303 del CPCCN[13].: "Es aplicable el art. 705 del Cód. Civ. a la responsabilidad del art. 30 LCT". El texto de los votos de la mayoría y de la minoría revela el examen de cada una de las posiciones con fundamentos atendibles, lo mismo que el dictamen del Fiscal General, habiéndose adoptado la solución final por el voto de dieciocho jueces contra nueve.

resultan, para algunos autores, restricciones a derechos fundamentales del empleador y, por lo tanto, inválidos para exigir tal prohibición y la sanción respectiva.

(13) Véase más abajo el cuestionamiento "constitucional" de esta norma en una sentencia de la CNAT.

De tal manera, la doctrina legal se ha inclinado por la aceptación íntegra de la norma civil considerando, básicamente, que la remisión que efectúa el dispositivo laboral no ha variado, ni modalizado, el concepto y los efectos del instituto de la solidaridad regulado de manera genérica en el Código Civil. En su momento tuve oportunidad de efectuar el comentario respecto de este fallo(14), por lo que considero prudente remitirme a esa publicación. Sin embargo, estimo que caben hoy día, algunas acotaciones de interés.

La decisión mayoritaria acerca de la procedencia de aplicar textualmente la norma civil implica la aceptación o ratificación de un principio que desde hace décadas resulta básico como es el de que el derecho del trabajo no posee la autonomía plena que se pretende otorgarle en algunas oportunidades(15). Y, por lo tanto, la aplicabilidad de las normas civiles es parte del sistema de fuentes teniendo en cuenta que la única restricción reside en la presencia de una norma laboral expresa o en la incompatibilidad de la norma civil con los principios generales del derecho del trabajo. Estas reglas deberían ser conocidas y respetadas en los pronunciamientos que encuentran más positivo crear normas en vez de encuadrar el caso en las soluciones de orden general que el sistema jurídico provee. Tal como habría ocurrido en la alteración de la regla del art. 705 con modalidades que ni el derecho civil ni el derecho del trabajo ha recogido (como se registraba en votos y doctrina felizmente superados y aun rectificados en torno al concepto de "solidaridad impropia", algunos de cuyos sostenedores que cambiaron de opinión se citan en el voto del juez Corach así como en la nota 1 del voto de la jueza González).

2. No desconectada con el tema que estamos tratando aparece una cuestión que se ha planteado —de oficio— en una sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 303 del CPCCN, aplicable al procedimiento laboral por mandato del art. 155 de la ley 18.345. Debo adelantar que no participo de ese criterio descalificatorio de una norma que reconoce pleno apoyo constitucional en tanto prevé el procedimiento indispensable para lograr

(14) *La interpretación del art. 30 de la LCT en sus aspectos procesales*, La Ley, 2006-C, p. 257.

(15) Sobre la unidad del derecho puede verse mi contribución a la publicación de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Anuario 2010*, Rubinzal Culzoni, 2011, p. 265.

la necesaria uniformidad de criterio interpretativo de la ley para asegurar la garantía de igualdad "ante la ley" que impone el art. 16 de la Carta Fundamental y cuyo significado ha sido extendido por vía de los instrumentos internacionales que la integran para que sea realidad también en las relaciones horizontales. Sin embargo, el antecedente que menciono viene a conmover la uniforme aceptación del procedimiento de convocatoria, de dictado de doctrina plenaria y de acatamiento por parte de los jueces que integran el fuero respectivo (aun para aquellos que no participaron en su gestación, pero de manera más clara, para los que aportaron su voto a la formación de las mayorías que establecieron las doctrinas respectivas conscientes de que estaban creando una interpretación obligatoria).

Se trata de la sentencia dictada sobre la base del voto de la jueza Cañal al que adhieren los jueces Catardo y Rodríguez Brunengo, en los autos "Díaz, Alberto Eduardo c/ Telecom Argentina S.A. s/ despido", de fecha 25/8/11, en la que se declara la inconstitucionalidad del art. 303 del CPCCN con la sola explicación de que la norma vulnera la Constitución Nacional al otorgar a los jueces poderes legislativos[16]. Frente a esta sucinta fundamentación, los remedios jurisdiccionales no son fácilmente operativos, ya que si bien según lo que dispone el art. 14 inc. 1 de la ley 48 el recurso extraordinario procede por cuanto se ha puesto en cuestión la validez de una ley del Congreso y la decisión ha sido contra su validez, las impugnaciones respecto de normas procesales no están incluidas en este remedio que sólo se admite cuando se trata de disposiciones de nivel federal. En cuanto a los conflictos vinculados con normas locales (como sería el CPCCN), sólo procede al recurso extraordinario si la decisión es a favor de la norma que se ha impugnado[17]. Por lo tanto, la única vía para introducir la cuestión federal sería la de la denuncia y fundamentación de haberse incurrido en arbitrariedad, considerando que se ha interpretado "inadecuadamente" la norma del derecho local. También, en casos como el que menciono, habría que incursionar en la improcedencia de la introducción de inconstitucionalidad de oficio en esta materia ya que al proce-

(16) En el caso se trataba de la aplicación de la doctrina plenaria adoptada en los autos "Tulosai, Alberto P. c/ Banco Central de la República Argentina" (fallo plenario n° 322 del 19/11/2009).

(17) No obstante, existe algún antecedente de la CS en el que admitió la procedencia del recurso extraordinario aun cuando la decisión hubiera sido en contra de la disposición impugnada.

der de la forma que lo hizo, el Tribunal privó a la parte afectada del derecho de exponer su derecho. En esto habría que resaltar que la razón por la cual el inc. 2 de la ley 48 se refiere a este supuesto admitiendo el recurso sólo cuando la decisión es a favor de su validez, es la de que con la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal, no es necesario el control de constitucionalidad posterior. Y, justamente, como existen razones para sostener que la obligatoriedad de la doctrina plenaria es válida porque protege valores constitucionales, como el de la seguridad jurídica y el de la igualdad en la aplicación de las leyes, debió darse oportunidad a las partes para exponer sus alegaciones sobre esas garantías. Tengo en cuenta que la Corte ha admitido la declaración de inconstitucionalidad de oficio pero estimo que cuando se ha privado de toda defensa a las partes afectadas por esa declaración, esa posibilidad debe relativizarse.

No deja de llamar la atención una circunstancia que, en todo caso opera como dato coadyuvante a la arbitrariedad, la circunstancia de, dos de los jueces firmantes del fallo (Rodríguez Brunengo y Catardo) participaron del fallo plenario en los términos y el procedimiento de las normas del Código Procesal que ahora impugnan al adherir al voto de la Jueza Cañal[18].

3. Otro aspecto digno de tener en cuenta es el de que la doctrina del fallo "Ramírez" está circunscripta a la "aplicación del art. 705 del Código Civil a la responsabilidad del art. 30 de la LCT" y, por lo tanto, como ya lo destaqué, no se han considerado otros supuestos en los que la ley (sea la LCT, sea la LS), igualmente extiende la responsabilidad por las obligaciones del empleador a terceros. Esto lo advierte el voto de la jueza García Malgarejo aunque no ha encontrado eco en otras opiniones, ni de mayoría ni de minoría. Tampoco he hallado pronunciamientos —anteriores o posteriores al plenario— expresos o implícitos sobre el punto, de manera que este es un tema pendiente que puede plantearse cuando se intente exigir la responsabilidad solidaria a quien no era el empleador en los supuestos que regula el art. 29, 29 bis y su reglamentación, 31, 225, 229 de la LCT y art. 274 de la Ley de Sociedades[19].

(18) A la fecha de escribir esta reseña no ha habido pronunciamiento de la Corte Suprema en el recurso extraordinario intentado.

(19) Véase al respecto las opiniones de varios autores en Rainolter, Milton A. y García Vior, Andrea E., *Solidaridad laboral en la tercerización*. Ed. Astrea, 2008, p. 273.

4. Una advertencia más encontramos en el voto de la jueza García Malgarejo, ahora referida a la extensión misma de la obligación solidaria. Porque, como lo destacamos en otra oportunidad, existen situaciones en que la contratación o subcontratación no presenta total continuidad sino que abarca períodos interrumpidos en los que, naturalmente, la prestación del trabajador que reclama el pago de algún crédito a su empleador —para quien se desempeñó ininterrumpidamente— no se materializó en el marco de un contrato o subcontrato con el empresario principal a quien reclama la extensión de la responsabilidad por solidaridad. Entonces, como lo destaca el voto referido, la responsabilidad del deudor "vicario" respecto de las obligaciones del deudor directo, debería reducirse a la medida del interés o beneficio del primero en la relación y "lo que corresponda conforme el lapso de duración de la obra o realización de los trabajos concretamente cumplidos". Se trata de un punto que debe ser planteado, examinado y resuelto en cada caso y que no altera, obviamente, la doctrina de contenido estrictamente procesal que establece el plenario "Ramírez".

5. Destacaré ahora que la solución adoptada en el fallo "Ramírez" no se pronuncia sobre un aspecto que ha dado lugar en la doctrina civil y en los pronunciamientos judiciales de ese fuero, a soluciones encontradas por la interpretación del texto que ahora se declara de plena aplicación para dar solución a los conflictos generados en torno a la regla del art. 30 de la LCT. Me refiero a que la lectura del art. 705 del Cód. Civ. ha suscitado en ese ámbito discusiones en las que se sostuvo, con apoyo en doctrina tradicional que aparece sostenida en sentencias del fuero civil[20], que el texto del artículo en cuestión expresa que "si reclamasen el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamarlo contra los demás" por lo que el acreedor no puede accionar contra todos o algunos de los demás deudores salvo que el que ha elegido resulte insolvente. Aclara el autor citado en la nota que la prueba de la insolvencia debe ser apreciada sin rigurosidad, incluso por meras presunciones. Tampoco sobre esto hemos encontrado antecedentes judiciales pronunciándose sobre la eventual excepción que pudiera oponer el responsable solidario incluido en una demanda por obligaciones del empleador.

(20) Así lo explica Ameal, Oscar J., en *Código Civil comentado, anotado y concordado*, Augusto Belluscio (dir.) Ed. Astrea, 1981, tomo 3, p. 326.

Seguramente que el lector que ha investigado el asunto en comentario, tendrá argumentos que coincidan con el voto mayoritario o con la posición opuesta, pero cualquiera sea su perspectiva, deberá tener a la vista no sólo las ventajas que para el trabajador acompaña la doctrina del plenario (básicamente, la mejor defensa de sus derechos por las alternativas más amplias que se presentan con esa opción comprendida en el art. 705), sino también los señalamientos de algunos riesgos que conspiran contra garantías constitucionales que también deben contemplarse. En efecto, según lo hemos reseñado en otra oportunidad(21) las dificultades o riesgos que implicará la aplicación de la doctrina en análisis, deben ser asumidos por los jueces tratando de que, por la vía formal, se concluya desconociendo derechos patrimoniales firmemente garantizados constitucionalmente. Esta hipótesis puede presentarse cuando el actor-acreedor ha elegido a un deudor (que no es el empleador), sea al inicio del juicio o por posterior desistimiento, y resulte que éste por su condición de empresario, si bien responsable por los incumplimientos del empleador, no puede constatar la legitimidad del reclamo, cuestión distinta a la de que sea responsable en el incumplimiento.

Este tipo de hipótesis aparece contemplada en varios votos y en el dictamen fiscal y en todos ellos se hace referencia a la posibilidad de que cuando esto ocurra —es decir, cuando sólo quede en el juicio el empresario principal— pueda proceder éste conforme con lo previsto en los arts. 90 y 94 del CPCCN(22). Estimo que la referencia repetida, como dije, en varios votos a esta posibilidad, no debe dejarse pasar por alto porque implica, de algún modo, una directiva —quizás no comprendida en la obligatoriedad procesal por las limitaciones de la doctrina adoptada— que debería ser seguida por los jueces al momento de resolver la procedencia de la citación del tercero. Se observa en el devenir diario judicial que no siem-

(21) Comentario citado en nota 13.

(22) Recuérdese que con la modificación introducida por la ley 25.488 al art. 96 del CPCCN la sentencia dictada en el juicio en que ha sido citado a un tercero lo "alcanzará" y "también será ejecutable" a su respecto "salvo que en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, según el caso, hubiese alegado fundadamente, la existencia de defensas y/o derechos que no pudiesen ser materia de debate y decisión en el juicio". Con respecto a la acción de regreso que puede plantearse por el solidario respecto del deudor original (el empleador), véase ZURETTI, MARIO, "Acción recursoria o de regreso en las relaciones laborales", *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 2001-1 p. 427.

pre se acoge este pedido y en tal caso, es serio el compromiso en el que queda el derecho de defensa en juicio del perseguido individualmente.

6. Por supuesto que las soluciones posibles en juicios donde se ha desistido de la demanda contra el empleador, no se presenta con sencillez. Por el contrario, aparecen problemas relativos a la carga de la prueba y lo mismo ocurre con las eventuales situaciones procesales desfavorables en las que puede caer el citado como tercero que no se presenta o que no aporta pruebas cuando está a su cargo el *onus probandi*, extremo que puede darse respecto de algún concepto reclamado (indemnización por despido con justa causa invocada por el empleador) y eventualmente también la posible connivencia entre trabajador y empleador para lograr el cobro indebido(23). En este sentido, la cuestión se vincula con los subtemas propios de las distintas alternativas procesales que se presentan en el litigio donde, a raíz de la citación del tercero, aparecen las interacciones entre los sujetos ligados por la relación de solidaridad que ha establecido la ley.

7. La solución procesal que implica la doctrina del fallo conduce a estas y otras reflexiones, como la de que cobran mayor exigencia los recaudos de control que el empresario principal debe observar cuando contrata o subcontrata a sujetos o empresas que prestarán su contribución a la "actividad normal y específica propia del establecimiento", valiéndose de personal dependiente. El registro debido, el pago correcto, el respeto de la jornada máxima, de las prohibiciones de trabajo de ciertas categorías laborales, la observancia de los deberes propios del empleador, etc. —exigencias que, por otra parte, contiene el mismo art. 30— serán preocupaciones que ocuparán la administración del empresario principal, aun a sabiendas de que no tendrá efectividad total y absoluta, como podría tenerla si se tratara de sus propios dependientes. Y es posible que aun con el ejercicio de estas facultades no quede en condiciones óptimas para su defensa frente a una distribución de la carga de la prueba que tiene hoy día facetas variadas. Es que habrá que llegar a la conclusión de que el único seguro que puede contratar el empresario principal para evitar los riesgos anunciados y la consiguiente responsabilidad por los incumplimientos que se denuncien y los créditos que se demanden, será el de la precaución de

(23) Sin contar con las aplicaciones novedosas sobre la noción de la carga dinámica de la prueba.

contratar empresas contratistas o subcontratistas de solvencia, por un lado, pero por otro y principalmente, de seriedad y honestidad en el cumplimiento de las leyes. Conclusión ésta que puede aparecer como obvia o, si se quiere, desatinada porque no hubiera sido necesario el dictado de una sentencia plenaria para establecer tal directiva, pero que es la síntesis de las consecuencias directas de la regla que ha establecido el tribunal teniendo en cuenta a las posibilidades procesales en este tipo de conflictos.

8. Se pueden individualizar algunas situaciones especiales dentro de las alternativas del proceso que tienen relevancia para la aplicación cabal de la norma a que se refiere el plenario.

Así cabe referirse, en primer lugar y por la relación que guarda con la situación anteriormente considerada, a cuáles son los efectos de una rebeldía del empleador, sea en la contestación de demanda o en la absolución de posiciones, o incluso cuando ha habido reconocimiento expreso o tácito (art.356 del CPCCN) del empleador al contestar la demanda.

En tales supuestos debe tenerse presente la regla según la cual en los litisconsorcios pasivos —sea necesario o simplemente facultativo— por tratarse de un conflicto respecto de una única relación jurídica, los efectos de esa situación que implica reconocimientos de obligaciones, está expuesta a que el codemandado demuestre lo contrario ya que las defensas opuestas por uno de los litisconsortes favorecen al restante aunque se encuentre en la situación desfavorable a que se ha hecho referencia. Es esta una conclusión que, de algún modo, se relativizan los riesgos y dificultades mencionadas más arriba. También es interesante recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3944 del Cód. Civ., la interrupción del curso de la prescripción que produzca uno de los codeudores, aprovecha a los demás.

En el supuesto de que uno de los demandados conjuntamente, sea el empleador o el responsable solidario hubiera celebrado un acuerdo conciliatorio con el actor, los efectos de ese pacto, si reúnen las condiciones que la ley exige (art. 15 LCT), su homologación, administrativa o judicial, adquiere el carácter de cosa juzgada que puede ser invocada por el otro

deudor que no hubiera participado en el acuerdo. Esto es derivación obvia de lo dispuesto en los arts. 707, 715, 850, 853 del Cód. Civ.[24][25].

9. Y, en torno siempre a la cosa juzgada, aparece otro tema que ha dado lugar a algunos pronunciamientos llamativos. Se trata de casos en los que se ha admitido que una condena dictada contra uno de los deudores (v.g. el empleador), pueda ser ejecutada contra otro responsable solidario (v.g. el empresario principal). Sobre esto no parece que cupiera duda de que semejante medida representa un exceso inadmisible por violación de la garantía del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional). Cualquiera sea la importancia y gravedad de que un crédito reconocido judicialmente no pueda ser cobrado, voluntaria o compulsivamente, ello no justifica la violación de principios constitucionales y procesales como los que están en juego. No puede extenderse la condena a quien no ha sido parte, así de concluyente debe ser la decisión frente a la pretensión basada en maniobras de fraude o de insolvencia. Por lo demás, la disposición del art. 715, segundo párr., del Cód Civ. resulta absolutamente terminante en el sentido de que la cosa juzgada recaída en un juicio, es invocable por los coacreedores (no es el punto), "pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio". Toda elaboración doctrinaria sobre otra solución ha quedado cancelada con el texto transcripto que fue incorporado por la reforma al Cód Civ. dispuesta por la ley 17.711. Según lo aclara Ameal[26], no será oponible al acreedor común la sentencia obtenida por

(24) Para no complicar el discurso de este comentario no entraré al tema de los cuestionamientos de los acuerdos conciliatorios celebrados ante el SECLO y debidamente homologados, invocando la nulidad del acto por vicio de consentimiento. El tema ha sido examinado entre otros en mi trabajo titulado "Autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo", *revista DT*, abril 2011, p. 797. A mi juicio, es dudosa la solución adoptada en algunas sentencias que declararon nulo el acuerdo por esa causa sin cumplir con el procedimiento de impugnación del acto administrativo que corresponde por la ley de procedimientos administrativos, ya que si el acuerdo ha sido aprobado por un funcionario con competencia en los términos del art. 15 de la LCT, debió darse a la administración la oportunidad de alegar sobre las razones que se tuvieron en cuenta para aprobar el acuerdo. Nótese que, según la norma de la LCT la aprobación u homologación del acuerdo produce los efectos de la cosa juzgada, por lo que aun en el supuesto de considerarse la doctrina de la cosa juzgada írrita, debe cumplirse con el procedimiento para la impugnación de actos administrativos.

(25) Según lo explica Pirolo, Miguel A. en "Aspectos procesales de la responsabilidad solidaria", en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 2001-1, p. 425, aunque no se hubiera opuesto la excepción respectiva, si se probara la transacción homologada, el juez podría declarar de oficio que media cosa juzgada.

(26) Ameal, Oscar, op. cit., p. 363.

el codeudor demandado merced a excepciones estrictamente personales que no pueden ser aprovechadas por los restantes codeudores (v.g. incapacidad, dolo o violencia), supuestos éstos, en definitiva, que no resultan aplicables al caso de la solidaridad legal prevista en el art. 30 de la LCT.

Pero, pese a esta conclusión cerrada respecto de los efectos de la cosa juzgada, se registran pronunciamientos que ante situaciones de denuncia de fraudes o de intentos de elusión por parte del empleador original mediante transferencias igualmente fraudulentas, han intentado superar la aludida limitación de los efectos de la cosa juzgada, mediante la tramitación de un incidente en la ejecución en el cual el reclamado por la proyección de la cosa juzgada tuviera oportunidad de ejercer las defensas de que disponga. El tema suscita dudas debido a que, en esa etapa de ejecución existen en el proceso laboral nacional —y lo mismo sucede en los ordenamientos locales— limitaciones importantes a las excepciones y defensa en general así como a la apelabilidad de las resoluciones que se adopten. Otra vía que, según las circunstancias del caso, se puede intentar es la que frente al embargo de bienes producido en la ejecución, el afectado por esa medida, opusiera las tercerías que el procedimiento admite, en cuyo caso habría oportunidad por parte del accionante acreedor, para demostrar la falsedad de la oposición, con lo que lograría la ejecución final de esos bienes para satisfacer su crédito[27].

10. La cuestión de la participación obligatoria del empleador en el juicio fue como se explicó el origen de las sentencias discrepantes que se unificaron en criterio en el fallo "Ramírez" y particularmente esto sucedió en aquellos juicios en que el empleador había promovido su concurso o se había declarado su quiebra. Precisamente en torno a la ley de concursos y quiebras, debe señalarse que luego de un periplo normativo, se modificó el art. 55 de ese cuerpo legal, mediante la ley 25.589 y, por lo tanto, las cláusulas del acuerdo celebrado por el deudor concursado o fallido con sus acreedores, debidamente homologado, de acuerdo con el art. 48 de la ley 24.522, causa novación de las obligaciones del deudor, pero deja a

(27) Jurisprudencia sobre éste y otros puntos vinculados con el tema se puede consultar en RAINOLTER Y GARCÍA VIOR, "de Lorenzo, Edgardo c/ Smits, Galdis y otros", en *La Ley* 11/11/2011 op. cit., p. 419.

salvo los derechos de los acreedores contra los fiadores y coobligados, a los que no se les extiende los efectos del acuerdo[28].

II. Por último, cabe hacer referencia a un tema que adelanté, consistente en que el reconocimiento de la procedencia de demanda contra el obligado solidario, aunque no participe del juicio el empleador no implica que todos los créditos del trabajador respecto de su empleador, puedan ser exigidos al solidario. En este sentido, descartada cualquier objeción respecto de créditos monetarios derivados de deudas salariales o indemnizatorias, resta por examinar si está comprendido en la extensión de responsabilidad, el cumplimiento de otras obligaciones adeudadas por el empleador, como sucede con los certificados de trabajo y de aportes y contribuciones a que se refiere el art. 80 de la LCT.

Al respecto se registran sentencias en distinta dirección, desde las que consideran que la solidaridad se extiende sin más a todas las obligaciones del empleador, comprendidas en las que enumera la LCT (arts. 62 a 89) sin distinguir en cuanto a su contenido, hasta las que restringen la proyección de la responsabilidad solidaria a aquellas prestaciones que pueden ser suplidas por terceros pero no en cuanto a las que revisten carácter personal y sólo pueden ser satisfechas por el empleador[29]. Esta posición se sustenta en lo dispuesto por los arts. 626 y 629 del Cód. Civ. A ello debe añadirse la presencia de normativa, si se quiere, paralela —no digo de la misma eficacia— proveniente de los órganos de recaudación. De esto da cuenta una interesante investigación de Rovira Escalante[30] donde trata de las reglamentaciones impuestas por ANSeS[31], según las cuales, sólo el empleador podría emitir este tipo de certificaciones.

(28) Véase sobre el tema Heredia, Pablo D., "La novación concursal y el tratamiento de los fiadores, codeudores y garantes del deudor: las enseñanzas del derecho comparado y la cuestión en el derecho argentino", *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2002-II fascículo n.13.

(29) En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (29/9/2011 autos "de Lorenzo, Edgardo R. c/ Smits, Gaidis y otros", en La Ley 11/11/2011).

(30) Rovira Escalante, Juan P., "Certificaciones previstas en el art. 80 de la LCT" en *Solidaridad laboral en la contratación y subcontratación de servicios*, Colección de Temas de Derecho Laboral, ERREPAR, 2008, p.187. También en esta publicación podrá verificarse jurisprudencia sobre el tema.

(31) Resolución 601/2008.

Por mi parte, considero que imponer limitaciones al concepto de solidaridad distinguiendo obligaciones que se extienden de las que no, se presentan como argumentos que no se sostienen frente al significado de ese concepto que no ha recibido limitaciones o restricciones en la ley, posición que, como se ha visto, es la adoptada por la mayoría de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que impuso su criterio en el plenario "Ramírez". Resulta, sin embargo, harto complicado para el deudor solidario satisfacer de manera eficaz el deber que impone el art. 30 de la LCT, frente a los cambios originados en la incorporación de la tecnología para el registro de las obligaciones de la seguridad social. No tomar en cuenta estas modificaciones que impone la realidad es como olvidar que el derecho se elabora sobre la base de la realidad social a la que pretende ordenar con pautas de justicia. Por eso la norma de la LCT que data de más de treinta años, en cuyo transcurso se han implementado mecanismos tecnológicos desconocidos por el legislador de entonces, no puede resultar sin duda eficaz y sobre todo equitativa. En consecuencia, y sin perjuicio de que para dar solución cabal a esta situación se impone una modificación de la norma que adecue esos elementos dispersos y contradictorios sin que por ello se libere a los responsables de las consecuencias propias del régimen de solidaridad[32], mientras tanto la jurisprudencia debería encontrar vías que hagan congeniar, en lo posible, las directivas contradictorias evitando que esta dificultad se aproveche para obtener beneficios indebidos, pero también para que el trabajador afectado por las omisiones ilícitas del empleador, no se vea privado de beneficios que le corresponden. Una de estas medidas equitativas puede ser la que adoptan algunos tribunales, imponiendo como alternativa al no cumplimiento de la entrega de

(32) No parece orientado en esa dirección de equilibrio y eficacia el proyecto que fue aprobado por la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados que modifica el art. 30 de la LCT, manteniendo el esquema actual pero extendiendo las obligaciones del empresario principal a la entrega de las constancias y certificados previstos en el art. 80. También incursiona en el tema de la aplicación extensiva de los convenios colectivos al personal de los contratistas y subcontratistas cuando las tareas se cumplen dentro del establecimiento del empresario principal. Como se ve, no se ha contemplado la actualización de los mecanismos de expedición de los certificados a los que se ha hecho referencia en el texto. Con el objeto de contribuir a la actualización de las técnicas sancionatorias de los incumplimientos como el de que se trata, sin por eso disminuir responsabilidades, en el seno de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, un grupo de asociados elaboró un proyecto de reforma del art. 80 que fue presentado ante los poderes ejecutivo y legislativo en el año 2008.No se obtuvo, sin embargo, respuesta alguna ni obviamente tratamiento concreto de ese u otro proyecto mejor. El texto del proyecto puede verse en la página web de la Asociación, www.asociacion.org.ar

las certificaciones por el empleador, la expedición de la certificación de acuerdo con las constancias del expediente donde se determinó la falta o insuficiencia de aportes y contribuciones, sin perjuicio, como cabe distinguir, de lo que significa el ingreso de esos aportes y contribuciones que deberá cumplir el empleador o el deudor solidario; si se trata de aportes y contribuciones que debieron efectuarse y no se hicieron, el tema vuelve al principio ya que, en tal caso, el empresario principal es responsable por aquellas omisiones y consecuentemente debe cumplir con el mandato judicial.

Breve análisis del trabajo tercerizado y la responsabilidad solidaria en relación con el sistema de la seguridad social

por **PATRICIA ROSSI**[1] **y JAVIER B. PICONE**[2]

I | Introducción

Desde hace varios años es cada vez más frecuente que grandes empresas contraten los servicios de otras empresas para que desarrollen distintas actividades u obras, siempre que éstas últimas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Los beneficios que se obtienen de ello se traducen, básicamente, en una reducción de costos y en un incremento en la productividad. Sin embargo, esta estrategia suele venir asociada con dejar algunos riesgos, tales como la falta del debido control por parte de la empresa contratante respecto de normas que deben cumplimentar las subcontratadas, fallas en los sistemas de seguridad e higiene en el trabajo realizado por los trabajadores

(1) Abogada UBA. Relatora de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Referente del fuero en el área de recopilación de jurisprudencia de género (Replicadora de los "Talleres de trabajo para una Justicia con perspectiva de género"), Profesora Adjunta de "Derecho Constitucional II (Procesal)" en la UCES desde 2011.

(2) Abogado. Profesor adjunto de la materia "Derecho de la Seguridad Social", en la UCES y Ayudante de primera – *Ad Honorem* en "Derecho de la Seguridad Social" y colaborador en las materias: "Derecho de la Seguridad Social" y "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", en la UBA. Prosecretario de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social desde 2008. **Trabajo coordinado por Victoria Pérez Tognola.**

tercerizados y, en general, la precarización de las condiciones de trabajo. En cuanto aquí interesa, esta figura puede servir de instrumento para que la mentada reducción de costos se produzca mediante la evasión de aportes, tanto impositivos como los destinados a solventar el sistema de seguridad social, en función de estrategias pensadas para disminuir las responsabilidades del empleador principal.

Distintas áreas involucradas en el tema vienen discutiendo si esta evasión o fraude al sistema se ha visto favorecido por el auge de diversas formas de contratación laboral, tales como la tercerización de servicios que venimos enunciando o la formación de cooperativas de trabajo, figura de por sí compleja al momento de definir la situación de sus propios afiliados frente a las leyes laborales y previsionales y sobre la que centraremos parte del presente trabajo.

2 | Financiación del sistema de seguridad social

Si bien han existido, a través de la historia y las distintas regiones, diversos regímenes previsionales, en nuestro país la seguridad social fue concebida tradicionalmente como una obligación del Estado solventada, principalmente, mediante impuestos, aportes de los trabajadores y contribuciones de los empleadores. En materia previsional se adoptó desde un comienzo el modelo Profesional Centro Europeo —que encuentra su origen en la idea de Otto Von Bismarck— que como característica principal, posee un carácter contributivo con contenido fundamentalmente asegurativo. En estos sistemas, la población protegida está constituida por los trabajadores y, por extensión, su grupo familiar más cercano. La financiación está a cargo de las cotizaciones sociales, sobre la base de las cuales se determina el derecho a las prestaciones así como el monto de éstas. Los recursos para el financiamiento de este esquema, principalmente, se encuentran a cargo simultánea o exclusivamente, según los casos, de los trabajadores y los empleadores.

La base imponible de estos aportes y contribuciones está dada por la remuneración que percibe el trabajador. En forma genérica podemos decir que en la remuneración sujeta a aportes se incluye todo ingreso

en dinero o en especie susceptible de apreciación económica (sueldo, SAC, honorarios, comisiones, gratificaciones, etc), así como también cualquier otra forma de retribución que tenga el carácter de habitual y regular.

La fiscalización de los recursos de la seguridad social se encuentra actualmente a cargo de la AFIP. En efecto, a través del DNU 507/93, ratificado por ley 24.447, la Dirección General Impositiva fue la encargada de la aplicación, recaudación, fiscalización y ejecución judicial de los recursos de la seguridad social correspondientes a los regímenes nacionales de jubilaciones y pensiones (trabajadores en relación de dependencia y autónomos), subsidios y asignaciones familiares, Fondo Nacional de Empleo y todo otro aportes o contribución que debiera recaudarse sobre la nómina salarial. También en el mismo decreto se dispuso que los fondos —provenientes de la referida recaudación— serán transferidos automáticamente a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) para su administración. Posteriormente con los decretos 1156/96 y 1589/96, se crea la AFIP, de la fusión de la DGI y de la Administración Nacional de Aduanas, organismos dependientes del Ministerio de Economía. Entre las facultades y funciones otorgadas a la AFIP, se encuentra la aplicación, percepción y fiscalización de los recursos de la seguridad social correspondientes a: a) los regímenes nacionales de jubilaciones y pensiones, sean de trabajadores en relación de dependencia o autónomos; b) los subsidios y asignaciones familiares; c) el Fondo Nacional de Empleo y d) todo otro aporte o contribución que, de acuerdo con la normativa vigente, debiera recaudarse sobre la nómina salarial (art. 3, inc. a, ap.3, decreto 617/01).

En el año 2001, fue creado el Sistema de Información y Recaudación para la Seguridad Social (SIRSS). Y en el decreto 1394/01, se estableció como objetivo del SIRSS ordenar los mecanismos de: a) registración de los contratos de trabajo; b) registración de los trabajadores autónomos; c) obtención y distribución de la información sobre trabajadores, grupos familiares y empleadores, requerida por el funcionamiento de los instituciones laborales y de la seguridad social; d) pagos de las remuneraciones en dinero debidas al trabajador en relación de dependencia; e) recaudación de aportes, contribuciones, cuotas y demás imposiciones a los que estuviesen obligados los trabajadores y los empleadores con motivo de

las relaciones laborales y de la seguridad social y f) recaudación de aportes de la seguridad social de los trabajadores autónomos.

Sin embargo, por decreto 217/2003 se restablecen la facultades en materia de Recursos de la Seguridad Social a la AFIP y se deja sin efecto la creación del Instituto Nacional de los Recursos de la Seguridad Social.
Ahora bien, los aportes personales y las contribuciones patronales constituyen la principal fuente de financiamiento en el esquema de reparto, que además se utilizan para sustentar el subsistema no contributivo de asignaciones familiares (ley 24.714 art. 1 inc b); no obstante, debido, entre otras cuestiones, a la permanente variación del régimen de alícuotas y, fundamentalmente a la evasión y morosidad en la que incurren los afiliados, esto no es así.

La existencia de trabajadores no registrados, trabajadores que no cotizan regularmente o no lo hacen por el monto real de su remuneración, constituyen un factor que contribuye a la crisis del sistema.

Conforme el Boletín Estadístico de la Seguridad Social (BESS), elaborado y publicado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, la cantidad de aportantes al SIPA, a marzo de 2011, ascendía a 8.764.893, mientras que el total de las jubilaciones y pensiones al mismo mes y año era de 5.726.283.

Empero, el mismo boletín informa, en la publicación correspondiente al segundo semestre de 2011, que los ingresos totales anuales al sistema de seguridad social (jubilaciones y pensiones más asignaciones familiares y fondo de desempleo) por aportes y contribuciones descendieron de 90.161,8 en el año 2010 a 57.596,5 para el año 2011 (cifras en millones de pesos).

En aras de combatir dicha evasión, se han tomado una serie de medidas, adicionales a la existentes, tales como la creación Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS), destinado al control y fiscalización del cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social en todo el territorio nacional y, recientemente, el Congreso de la Nación sancionó el nuevo Régimen Penal Tributario —ley 26.735 (B.O. 28/12/2011)— que reprime con penas de prisión la evasión de aportes y contribuciones correspondientes al sistema de seguridad social.

3 | Subcontratación, trabajo tercerizado y cooperativas de trabajo

En un reciente trabajo publicado por la OIT, se sostuvo que: "Una de las tantas dificultades de comprensión que presenta la subcontratación radica en la variedad de sentidos con que dicha expresión es utilizada". Así, distingue entre subcontratación en sentido amplísimo, esto es, toda operación —económica o de organización de la actividad empresaria— a la que denomina "descentralización productiva o tercerización" y la identifica con la tendencia empresarial y productiva a realizar parte de sus actividades a través de otras unidades más o menos independientes.

Subcontratación en sentido amplio sería cuando se utiliza la palabra subcontratación para referirse a los instrumentos jurídicos utilizados para realizar esa tercerización o descentralización empresaria.

Finalmente, *Subcontratación* en sentido estricto, puede ser usada, con mayor precisión jurídica, para identificar a uno de los mecanismos jurídicos descentralizadores o tercerizadores, diferenciándola también de la intermediación y el suministro de mano de obra.

En lo que respecta a los trabajadores, la subcontratación importa la informalización de la relación laboral. En efecto, en muchos casos, la tercerización significa, por un lado, menores costos para la empresa principal, pero por otro, la precarización de las condiciones laborales de los trabajadores tercerizados.

Muchas empresas intermediarias suelen actuar como proveedoras de personal. El trabajador presta servicios para la empresa principal, pero figura registrado en relación de dependencia con la subcontratada. Esto genera situaciones de desigualdad salarial entre los trabajadores "tercerizados" y aquellos que pertenecen a la empresa principal.

Respecto de los aportes al sistema de seguridad social, esta discriminación se traduce en la existencia de casos de trabajadores que deben figurar como trabajadores independientes, asumiendo ellos mismos los costos de la seguridad social; o bien situaciones donde aunque se los em-

padrona como trabajadores dependientes en el régimen de seguridad social, los aportes no siempre se realizan sobre la base de los salarios reales, ni siempre se aporta por ellos por todos los meses del año.

El trabajo realizado en estas condiciones perjudica tanto al sistema de la seguridad social, que obviamente recauda menos, como a los trabajadores tercerizados que, claramente, ven afectada la cobertura integral de sus derechos (piénsese en el supuesto de subcontratistas que no gozan del seguro de desempleo o que realizan menores aportes en vistas de una futura jubilación).

Otra forma de tercerización o subcontratación está dada por la formación de cooperativas de trabajo. Estas cooperativas resultan un paradigma de la flexibilización laboral, al convertir al trabajador en relación de dependencia en un trabajador autónomo asociado, con la consiguiente precarización de su situación laboral al carecer de los beneficios sociales que la ley laboral ampara.

Sin perjuicio de destacar que muchas de las normas que permitieron la precarización del trabajo fueron dictadas durante la década de los noventa, en pleno auge de las ideas liberales de flexibilización laboral —entre ellas, la sanción de la ley 25.013, que estableció un régimen de reforma laboral que incluyó modificaciones a la LCT y otras leyes laborales, y en materia de convenciones colectivas de trabajo—, lo cierto es que hubo también intentos de regularlas sin mayor éxito, toda vez que, pese a disponer medidas tales como la obligación de efectuar aportes al régimen de trabajadores autónomos, contratar seguros de salud, no se logró detener el fraude.

En efecto, el decreto 2015/1994 establecía que el Instituto Nacional de Acción Cooperativa no autorizaría el funcionamiento de cooperativas de trabajo que previeran la contratación de los servicios cooperativos por terceras personas utilizando la fuerza de trabajo de sus asociados.

La Resolución General. 4328/97 de D.G.I. ratificó que los asociados a cooperativas de trabajo legalmente constituidas y autorizadas a funcionar por el Instituto Nacional de Acción Cooperativa, deberán ingresar sus aportes con destino al Régimen Nacional de la Seguridad Social como trabajadores autónomos. Por lo que, cabría suponer concluida la controversia sobre el encuadramiento previsional de los socios de cooperativas.

Es así que distintos fallos del fuero de la seguridad social consideraron concluida la controversia respecto del encuadramiento previsional de los socios de cooperativas (ver "Cooperativa de trabajo Bardas del Comahue limitada c/ D.G.I." del 17/04/2000, C.F.S.S., Sala I, sent. 85.225, entre otras).

En el año 2000 se sancionó la ley 25.250. En su artículo 4to. sumó una nueva pauta pues, mas allá de la caracterización previa y a tenor de la constante litigiosidad en torno a esta figura, facultó a los organismos especializados a determinar la naturaleza de la relación al establecer que: "Sin perjuicio de las facultades propias de la autoridad de fiscalización pública en materia cooperativa, los servicios de inspección de trabajo están habilitados para ejercer el contralor de las cooperativas de trabajo a los efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social en relación con los trabajadores dependientes a su servicio así como a los socios de ella que se desempeñaren en fraude a la ley laboral. Estos últimos serán considerados trabajadores dependientes de la cooperativa a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social. (…)".

Ahora bien, con la sanción de la ley 25.877, si bien se deroga el régimen legal *ut supra* referido, se mantiene en el ámbito del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social el criterio interpretativo de su predecesora, que retornaría a la vieja pauta de primar la relación de dependencia al establecer: "Los servicios de inspección del trabajo están habilitados para ejercer el contralor de las cooperativas de trabajo a los efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social en relación con los trabajadores dependientes a su servicio así como a los socios de ella que se desempeñaren en fraude a la ley laboral. Estos últimos serán considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social (…)".

Por otra parte, la ley 26.063 indica que los asociados a cooperativas de trabajo son empleados en relación de dependencia de quien utilice sus servicios para la consecución del objetivo principal de su propia actividad. Más adelante se agrega que en los casos en que no sea de aplicación la presunción indicada en el art. 5, inc. b), las personas físicas o las empresas que contraten a cooperativas de trabajo serán solidariamente responsa-

bles de las obligaciones que, para con el Sistema Único de la Seguridad Social, se hayan devengado por parte de los asociados de dichas cooperativas durante los períodos comprendidos en la respectiva contratación, hasta el monto facturado por la cooperativa.

De las breves referencias legales, podemos afirmar que en la actualidad, los miembros de una cooperativa no podrían ser colocados como mano de obra para terceros porque, en ese caso, pasan a tener una relación dependiente con todas sus características propias.

4 | La problemática de los aportes

Cabe señalar que el régimen previsional ha mantenido a lo largo del tiempo una tradición de carácter declarativo para la determinación de las obligaciones emergentes de tales regímenes. Es decir, más allá de la obligatoriedad de la afiliación a partir de cierta edad y con el inicio de la actividad laboral, siempre se ha destacado la naturaleza declarativa de las obligaciones previsionales. En efecto, si nos remitimos al texto original de la ley 14.236, en su art. 18 consignaba: "El empleador deberá depositar dentro del plazo correspondiente, el descuento efectuado sobre las remuneraciones de su personal en calidad de aporte(…)".

Las distintas normas siempre mantuvieron una doble obligación: la de actuar como agente de retención y la obligatoriedad de efectuar la contribución que le correspondía. A ello hay que agregar la obligatoriedad de efectuar el ingreso mediante el soporte documental correspondiente, previa determinación del importe de la obligación tributaria.

Dichos preceptos se mantienen en la normativa vigente pues el art. 11 de la ley 11.683 expresa que la determinación y percepción de los gravámenes que se recauden de acuerdo con la presente ley, se efectuará sobre la base de declaraciones juradas que deberán presentar los responsables del pago de los tributos en la forma y plazos que establecerá la AFIP. Y más precisamente la ley 26.063 en su art. 2 indica que la determinación de los aportes y contribuciones de la Seguridad Social se efectúa mediante declaración jurada del empleador o responsable, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones,

conservando los efectos de las obligaciones que emanan del art. 13 de dicha ley, ambos artículos aplicables a la materia en virtud de lo normado por el art. 21 del decreto 507 de fecha 24 de marzo de 1993, ratificado por la Ley 24.447.

En un régimen que adopta como mecanismo de financiamiento el sistema de reparto, y donde las cotizaciones sociales debieran constituir el sostén principal (aunque, en rigor de verdad, sólo constituyen entre un 45 % y 55 % del gasto total requerido para el pago de las prestaciones del régimen jubilatorio), es condición excluyente la correcta conformación y pago en término del tributo.

En este contexto, la identificación del sujeto obligado al pago y las responsabilidades emergentes de las formas de contratación que estamos analizando, generan diversas interpretaciones que dividen a la doctrina y la jurisprudencia, quienes definen la misma a partir de la actividad contratada en relación a la actividad normal y específica de la empresa contratante, por un lado; o bien quienes consideran a la empresa como un todo, por el otro.

5 | Recomendación 198 de OIT

En concordancia con lo que venimos señalando, cabe destacar que desde la Organización Internacional del Trabajo, se ha venido trabajando en este tema desde mediados de los `90, no logrando aún la firma de un convenio. No obstante ello, en su nonagésima quinta reunión, llevada a cabo el 31 de mayo de 2006, logró la aprobación de una recomendación que llevaría el N° 198, en la que considerando que "(…)las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación; Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho;(…) Reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente; Considerando que la globalización de la economía ha

incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional; Observando que, en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador; Considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general; (…)" adoptó, finalmente, la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

Entre las recomendaciones que establece, incluye la de tomar medidas tendientes a: (a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y a los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes; (b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho; (…) (d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén; (…) 8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo porque las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

Asimismo, fija que: "A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra natu-

raleza, convenido por las partes….a fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de: (a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; (b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios y (c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes(…)"

En consecuencia, si bien no se logró la firma de un Convenio por parte de los Miembros de la OIT, de los párrafos transcriptos de la citada recomendación, se concluye que el principal objetivo seguido por la Organización es alcanzar la minimización de modalidades contractuales mediantes las que se pueda evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social en detrimento del trabajador.

Esto se logra con la sanción de normas claras y regulaciones del trabajo tercerizado, donde tanto contratistas como cooperativas se encuentren debidamente registrados y autorizados por un órgano de contralor y con la responsabilidad solidaria de la empresa que contrata los servicios con la prestadora de los mismos, tanto en lo que hace a las obligaciones laborales como a las cargas de la seguridad social.

6 | Jurisprudencia aplicada

Durante los años `90, en su anterior composición, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había fijado doctrina, en la causa "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" del 15/04/1997(Fallos: 316:713), en el sentido de que no cabe hacer extensiva la responsabilidad solidaria del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo cuando las tareas desarrolladas por la subcontratista no se corresponden con la actividad normal y específica de la empresa principal.

En dicha causa fijó, además, los siguientes estándares:

1. "Para que nazca la solidaridad establecida en el art. 30 LCT es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista".

2. "La exigencia de un examen estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero —art. 30 LCT—, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma —o de su interpretación— que obligue al pago de una deuda en principio ajena por agraviar la intangibilidad del patrimonio establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional".

3. "El art. 30 LCT comprende las hipótesis en que un empresario encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento. Son supuestos en los que se contrata prestaciones que completan o complementan la actividad del propio establecimiento, esto es, "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa a través de una o más explotaciones" (art. 6, Ley de Contrato de Trabajo); sin embargo, en los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados, la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación de servicios en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo".

En igual sentido, se había expedido el Alto Tribunal en las causas B.350. XXXIII "Blanco, Alfredo c/Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros" del 10/12/1997; "Encinas" (Fallos: 321:2294); "Vouto" (Fallos: 319:1114), fabricación y comercialización de gaseosas;"Escudero" Fallos: (323:2552), concesión gastronómica; "Dubo" Fallos: (324:1595), concesión gastronómica; "Chiappe" Fallos: (326:3050), indemnización laboral de un médico que codemandó a una obra social; "Ajis de Camaño" Fallos: (331:266), tareas de limpieza, "Villarreal" Fallos: (332:1098) empresas de vigilancia y seguridad; "Barreto" (324:2195), suministro de materia prima y producción de medicamentos; entre muchos otros.

Para fijar los estándares transcriptos, la Corte consideró que la Cámara había omitido examinar la distinción propuesta por la apelante entre objeto y actividad social, de relevancia decisiva para resolver la causa, con grave

lesión al derecho de defensa en juicio de la recurrente y que la solución del caso contribuiría al desarrollo del derecho sobre la materia, en la que se encontraban involucradas modalidades de la contratación comercial que, posiblemente, tendrían considerable trascendencia para la economía del país. La cuestión revestía, por tanto, significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscitando una cuestión federal trascendente (confr. art. 67, inc. 12 de la Constitución Nacional y art. 280, Cód. Proc.). En consecuencia, con el objeto de "poner un necesario *quietus* en la evolución de las diversas tendencias jurisprudenciales que distan de ser pacíficas, como surge de numerosos pronunciamientos del fuero laboral" se abocó a decidir si un contrato de las características del caso se encontraba subsumido en la norma del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Doce años después, y con nueva composición, el Tribunal Cimero, decidió dejar atrás los lineamientos fijados en el precedente "Rodriguez", respecto de la habilitación de la instancia extraordinaria. En efecto, *in re* "Benítez Horacio c/ Plataforma Cero S.A. y otros" del 22/12/2009 (Fallos: 332:2815), sostuvo que era impropio del cometido jurisdiccional de la Corte en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación del art. 30 LCT dado el carácter común que ésta posee, y devuelve el asunto para que decidan las instancias ordinarias.

Habiendo quedado atrás la década de la flexibilización y de la desregulación laboral, los tribunales laborales empezaron a establecer una fuerte corriente jurisprudencial, sentando el criterio de que el trabajador tercerizado debía ser considerado como dependiente directo de la empresa que contrataba sus servicios.

En el plenario "Ramírez, María Isidora c/ Russo Comunicaciones E Insumos S.A. y Otro s/ Despido", del 03/02/2006, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, fijó la doctrina de que resultaba aplicable el art. 705 del Cód. Civ. a la responsabilidad del art. 30 L.C.T. (El mencionado artículo del Código Civil, establece que el acreedor puede exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos).

Tras analizar el concepto de "responsabilidad solidaria", haciendo hincapié en que la nota principal reside en el derecho del acreedor a exigir a

cada deudor el pago íntegro de la deuda, se adentra en el estudio del art. 30 de la LCT que "impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador (acreedor), en el marco de una segmentación del proceso productivo".

Afirma que la doctrina coincide, de una manera unánime, en que el art. 30 de la L.C.T. está destinado a garantizar el cobro de los créditos, para lo cual crea sujetos pasivos múltiples, aun en la ausencia de fraude o ilicitud, con la finalidad de tutelar al dependiente.

Traspolando conceptos propios del derecho civil, se sostuvo que "quien sabe que puede resultar responsable de una deuda hará bien en tomar los recaudos necesarios para que el conflicto no se produzca (mediante el control del cumplimiento de las normas por parte del empleador directo) o para facilitar su propia defensa (por medio del aseguramiento de la permanencia y de la solvencia del empleador que es su cocontratante). Además, tiene a su disposición la facultad de citar como tercero al responsable directo. Estas reflexiones valen para todas las obligaciones solidarias, civiles, comerciales o de cualquier naturaleza. En el ámbito laboral como en los otros, si el responsable no adopta ninguno de esos recaudos, o si las circunstancias no le son propicias en cuanto a la derivación de los hechos, se trata para él de un riesgo comercial conocido de antemano, que no puede descargar sobre el trabajador, víctima final de cualquier desprotección de fondo o procesal" (del voto del Dr. Guibourg).

A partir de allí, se fue desarrollando toda una jurisprudencia cada vez más tendiente a desentrañar la verdadera naturaleza de la relación laboral, a fin de evitar el fraude y la evasión de aportes al sistema de seguridad social. En uno de los más recientes fallos referentes al tema, la Sala VII de la CNAT sentó criterio respecto de la improcedencia de que las cooperativas de trabajo funcionen como empresas de servicios eventuales.

El 29 de abril de 2011, en autos: "Maguna, Hugo Alberto c/ Cooperativa de Trabajo Ferrocom Ltda. y otro s/ Despido" se sostuvo que "En el caso, se advierte que la cooperativa sólo actuó como una mera intermediaria de mano de obra para prestar servicios en otro establecimiento lo que constituye, a no dudarlo, el caso más común de fraude" y agregó que es sabido que "la misión del Juez, y de manera

más intensa en el Juez del Trabajo, consiste en la búsqueda de la verdad sustancial, más allá de las formas que las partes dieren a "contrato" destinado a cubrir el fraude y contrariar el Principio de Primacía de la Realidad, tan imperativo en nuestra disciplina". En consecuencia, y en el entendimiento de que se encontraba demostrado que el actor se había desempeñado para las demandadas, le cabía "responsabilidad solidaria de EMPRESA FERROCARRIL GRAL. BELGRANO y la COOPERATIVA demandada, en los términos previstos por los arts. 29 y 30 de la Ley de Contrato de Trabajo en tanto tercerizó trabajos correspondientes a su actividad normal y específica. Cualquiera que haya sido el acto o estipulación que hayan concertado entre aquéllos, serán responsables solidarios de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las derivadas de la seguridad social".

Unos meses antes, la Sala V del mismo fuero, se había expedido en la causa "Ávila, Osvaldo Domingo c/Empresa Ferrocarril General Belgrano S.A. y otro s/ despido" (S.D. 72967 del 28/02/2011 Expte. N° 23499/2003), donde estableció la inexistencia de una real cooperativa. En efecto, allí sostuvo que Ferrocom Ltda. fue constituida con la finalidad de que sus integrantes —obreros maquinistas o conductores de trenes— realizaran tareas de conducción de trenes de propiedad de la empresa Ferrocarril Belgrano S.A., aprovechando la capacidad técnica demostrada por los trabajadores/asociados a la cooperativa, y conviniéndose la exclusividad del servicio a la cooperativa. Al haberse utilizado esta última para la provisión de la mano de obra, compuesta por ex empleados de la empresa ferroviaria estatal, tercerizándose así los servicios, no puede hablarse en rigor de una real cooperativa, o de una entidad creada para cumplir con fines mutuales y cooperativos por medio de la asociación o el concurso de personas que se incorporan para prestar sus servicios dirigidos a esa finalidad común.

Como vemos, la tendencia es aplicar los conceptos que vienen desarrollándose a nivel internacional y plasmados en la Recomendación de la OIT, con el fin de desbaratar posibles fraudes a la ley laboral y evitar la evasión de aportes.

Un interesante caso, y hasta antagónico, se planteo en el fuero de la Seguridad Social, cuando advertida de que la subcontratista no iba a reali-

zar los aportes correspondientes al sistema, la empresa contratante pretendió ingresar dichos aportes y contribuciones al régimen, en virtud de la responsabilidad que le cabía, conforme lo dispuesto por el art. 30 de la LCT.

En diciembre de 1997, Sipetrol S.A. solicitó a la D.G.I. que le informara el procedimiento a seguir para ingresar la suma correspondiente a aportes y contribuciones que había retenido a Servicios Petroleros Australes (SPA), después de que dicha empresa le informara que no procedería a su pago, toda vez que intentaría compensar las obligaciones del RNSS con saldos impositivos a su favor.

Ante dicha presentación, la AFIP le hizo saber que si se trataba de retenciones que correspondían ser efectuadas en virtud de las normas de la Res. Gral. 4052, debía estarse atenida a los requisitos, plazos y condiciones allí establecidas; por el contrario, si se trata de cláusulas contractuales particulares, y habiéndose desestimado en sede administrativa, la pretensión de SPA, debía recurrir ante la sede judicial para el depósito de dichos montos.

Es así que da inicio a una demanda por consignación contra la AFIP, denunciando que dicho organismo le había informado que, pese a contar con los CUILs de los trabajadores, no estaba en condiciones de percibir los montos por parte de un tercero para aplicar a personas que se desempeñan en relación de dependencia de otra persona jurídica.

La magistrada de primera instancia del fuero de la Seguridad Social se declaró incompetente en virtud de lo dispuesto taxativamente por la ley 24.655, remitiendo las actuaciones a Contencioso Administrativo Federal. A su turno, hace lo propio el titular del juzgado de primera instancia del mencionado fuero, donde recayó la causa.

Elevadas las actuaciones a la C.F.S.S., la Sala interviniente, en voto dividido, asumió la competencia del fuero de la Seguridad Social para entender en planteos de este tipo. Para así decidir, se analizó la naturaleza jurídica de la pretensión, concluyéndose que, siendo el pago de aportes y contribuciones al sistema de la seguridad social competencia del fuero y, que en el supuesto caso de incumplimiento, la ejecución de la deuda se tramitaría

en el mismo, era a este fuero y no a otro al que le correspondía entender en la causa.

Concomitante con las directrices fijadas por la CSJN, la Cámara del fuero tenía fijados criterios en el sentido de que, habiendo la ANSES declarado como norma general, por Res. 784/92, que los asociados a las cooperativas de trabajo no revestían la calidad de dependientes de las mismas, debiendo considerárselos como trabajadores autónomos; correspondía a la D.G.I. en el ámbito de su competencia, verificar la existencia de fraude laboral y/o evasión de los recursos de la seguridad social. En consecuencia, para desvirtuar la presunción en favor de la vinculación asociativa y no de la laboral, debe demostrarse que se está en presencia de una simulación o un fraude, sin que de dicha prueba esté exento el órgano administrativo cuando pretende imponer un cargo por una supuesta omisión o evasión previsional (Así, exp. 1941/2000. "Cooperativa de Trabajo Baradero Ltda. c/ A.F.I.P. - D.G.I.". 23/02/01, sent. def. 82303. Cámara Federal de la Seguridad Social Sala II).

Esta doctrina se ha mantenido casi invariable hasta la actualidad, donde pese a la nueva tendencia mostrada en el fuero laboral, en Seguridad Social se sigue admitiendo que es el acreedor quien debe probar que se dan las notas tipificantes de la relación laboral o de la situación de trabajo que se invoca como fundamento del crédito que se reclama; sin perjuicio de la obligación del impugnante de acreditar con solvencia la negación o afirmación que fundamente su posición, a fin de desvirtuar la imputación que se le atribuye. Para que la responsabilidad solidaria, prevista en el art. 30 de la LCT, surja debe encontrarse probada la obligación que se atribuye al principal (en este sentido, ver exp. 23.788/2004. "Gerlach Campbell Construcciones S.A. c/ A.F.I.P. - D.G.I. s/impugnación de deuda". (08/02/2005 sent. def. 111203. Cámara Federal de la Seguridad Social.Sala II).

En suma, parecería que el fuero específico de la Seguridad Social no se ha puesto aún a tono con la nueva tendencia registrada desde el ámbito laboral a fin de poner coto a los contratos que se traducen en precarización de las formas de trabajo decente, entendiendo a este, conforme la terminología acuñada por la OIT, a aquel que cumple con los estándares laborales internacionales.

7 | Conclusiones

Conforme el análisis que venimos desarrollando está claro que, con el objeto de promover el trabajo registrado, se han elaborado una serie de medidas que, lejos de concluir con el fin perseguido, terminaron por contribuir con el informalismo y evasión tan característico de décadas anteriores, circunstancias que junto a otros factores de índole legal y económica, asistieron a la denominada "crisis del sistema". Tampoco, la doctrina y jurisprudencia, por su parte, elaboraron una respuesta unívoca a los planteos generados, sino que por el contrario fueron delineando criterios interpretativos que, según el caso, iban radicalmente en contra de las normas vigentes, que igualmente mostraron variaciones en su evolución. Este marco de inseguridad jurídica fue, en parte, responsable de la altísima litigiosidad generada en torno a la temática abordada en el presente trabajo.

Si bien es cierto que las medidas legales adoptadas lo fueron en concordancia con tendencias modernas y globales que, en el afán de dar forma a nuevas modalidades contractuales que faciliten la afiliación, terminaron por precarizar las relaciones laborales, creemos que el camino está marcado por la sanción, en primer lugar, de normas claras y precisas que no generen duda alguna y brinden herramientas propicias justamente para combatir la enunciada informalidad y no el efecto contrario.

En segundo término, es indispensable el correcto ejercicio por parte del Poder Administrador de un control efectivo e inmediato, donde si más de un organismo debe intervenir, lo sea en armonía y no constituya un nuevo foco de conflicto, como en algún momento se planteó en relación con una supuesta superposición de facultades entre diversas entidades del Estado.

Y finalmente, no ha de perderse de vista que uno de los principios fundamentales en los que se erige la Seguridad Social lo conforma la Solidaridad General, en la cual todos los miembros de la sociedad prestan su cooperación al bien común. Lo que importa un compromiso que debe ser ejercido en forma personal —para lo cual se deben crear las vías directas necesarias para facilitar los reclamos— o a través de diversas organizaciones como custodios del interés social y en resguardo de las normas laborales y de la Seguridad Social.

Bibliografía

ERMIDA URIARTE, OSCAR Y COLOTUZZO, NATALIA, *Descentralización Tercerización y Subcontratación*, Oficina Internacional del Trabajo, 1ra. ed., 2009.

PÉREZ, DANIEL G., "Procedimiento Tributario. Recursos De La Seguridad Social", *Procedimiento y Proceso*, Errepar, 2006, Tomo I.

GARCÍA RAPP, J., "La seguridad social. Actualidad y perspectivas. Su financiación." Ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, - *XV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* 7 a 9 de octubre de 2010, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, San Miguel de Tucumán

DEL VALLE CAMPOS MARISA, "Las cooperativas de trabajo como modalidad de fraude en la contratación laboral", publicado en: www.eft.org.ar

BENDINI, MÓNICA Y GALLEGOS, NORMA, "Nuevas formas de intermediación en un mercado tradicional de trabajo agrario", Grupo de Estudios Sociales Agrarios (GESA), *Trabajo y Sociedad Indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas*, N° 4, vol. III, marzo-abril de 2002.

La interposición en el mercado laboral de las cooperativas de trabajo

por **ANA M. SALAS**[1]

I | Introducción

Preliminarmente corresponde destacar que la interposición de personas en el mercado laboral es un instituto que se encuentra admitido en el derecho del trabajo (arts. 29, 30 y 31 de la LCT) porque la sola segmentación del proceso productivo no resulta ilegítima, es el uso desviado de esta figura lo que sanciona el ordenamiento jurídico positivo.

La regulación legal en materia de tercerización o intermediación cumple una función de política social a través de la cual se la pretende limitar mediante el instituto de la responsabilidad solidaria.

La interposición de personas en el contrato de trabajo es considerada fraudulenta cuando, a través de una red contractual, se hace intermediar en la relación existente entre el trabajador y quien se beneficia con su prestación a una tercera persona con el fin de evitar la asunción de las obligaciones por parte de la persona que efectivamente requiere los servicios del trabajador para apropiarse del producto de su esfuerzo.

(1) Jueza de la Séptima Cámara del Trabajo de Mendoza. Asesora Legal de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social de la provincia de Mendoza (1990-1998). Relatora de la Suprema Corte de Justicia de la Sala II con competencia laboral (2005-2009). Profesora de grado y posgrado de Práctica Profesional y del Derecho del Trabajo (Universidad de Mendoza y UNC). Integrante de la Comisión Asesora en materia laboral del Consejo de la Magistratura de Mendoza (1998-2000 y 2003-2005). Representante titular en el Jurado de la Comisión de Selección de Magistrado del Consejo de la Magistratura de la Nación. Autora de publicaciones de la especialidad en obras colectivas e individuales.

En estos casos, la relación queda atrapada en la LCT por disposición del art. 14 que expresamente dispone que "(…) Será nulo todo contrato de trabajo por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas, o de cualquier otro medio. En tal caso la relación quedará regida por esta ley (…)".

En el supuesto de las Cooperativas de Trabajo, especialmente a partir del año 1990, se observó en nuestro país un incremento más que importante de estas asociaciones que se dedicaban a proveer de mano de obra a las empresas del mercado, actuando en la práctica como verdaderas empresas de colocación.

Los conflictos generados por esta intermediación han recibido distintas soluciones judiciales con la consiguiente inseguridad jurídica que ello ocasiona.

Algunos tribunales, siguiendo las doctrinas cooperativistas, otorgan mayor valor a la asociación cooperativa por sobre la LCT en la medida en que se demuestre su vigencia válida en un todo conforme lo dispuesto por la ley 20.337. Frente a ello, se acepta la defensa de falta de acción opuesta por las cooperativas de trabajo demandadas donde el trabajador pretende la aplicación de la ley de contrato de trabajo. Excepcionalmente, cuando el trabajador invoca y acredita la existencia de fraude laboral se receptaba su pretensión fundada en la LCT[(2)].

Otros tribunales admiten que cuando una cooperativa de trabajo presta servicios en terceras empresas y no en sus propias estructuras, se comporta como una empresa más que brinda trabajadores a terceros integrando el ritmo de producción ajeno. Se considera configurada una manifiesta situación de fraude, ocultando la relación laboral a través del disfraz cooperativo o, en términos normativos, aparentando normas contractuales no laborales (art. 14 LCT).

(2) En ese sentido encontramos fallos de los Superiores Tribunales provinciales y Nacional: SCJBA "Payer c/ Primera Cooperativa Obrera del vidrio" A y A 1990-II-834, "Cueva c/ Cooperativa Obrera Portuaria" A y A 1991-II-228; "Còrdoba c/ Copel ", A y S 1992-IV-742; SCJMza "SMATA c/ Coop. TAC", confirmado por la Corte Federal, LL 1987-B-6348; "Coop. TAC en Jº Rios" LS. 220-364; 188-403, 186-285; CSJN "Coop. de Trab. de Tranp. La Unión Ltda.. c/ DGI" Fallos 326-4397, entre otros)

Consiguientemente, comprobada la existencia de interposición fraudulenta instrumentada a través de la colocación de asociados de una cooperativa de trabajo en otras organizaciones empresarias, se dispone la aplicación del art. 29 de la LCT, por lo que no sólo el trabajador es considerado empleado directo de quien utilice su prestación, sino que también se considera responsable solidario a la cooperativa que ha intervenido en la interposición[3].

El presente estudio persigue como objetivo aportar nuevas líneas de pensamiento que permitan generar un *quietus* que facilite a los operadores jurídicos determinar, con cierto grado de certeza, en qué casos la intermediación de las cooperativas de trabajo cae bajo la regulación del derecho del trabajo y no de la ley de asociaciones cooperativas, teniendo como especial referencia la doctrina fijada sobre el particular por la Suprema Corte de Mendoza.

En el marco de análisis propuesto comprobaremos que el Derecho del Trabajo es el derecho controlante de la ley 20.337, al que deberá sujetarse la cooperativa de trabajo, con consecuencias procesales importantes.

2 | Relación del derecho laboral y las cooperativas de trabajo

La relación del contrato cooperativo y el contrato de trabajo es tan estrecha que tanto en su origen[4] como evolución se observa un constan-

(3) Es la postura asumida por CNT. Sala I, 30-12-96 Rev. J.A. 25/02/98, también D.T. 1999-B-1306, "Millán c/ Soc. Italiana" 12/12/07; Sala VI DT 1998-A-718, también T. y S.S. 1992-347 "Camelli c/ Car Group S.A." 28/08/09, "Cordoba c/ Emp.Ferrocarril" 22/02/08 ; Sala VII , DT 1999-A-258, "Lartiga c/ Emp. Ferrocarril" 28/08/07; Sala IX "Peralta c/ Emp. Ferrocarril" 31-03-09; Sala X, D.T. 2001-B-1937, también en J.A. 2002-II-250, "Herrlein c/ Coop. De Trabajo Lince Seguridad" 29-06-07, "Torrez c/ Cazadores" 25-03-04, "Laudisi c/ Asociación Francesa" 24/08/2007 ; SCJMza. LS 322-243, 395-172, 393-213, 316-174, entre otros).

(4) La primera concreción histórica del sistema cooperativo se dio en la Sociedad de los Probos Pioneros de Rochdale. Esta sociedad cooperativa fue formada en el año 1844 por trabajadores y dio solución al conflicto laboral mantenido por sus fundadores con su empleador que concluyó en su despido y marginación del mercado laboral. De este antecedente surge que el origen de la primera asociación cooperativa fue un conflicto laboral, su finalidad fue dar una respuesta a una problemática laboral y en su integración sólo intervinieron los sujetos a quienes el emprendimiento pretendió proteger: los trabajadores. De ahí la estrecha relación ente las cooperativas de trabajo y el derecho laboral.

te acompañamiento que lleva a la necesaria comparación para que, por descarte, se pueda definir cuándo un contrato con un trabajador queda atrapado en la relación asociativa de una cooperativa de trabajo o en la relación de dependencia de un contrato de trabajo.

La similitud de caracteres existente entre el contrato de trabajo y el contrato cooperativo justifica la duda que se plantea respecto del encuadre legal que corresponde a esta relación jurídica. Así, y a modo de ejemplo, se observa que el objeto de la cooperativa de trabajo es brindar ocupación a los asociados, a cambio de lo cual los mismos reciben una contraprestación patrimonial llamada retorno. También en el contrato de trabajo, el empleador está obligado a dar ocupación y, a cambio de ella, el trabajador recibe una contraprestación de carácter patrimonial llamada salario o remuneración, pero la subordinación o dependencia, la participación igualitaria y democrática en el gobierno de las cooperativas y la ajenidad del riesgo propio de la explotación sería lo que define la diferencia entre ambos regímenes.

En nuestro país, la ley 20.337 (B.O. 15/05/73) regula la actividad de las cooperativas y se complementa con las Resoluciones del ex INAC (hoy Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social —INAES—), que es el organismo encargado de otorgar la autorización para la constitución y registración de las sociedades cooperativas y el ejercicio del poder de policía en el control posterior de su funcionamiento.

Este régimen legal se aplica a las cooperativas de trabajo donde el objeto social será brindar ocupación a los asociados y el aporte de los mismos a la sociedad estará constituido por su trabajo.

La ley 20.337 respondió a las pautas establecidas por la OIT en su Recomendación n° 127/66.

Este organismo internacional receptó los principios del movimiento cooperativo, ello es: la voluntariedad en la agrupación asociativa de sus integrantes, la gestión conjunta y democrática para la satisfacción de objetivos comunes con la consiguiente asunción de una justa participación en los riesgos y beneficios. Y calificó a las cooperativas de trabajo como un medio eficaz para mejorar la situación económica y cultural de las perso-

nas con recursos y posibilidades limitadas a través del fomento del espíritu de iniciativa. Consideró que su actividad apareja no sólo el incremento de los recursos personales sino también del capital nacional, sobre todo en los países en vía de desarrollo donde permite el progreso económico-social y el bienestar de su población.

Surgen así las cooperativas de trabajo como una respuesta superadora del contrato de trabajo que justifica una regulación diferenciada.
Las directivas dadas por la OIT ponen de manifiesto la vinculación existente entre el derecho laboral y las cooperativas de trabajo.

Pero, cuando en el año 1974 se dicta la ley 20.744 (B.O. 27/09/74) quedó al descubierto que la regulación de la relación laboral efectuada por la LCT resultaba más completa y protectoria que la contenida en la ley 20.337. Es decir, que el principio establecido en el art. 14 bis de la C.N., según el cual "…el trabajo en todas sus formas goza de la protección de las leyes…", no encontraba una adecuada respuesta en el caso de los trabajadores de las cooperativas de trabajo o, por lo menos, la respuesta no alcanzaba el nivel de protección dado en la LCT.

Ello determinó el dictado de distintas resoluciones del INAC como la N° 360/75[5] y 183/92[6] que contienen disposiciones referidas a los supues-

(5) Esta resolución estableció el principio general según el cual no era admisible que las cooperativas de trabajo utilizaran los servicios de personal en relación de dependencia pero se aceptó como excepción los siguientes supuestos: 1-Cuando mediaba una sobrecarga circunstancial de tareas que obligara a la cooperativa a recurrir a los servicios de no asociados, por un lapso no superior a tres (3) meses; 2- Cuando mediaba la necesidad de contar con los servicios de un técnico o especialista para una tarea determinada, en este caso no podía exceder la duración de seis (6) meses, 3- Cuando se trataba de trabajos estacionales. Aquí la contratación no podía ser mayor a los tres (3) meses; 4- En el supuesto del período de prueba, el cual no podían exceder de seis (6) meses, aun en caso de que el estatuto fijara una duración mayor. Expirados los plazos indicados se estableció que la cooperativa de trabajo no podía seguir valiéndose de los servicios de los trabajadores no asociados, salvo que éstos se incorporen a la misma como asociados (art. 1). Estos supuestos de excepción autorizados debían contar con el correspondiente control de la autoridad administrativa por lo que estaban obligadas a comunicar a la Gerencia de Fiscalización del INAC la nómina de los trabajadores no asociados, indicando específicamente la razón por la cual prestan servicios en relación de dependencia y el plazo de la prestación (art. 2). Todo bajo apercibimiento de instruirse el correspondiente sumario (art. 4).

(6) Dado que el vacío normativo existente en el tema permitía utilizar el ropaje cooperativo con el mero objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones y cargas de los regímenes previsionales y de la Seguridad Social, el INAC dictó la Resolución 183/92. Por la misma, se

tos de trabajadores regidos por la LCT en las cooperativas de trabajo y el alcance de la protección de los socios cooperativos respecto de las contingencias cubiertas por la Seguridad Social. De la lectura de la última resolución surge claramente que los beneficios y prestaciones establecidos a favor de los socios cooperativos reconoce como tope mínimo el determinado para los trabajadores de la actividad por la LCT y el CCT de aplicación, de donde surge la equiparación de los socios cooperativos con los trabajadores del sector.

Si bien mediante estas regulaciones se logró en la práctica que las cooperativas de trabajo quedaran equiparadas a los beneficios y protección que el derecho del trabajo otorgaba a los trabajadores, no resultaron suficientes frente a la extensión del uso de la figura cooperativa como medio para proveer de mano de obra a terceras empresas, por ello se dictó el Decreto 2015/94 que prohibió el funcionamiento de cooperativas de trabajo que

reconoció que la inexistencia de un vínculo de dependencia laboral no admitía la ausencia de la debida atención de aquellas circunstancias de la vida de los trabajadores organizados en cooperativas de trabajo, teniendo presente que la finalidad del vínculo asociativo es liberar al hombre no sólo de la dependencia jerárquica y económica en razón del trabajo, sino también del mayor número posible de contingencias dañosas que eventualmente lo puedan afectar. En esta Resolución se reafirmó, en primer lugar, que el vínculo jurídico entre el asociado y la cooperativa de trabajo es de naturaleza asociativa y está exento, por lo tanto, de toda connotación de dependencia y encuadre en el derecho laboral. Sin perjuicio de ello, se estableció que las cooperativas de trabajo debían prestar a sus asociados los beneficios de la seguridad social, para lo cual se determinaron como esenciales los siguientes puntos: 1- Cumplir con las aportaciones necesarias a los fines del régimen previsional en el sistema de trabajadores autónomos, o bien por otro régimen legalmente habilitado. Situación que se complementa con la Resolución nº 4328/97 de la DGI. 2-Satisfacer las prestaciones dinerarias que corresponda percibir a los asociados, en caso de enfermedades o accidentes en condiciones que no podrían ser inferiores a las que establezcan las leyes aplicables a los trabajadores de la actividad general. Podían ser sustituidas mediante la contratación de seguros que cubrieran adecuadamente dichos riesgos. 3- Implementar un sistema que asegure las prestaciones de salud a los asociados y su grupo familiar, mediante los contratos y/o adhesiones que fuere menester, ya sea con una obra social existente o con otras instituciones que respondan a sistemas de medicina prepaga habilitados. En el punto deberá tenerse presente que por el decreto 1991/11 quedan incorporadas las Cooperativas de Trabajo a las disposiciones de la ley 26.682 complementaria de la ley 23.660 y 23.661 4-Satisfacer las prestaciones dinerarias que corresponda percibir a los asociados o a sus herederos en los casos de incapacidad parcial o total y muerte, derivados de accidentes o enfermedades profesionales, en condiciones que no podrán ser inferiores a las que establezcan las leyes aplicables a los trabajadores de la actividad. Podrían ser sustituidas mediante la contratación de seguros que cubrieran adecuadamente dichos riesgos. 5- Adoptar reglamentos relativos al trabajo de mujeres y menores, cuyas condiciones aseguren, como mínimo, la misma protección que establecen las leyes aplicables a los trabajadores de la actividad.

provean la contratación de servicios por terceras personas utilizando la fuerza de trabajo de sus asociados.
El INAC precisó el alcance de este decreto a través de la Resolución N° 1510/94 donde se especificó qué tipo de cooperativas de trabajo se encontraban alcanzadas por la prohibición de matrícula y, en tal sentido, declaró comprendidas las solicitudes de autorización para funcionar como cooperativas de trabajo que se vinculen con las siguientes actividades: Agencias de Colocaciones, Limpieza, Seguridad, Distribuciones de Correspondencia y Servicios Eventuales.

También se encontraban comprendidos aquellos casos en que la descripción del objeto social contenida en los estatutos revelara que se trataba de la venta de fuerza de trabajo o mano de obra a terceros para dedicarlas a las tareas propias o específicas del objeto social de los establecimiento de estos últimos, de tal manera que dicha fuerza de trabajo o mano de obra constituya un medio esencial en su producción económica.

Respecto de las cooperativas de trabajo ya autorizadas, no se admitían reformas estatutarias que incorporaran al objeto social actividades como las descriptas.

Quedaban excluidas, entonces, las cooperativas de trabajo que operaran en sus propios establecimientos o equipos donde se mantenía la autorización para funcionar siempre que su fin exclusivo fuera la obtención de un logro comunitario, mediante el servicio personal, en provecho o en beneficio directo de sus socios, como el caso de Cooperativas de Trabajo Docente, de Asistencia Hospitalaria, de Transporte de Pasajeros o de Carga, etc.

El legislador nacional mantuvo estos lineamientos políticos al dictar la ley 25.250 en cuyo art. 4 se estableció que los servicios de inspección de trabajo estaban habilitados para ejercer el contralor de las cooperativas de trabajo a los efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social en relación con los trabajadores dependientes a su servicio, así como a los socios de ella que se desempeñaren en fraude a la ley laboral. Estos últimos eran considerados trabajadores dependientes de la cooperativa a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social.

También se reiteró la prohibición de que las cooperativas de trabajo actuaran como empresas de provisión de servicios eventuales, o de cualquier otro modo brindaran servicios propios de las agencias de colocación.

La ley 25.877 derogó a la ley 25.250 pero mantuvo prácticamente intacta la regulación establecida por ésta en el tema, pero con una salvedad: dispuso que los trabajadores dependientes o socios de la cooperativa que se desempeñaran en fraude a la ley laboral serían considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria para la cual prestaban servicios y no de la cooperativa de trabajo como establecía la norma derogada.

Es decir, que se produce un cambio de concepción ya que no se aplica el art. 23 y 27 de la LCT para fundar la existencia del contrato de trabajo sino el art. 23 y 29 del mismo cuerpo legal. Se llega a la misma conclusión cuando se aplica la clara disposición contenida en el art. 102 de la LCT.

Completa esta regulación, la ley 26.063 de impuesto a las ganancias en cuyo art. 8 se determinó que las personas físicas o las empresas que contraten a cooperativas de trabajo serán solidariamente responsables de las obligaciones que, para con el Sistema Único de la Seguridad Social, se hayan devengado por parte de los asociados de dichas cooperativas durante los períodos comprendidos en la respectiva contratación, hasta el monto facturado por la cooperativa.

Esta ley se integra con la Resolución General de la AFIP N° 2927 y sus modificaciones, especialmente la Resolución General N° 3208/11, en las que se fijaron Indicadores Mínimos de Trabajadores (IMT) que permiten determinar de oficio la cantidad mínima de trabajadores requeridos para diversas actividades y los aportes y contribuciones respectivos con destino al Sistema Único de Seguridad Social.

Llegamos así a una etapa de "laboralización" de las cooperativas de trabajo, donde se prioriza la aplicación de la LCT sobre la ley 20.337 lo que conduce a concluir lo ya adelantado preliminarmente, ello es, que el derecho del trabajo cumple el rol de derecho controlante al que debe sujetarse la regulación de las cooperativas de trabajo.

3 | La aplicación de la LCT a las cooperativas de trabajo

La reseña efectuada hasta este momento, especialmente teniendo en cuenta las distintas posturas jurisprudenciales asumidas, permite comprobar que la respuesta dada por el ordenamiento nacional no ha sido completa porque no da una respuesta clara y precisa en el supuesto de aquellas cooperativas de trabajo que actúan en el medio "suministrando mano de obra a terceros" o que se "dedican a la contratación de los servicios cooperativos por terceras personas utilizando la fuerza de trabajo de sus asociados", operando fuera de sus establecimientos.

Es que con el dictado del decreto 2015/94 se impuso un corte ordenador que tenía como pauta objetiva la vigencia del citado decreto, de forma tal que, en función de ese corte, hay que distinguir dos supuestos: las cooperativas de trabajo que operan en el mercado luego del dictado del decreto 2015/94 y las cooperativas de trabajo que operan en las condiciones indicadas (intermediando en la provisión de mano de obra o en el proceso de tercerización laboral) antes del dictado de dicho decreto por contar con la matriculación otorgada con anterioridad.

En el primer supuesto la relación de trabajo prestada por los asociados es alcanzada por la LCT y se considera a los asociados de la cooperativa, empleados de la empresa usuaria, mientras que la cooperativa responde solidariamente (art. 29 de la LCT en concordancia con los arts. 1056, 1081 y 1109 del Cód. Civ.). Se aplica en estos casos el decreto 2015/94 y la ley 25.877, y se la considera una actividad prohibida.

En el segundo supuesto, es decir, en el caso de las cooperativas de trabajo que actúan en el mercado laboral proveyendo mano de obra a terceras personas, como una empresa de colocación, pero que se encuentran autorizadas para ello porque fueron matriculadas con anterioridad a la vigencia del decreto 2015/94, se mantiene la antigua controversia no superada.

La solución jurisprudencial se orienta a aplicar la LCT en los siguientes supuestos:

a. En términos generales, cuando se trata de una cooperativa de trabajo que actúa al margen de la ley 20.337 porque no cumple con sus disposiciones ni respeta los principios cooperativos.

b. En términos prácticos específicos y de manera meramente enunciativa. Cuando se trata de una cooperativa de trabajo registrada con posterioridad al dictado del Decreto 2015/94 y que, no obstante, su estatuto social no autoriza la intermediación de los asociados, en la práctica violan su objeto social y actúan proveyendo la mano de obra de los mismos.

Cuando, no obstante contar la cooperativa con la autorización administrativa para funcionar conforme su objeto social donde se permita la intermediación laboral, no ha mediado un acto cooperativo voluntario en el momento en que el trabajador se asoció a la cooperativa porque esa asociación era la condición esencial para obtener la ocupación laboral ofertada como servicio por la entidad.

Cuando no obstante haberse asociado voluntariamente el trabajador a la cooperativa, el análisis de la relación jurídica resulta más afín al encuadre legal en la LCT que en la Ley 20.337 por aplicación de las directivas dadas por la OIT en la Recomendación N° 198/06[7] y el art. 23 de la LCT.

(7) La Recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la Conferencia General de la OIT en fecha 15/06/06, fue emitida teniendo en consideración la necesidad de hacer efectiva la protección de los trabajadores, fin que constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) y el Programa de Trabajo Decente. En modo especial, se advirtió que esa protección para ser real y no virtual, debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario. Para lograr tal objetivo, se advirtió que en el marco de la política nacional, los Estados Miembro deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas (art. 17). En el ámbito de las deliberaciones que dieron lugar al dictado de la Recomendación N° 198 se tuvieron en cuenta las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación, situación que en forma clara se configura en el supuesto de las cooperativas de trabajo en la situación de intermediación, objeto del presente trabajo. Se consideró que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho. Se reconoció que la existencia de dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general, sobre todo en casos como el que nos ocupa donde existe una legislación (ley 20.337) en la que los accionados encuentran el respaldo legal para

Cuando el funcionamiento de la cooperativa es irregular porque el trabajador asociado no tiene posibilidad de participar en la gestión de la cooperativa porque no se le permite participar en las asambleas —se verifica en el punto que es común que las asambleas se realicen en lugares distantes o en horarios donde se torna imposible la asistencia del trabajador— o la participación está condicionada a la votación en un determinado sentido como condición para seguir trabajando en ella; porque no hay una correcta distribución de las rentas a través del sistema de retornos —en muchos casos se comprueba que el valor que se abona en concepto de retorno es el valor horario pactado con la empresa comitente el que usualmente es inferior al establecido para los trabajadores de la actividad y no responde a la rentabilidad de la cooperativa—; porque no se les permite elegir a sus autoridades ni participar en esos cargos, ni media una renovación periódica de autoridades, instaurándose un sistema de control o dirección de

eludir la responsabilidad que se les atribuye. Frente a ello, entre otras medidas, se recomendó la adopción en la legislación o en las prácticas nacionales de medidas tendentes a: "(…) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho(…)" (art. 4.b); En ese mismo orden de ideas, se aconsejó la inclusión de algunas pautas o indicios que permitieran determinar con cierto grado de certeza objetiva la existencia de una relación de trabajo cuando se presentaran supuestos de incertidumbre, estableciendo esas pautas o indicios con carácter prioritario en la interpretación y aplicación en la solución del caso de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores. Entre las pautas o indicios se afirmó que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza (art. 9.a). A modo de síntesis, se destaca en la Recomendación que se debe consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios como los siguientes: a) el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador, entre otros.

la cooperativa por parte de personas que actúan en la práctica como los verdaderos dueños de la misma, etc.

Cuando el servicio de la cooperativa se presta para una tercera empresa en forma monopólica, de manera tal que la usuaria se transforma en la empresa controlante que interfiere en la organización y funcionamiento de la cooperativa de trabajo respondiendo a sus necesidades de producción, sin respetar principios cooperativos.

En estos casos, la organización y la dirección de los medios materiales, inmateriales y personales, donde se incluyen las tareas de los asociados se encuentra a cargo de la usuaria y no de la cooperativa. La provisión de los materiales, herramientas, elementos y ropa de trabajo, elementos de seguridad y equipamiento, etc. son provistos al asociado por la comitente, y los regímenes disciplinarios cumplidos por los asociados son impartidos por los responsables de la firma o empresa contratante.

Cuando la cooperativa de servicio no tiene estructura propia o no actúa dentro de la misma, la prestación del servicio cooperativo se brinda en la infraestructura del tercero comitente[8].

Cuando la infraestructura donde cumple su prestación el trabajador no resulta apta para el logro de los fines económicos establecidos en el estatuto cooperativo.

Cuando la cooperativa posee un elevado número de supuestos "socios cooperativos" trabajando en la empresa usuaria que, en relación a los trabajadores efectivos de la misma, resulta desproporcionada.

Cuando se utiliza la modalidad de contratación de personal mediante la intermediación de una cooperativa de trabajo, como una especie de banco de prueba que permita efectivizar a los más capaces e idóneos. Para ello,

(8) Es que la cooperativa de trabajo es incompatible con la inexistencia de medios reales de producción. La razón de ser de las cooperativas de trabajo es, precisamente, eludir la intermediación del capitalista en el proceso creador de valores de uso, permitiendo por parte de los asociados la percepción del valor íntegro del producto del trabajo. Si una cooperativa de trabajo carece de medios de producción carece del fin para el que fue constituida. Conf. Arias Gubert, Enrique, *El Negocio Jurídico Laboral*, Ed. Lexis Nexis, p. 205

es importante determinar si hay trabajadores de la empresa usuaria que con anterioridad trabajaron para ella por intermedio de la cooperativa.

Cuando en la cooperativa se registren numerosos ingresos de socios en forma contemporánea a la firma del contrato con la usuaria o viceversa, cuando aparecen renuncias de socios una vez que se agota o rescinde un contrato.

Cuando los socios cooperativistas no tienen conocimiento de su condición de tales y de sus derechos y obligaciones.

Cuando los asociados hayan revestido la calidad de empleados de la firma o empresa contratante de los servicios que presta la cooperativa, etc.

Cuando los beneficios o rentabilidad obtenida con la fuerza de trabajo de los asociados cooperativos son ajenos a la cooperativa y propios de la usuaria.

Cuando la interposición puede ser subsumida en la disposición contenida en el art. 102 de la LCT.

Cuando en el CCT aplicable en la actividad se haya previsto una cláusula antifraude que regule supuestos de intermediación en el mercado laboral[9].

Cuando el principio protectorio establecido en el art. 14 bis de la CN no encuentra recepción operativa práctica en la relación asociativa.

(9) A modo de ejemplo se puede citar el art. 36 del CCT N° 320/99 que comprende a los trabajadores de empaque de frutas frescas y hortalizas de la región de Cuyo. Dicha norma establece: "(…) Trabajos de empaque por cuenta de terceros. Para los casos que se ocupen contratistas o subcontratistas que formen cuadrillas para trabajos de manipuleo y/o empaque de frutas de cualquier tipo y este trabajo se realice en galpones de empaque establecidos en zonas urbanas, fincas o chacras, los empacadores deberán hacer cumplir las normas establecidas en el presente Convenio Colectivo de Trabajo, a los contratistas o subcontratistas a los cuales se contrata. En caso de que los contratistas o subcontratistas no se hagan responsables en lo referido a sueldos y jornales, cargas sociales, accidentes de trabajo, etc., recaerán en quien convenga el trato con los mismos y será solidariamente responsable. Los empresarios firmantes del presente Convenio Colectivo de Trabajo, en representación de las Cámaras y/o empresas que representan, se comprometen a respetar en un todo las normas convencionales aquí acordadas, evitando la competencia desleal a través de la contratación de empresas que utilicen la fuerza de sus asociados para trabajos de terceros, enmarcando esta actitud con propósito de "fraude laboral" (….)"

En todos los casos se exige que sea el trabajador quien invoque la existencia del fraude laboral en los términos del art. 14 de la LCT y acredite sus extremos a los fines de obtener una resolución favorable[10].

Pero esta carga procesal no es de fácil aplicación por el grado de complejidad que detenta el sistema, ya que la actuación de las cooperativas "no genuinas" que se desenvuelven al margen de la ley, normalmente se encuentra disimulada con el aparente cumplimiento formal de las exigencias impuestas por la propia ley 20.337 y las resoluciones del organismo administrativo responsable de su control (INAES a nivel nacional); porque la carencia de un cuerpo de inspectores tanto a nivel de cooperativas como de los organismos adminitrativos laborales provinciales dificulta la tarea de control; porque los lacónicos informes elevados por los organismos administrativos a cargo del ejercicio del poder de policía como los periciales que se rinden en las causas, no elevan con grado de certeza, los antecedentes que permitan al juez comprobar la existencia de una cooperativa irregular.

Por ello, siguen emitiéndose fallos que resultan adversos a los reclamos de los trabajadores basados en el simple hecho de haberse comprobado que la cooperativa contaba con autorización para funcionar, que el trabajador se encontraba afiliado a la cooperativa, que recibía mensualmente un importe de dinero en concepto de retorno y que participaba en las asambleas porque se le notificaba su convocatoria, sin indagarse más sobre el grado de autenticidad y el carácter genuino de esos extremos.

(10) Enrique Arias Gubert destaca que esta situación se aparta de la buena doctrina judicial que en materia civil y comercial carga el *onus probandi* sobre los partícipes del negocio simulado. Así, por ejemplo, se ha dicho que "(…) en la acción de simulación hay un desplazamiento de la carga de la prueba desde el actor hacia el demandado por el que debe redistribuirse el *onus probandi*, incumbiendo a éste el deber moral de aportar los elementos tendientes a demostrar su inocencia y los hechos por él invocados, tratando de convencer de la honestidad y seriedad del actor y colaborando con la justicia en el esclarecimiento de la verdad…" (CNCiv, Sala D, 05/12/1997 "G. de P.E. M. R. v G.A. y otros" LL 1998-f-439) y que "(…)en las acciones de simulación, el demandado debe adoptar una conducta que le es jurídicamente exigible, cual es prestar colaboración en el esclarecimiento de la verdad" (CNCom. Sala A, 10/06/1998 "Bocalandro, Norberto H y otra v. Villa Muhueta S.A. y otros" LL 1998-F-183) - *El Negocio Jurídico Laboral*, Lexis Nexis, pp. 204 y 206-

4 | El aporte de la OIT en la solución del tema

El Organismo Internacional consideró que la presión generada por el proceso de mundialización precisaba de una respuesta a través de la creación o fortalecimiento de instituciones que, como las cooperativas de trabajo, generaran formas más enérgicas de solidaridad humana para facilitar una distribución más equitativa de los beneficios de la globalización.

Este escenario mundial había que analizarlo a la luz del principio contenido en la Declaración de Filadelfia, según el cual "el trabajo no es una mercancía" y darle solución, a través del trabajo decente para los trabajadores, dondequiera que se encuentren, cuya consecución constituye el objetivo primordial de la Organización Internacional del Trabajo.

Para el logro de estos objetivos considero de aplicación, en el ámbito de las cooperativas de trabajo, los principios y normativa contenida en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo N° 86 de 1998; así como también los derechos y principios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, en particular, el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930; el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949; el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951; el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952; el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957; el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; el Convenio sobre la política de empleo, 1964; el Convenio sobre la edad mínima, 1973; el Convenio y la Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975; el Convenio y la Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975; la Recomendación sobre la política de empleo (disposiciones complementarias), 1984; la Recomendación sobre la creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998 y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999.

Por aplicación de los mismos, se estableció que las organizaciones de empleadores debían considerar la posibilidad de admitir como miembros a

las cooperativas que desearan unirse a ellas y ofrecerles servicios de apoyo apropiados en las mismas condiciones y cláusulas aplicables a sus demás miembros. Y en el mismo sentido, debía alentarse a las organizaciones de trabajadores —sindicatos—, entre otras cosas, a orientar y prestar asistencia a los trabajadores de las cooperativas para que se afilien a ellas.

Sobre la base de ese marco conceptual y legal dictó la Recomendación Nº 193 del año 2002 (03/06/02) que modifica la Recomendación Nº 127/66.

Esta Recomendación redefinió las cooperativas de trabajo para adaptarlas a las necesidades actuales considerándolas como empresas de autogestión, consistentes en "una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común a través de una empresa de propiedad conjunta, y de gestión democrática".

La legalidad de las mismas se basa fundamentalmente en el respeto y cumplimiento de los principios cooperativos elaborados por el movimiento cooperativo internacional que son los siguientes: adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre cooperativas, e interés por la comunidad.

Sobre estos principios de actuación, y a los fines de su estricto cumplimiento, recomendó que las políticas nacionales debían especialmente: a) promover la aplicación de las normas fundamentales del trabajo de la OIT y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a todos los trabajadores de las cooperativas sin distinción alguna y b) velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas y luchar contra las pseudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas (punto 8.1).

Es importante destacar que esta Recomendación Nº 193 de la OIT sobre la promoción de las cooperativas de trabajo, 2002, ha originado en nuestro país el proceso de sumisión regulado por el art. 19, párr. 6, b) de la Constitución de la OIT, conforme el cual cada uno de los Estados Miembro

se obliga a someter la Recomendación aprobada en la Conferencia en el término de un año a partir de la clausura de la reunión a las autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas.

En tal sentido, el Poder Ejecutivo nacional mediante el Mensaje N° 409 del 23 de Abril de 2007 elevado al Congreso Nacional, remitió la Recomendación N° 193 con el fin de llevarlos a su conocimiento y tratamiento. En esa oportunidad acompañó un informe favorable a la adopción e incorporación de la citada Recomendación a la legislación nacional.

De esta manera, la nueva orientación dada por el Organismo Internacional implica un giro de importancia en el debate doctrinario y jurisprudencial respecto de la aplicación de la ley 20.337 o la LCT a la relación de los trabajadores asociados a las cooperativas de trabajo, sobre todo en el caso de aquellas que en nuestro país gozan de autorización para funcionar como empresas proveedoras de mano de obra a favor de terceros.

Ello es así porque a los fines de la aplicación de la ley 20.337 no bastará a los jueces comprobar la "regularidad" en la constitución y funcionamiento de las cooperativas de trabajo sino también el estricto cumplimiento del derecho del trabajo en su totalidad. Es decir, no sólo en cuanto a la adopción de los principios, derecho e institutos específicos regulados en la LCT sino también en todas las materias que forman el ámbito propio del derecho laboral, como la legislación sobre riesgos del trabajo, derecho colectivo —en cuanto derecho a la sindicación y a convenir colectivamente—, incluido el derecho administrativo y procesal del trabajo.

Ya no se trata de mantener la discusión en el nivel de la equiparación o no de la ley 20.337 con la LCT , sino el respeto de la primera por todo el marco normativo o legal del derecho del trabajo.

De forma tal que, los jueces en la resolución de las controversias donde se debata la exclusión de la LCT por aplicación de la ley 20.337, deberán realizar un previo examen del ajuste de la actividad de la cooperativa de trabajo a la totalidad del derecho laboral, es decir, que la legislación del trabajo se aplique en su totalidad en razón de la ya referida sujeción del derecho cooperativo al derecho laboral.

En estos términos concluimos que la aplicación de la ley 20.337 sólo procederá en aquellos casos en que dé mejor respuesta a la protección del trabajador que el derecho laboral.

5 | La doctrina de la Suprema Corte de Mendoza

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha sentado su doctrina en el tema. En ella se verifica la recepción de los lineamientos dados por la OIT en la materia.

En forma reiterada ha establecido la responsabilidad solidaria de las cooperativas de trabajo con fundamento en el art. 29 de la LCT.

Así en la causa N° 90.377, caratulada: "Acosta en J. c/ Ser Legal SRT", de fecha 18/06/2008 afirmó que "….el tema de las cooperativas de trabajo, ya fue abordado y resuelto por esta Corte en varias oportunidades, así *in re* "Cooperativa de Trabajo Paramedical" se dijo : "… las Cooperativas no están autorizadas a funcionar como colocadoras de asociados en terceras personas, conforme lo dispuesto por el art. 1° del decreto 2015/94 y la Res. 1510/94 del INAC. ¿Por qué no pueden hacerlo?, porque es una forma sencilla de alterar toda la estructura de la ley laboral y privar de la respectiva tutela al personal, so pretexto de la existencia de actos cooperativos entre el trabajador y la empresa, en la que efectivamente se prestan las tareas.

Vale decir que, cuando una cooperativa de trabajo presta servicios en terceras empresas y no en sus propias estructuras, se comporta como una empresa más que brinda trabajadores a terceros integrando el ritmo de producción ajeno. De ahí que, objetivamente, se manifiesta una situación de fraude, ocultando la relación laboral a través del disfraz cooperativo o, en términos normativos, aparentando normas contractuales no laborales (art. 14 L.C.T.).

Consiguientemente, comprobada la existencia de interposición fraudulenta instrumentada a través de colocación de asociados de una cooperativa de trabajo en otras organizaciones empresarias, se torna aplicable lo

normado por el art. 29 de la L.C.T., por lo que no sólo el trabajador será considerado empleado directo de quien utilice su prestación, sino que también será procedente la responsabilidad solidaria de los que han intervenido en la interposición fraudulenta…".

En la causa "Urzua Medina, Mario Raúl en J. 31.893 "Urzua Medina, Mario R. c/ Supercanal S.A. p/ Despido" s/Inc.-Cas " (Expte. N° 91.959 de fecha 23/10/1980, LS 393-213) afirmó que "…Toda decisión que se adopte para que tenga sentido y resulte de utilidad debe necesariamente implementarse dentro de la realidad y esto no puede ser desconocido por la justicia en la búsqueda de la mejor implementación de los instrumentos tendientes a valorizar los medios jurídicos propios del Derecho del Trabajo.

En el sentido indicado no se pueden desconocer los fenómenos de transformación de las estructuras económicas y especialmente en la materia organizativa empresarial no pueden ser desconocidas ni mucho menos menospreciadas o descalificadas con una suerte de condena ideológica o simplemente preconceptual. Se trata de un acontecimiento generado por raíces de orden financiero manifestado por la implementación de sistemas que alteran la relación entre el capital y el trabajo. Esta externalización operativa es manifiesta y la tercerización de las tareas es una realidad cada vez más vigente y compleja.

Frente a ello el operador jurídico debe aplicar la normativa que la regula de manera tal que se evite que esa externalización o intermediación del trabajo en el mercado laboral vaya acompañada de precariedad para los trabajadores, convirtiendo el uso de la misma en el medio idóneo para diluir las responsabilidades laborales en perjuicio del trabajador, desvirtuando y tornando inoperante el principio protector establecido en el ya citado art. 14 bis de la C.N(…)".

Con fundamento en la recepción de los principios rectores establecidos por la OIT, los que considera que informan el art. 14 bis de la CN, revoca la sentencia dictada por la Cámara Laboral que había rechazado la demanda interpuesta por el trabajador-socio de la cooperativa de trabajo que prestaba sus servicios en el establecimiento perteneciente a un tercero al que la cooperativa le proveía la mano de obra.

La Cámara fundó su decisión afirmando que "(...)La circunstancia de prestar servicios en el establecimiento de la demandada, así como recibir órdenes de la misma, no obsta a tal conclusión pues el objeto de la cooperativa es precisamente el aporte laboral individual o colectivo de los asociados, es decir que suministra mano de obra a terceros. Y, por tanto, es quien recibe el servicio el que dispone de la facultad de organización y de dirección de la empresa (...)" "Por lo que concluyo que entre las partes no existió vinculación laboral en los términos de la LCT (…)".

Sostuvo la Suprema Corte que el Tribunal de origen debió haber analizado la situación de fraude denunciada por el trabajador a la luz del estricto cumplimiento de la Resolución N° 183/92 del INAC; N° 4328/97 de la DGI; art. 4 de la ley 25.250, derogado por el art. 40 de la ley 25.877; arts. 10 y 11 de la ley 13.591; art. 6, 7 sgtes y cc. de la ley 24.648, entre otros. Ello porque de las constancias de la causa, especialmente del informe contable producido y las testimoniales rendidas y transcriptas en la sentencia, surgía que la legislación del trabajo no fue cumplida por la cooperativa (abonaba remuneraciones inferiores a las del convenio colectivo de la actividad, no se acreditó el pago de los aportes previsionales, el seguro de vida colectivo reconocía límites exiguos, etc.) en violación de las resoluciones N° 183/92 del INAC y N° 4328/97 de la DGI.

También destacó que, en la práctica, la cooperativa operaba como una verdadera proveedora de mano de obra o agencia de colocación, violando las leyes 13.591 y 24.648 que regulan la actividad y responden a convenios internacionales ratificados por nuestro país, cuyo incumplimiento acarrea sanciones de esa naturaleza (Convenio N° 34 y 96 de la OIT, respectivamente).

Concluyó el revisor afirmando que la correcta aplicación de la normativa citada habría permitido al Tribunal de mérito subsumir los hechos debatidos en las disposiciones de la LCT, especialmente las contenidas en los arts. 14 y 29 y hacer operativo el principio protectorio receptado en el citado art. 14 bis de la C.N.

Por último, en el mes de diciembre de 2008 dictó el fallo "Cabello en J° Sindicato de Industrias Químicas y Petroquímicas de Mza. c/ Keghart SA p/ Amp. Sindica" (Expte. N° 92331 de fecha 10/12/2008, LS 395-172).

En la causa se debatió el derecho de un asociado de la Cooperativa de Trabajo Huentala, que prestaba servicios en la empresa Keghart S.A. que se había postulado para el cargo de delegado de personal por el Sindicado del Personal de Industrias Químicas y Petroquímicas de Mendoza, al que se había afiliado.

La empresa comitente desconoció la relación laboral con el Sr. Cabello, alegó su carácter de socio de la Cooperativa de Trabajo e impidió la realización del acto eleccionario, el que efectivamente se concretó y dio por resultado la efectiva elección del socio cooperativo como delegado por el sindicato en el establecimiento de la empresa principal.

El socio cooperativo no sólo fue separado del plantel del personal que prestaba servicios en la empresa Keghart S.A. sino que fue expulsado de la Cooperativa de Trabajo a la que se encontraba asociado.

Tanto el sindicato como el Sr. Cabello interpusieron la acción de amparo sindical que fue rechazada en su totalidad por la Cámara del Trabajo interviniente basándose en dos argumentos: 1- la inexistencia de la relación laboral del actor invocada en base a la denuncia de intermediación fraudulenta de la cooperativa de trabajo, quien actuaba como proveedora de mano de obra de sus asociados; y 2- la inexistencia de la tutela sindical invocada por el actor en los términos del art. 48 de la ley 23.551, por no haberse dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en los art. 49, inc. a) de esa ley y art. 25 de su Decreto Reglamentario N° 467/88.

En la instancia extraordinaria no se hizo lugar al recurso por defectos formales que impidieron su recepción, no obstante lo cual la Corte dejó establecido que la incorrecta valoración de las constancias de la causa había llevado al Tribunal de mérito resolver los hechos debatidos aplicando las disposiciones de la LCT, especialmente las contenidas en los arts. 14 y 29 y no había hecho efectivo el principio protectorio receptado en el art. 14 bis de la C.N. En el punto consideró probado que la Cooperativa operaba como una verdadera proveedora de mano de obra o agencia de colocación en violación de las leyes 13.591 y 24.648; que la cooperativa demandada no prestaba los servicios en su propia estructura sino que los brindaba en la infraestructura de la empresa codemandada-comitente; que la "totalidad" del personal necesario para desarrollar el proceso productivo de ésta última,

era suministrado por la cooperativa, por lo que la externalización operativa resultaba absoluta y manifiesta. Afirmó que la tercerización en los términos verificados en el *sub litem* llevaban necesariamente a la precarización del trabajo prestado en el establecimiento por los seudo socios cooperativos.

Y agregó un nuevo elemento de valor a la hora de analizar el principio de libertad sindical aplicado en el ámbito de las cooperativas de trabajo. Así destacó que en el caso se verificaba " (…) la violación del principio constitucional de libertad sindical (art. 14 bis) alegado por los actores, en los términos establecidos en la Recomendación 193/02 de la OIT.

Esta Recomendación incluye a las Cooperativas en el C. N° 87 de la OIT, el que en su art. 2 formula el siguiente principio: "(…) los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción (…) tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el afiliarse a estas organizaciones (…)". Al adoptar la expresión "sin ninguna distinción" por estimarla más adecuada que una enumeración de las excepciones prohibidas para expresar el alcance universal del principio de la libertad sindical, la Conferencia Internacional del Trabajo, subrayó que el derecho sindical debe estar garantizado sin distinción o sin discriminación de ninguna clase.

Al utilizar los términos "empleadores" y "trabajadores", el C. n° 87 pone de manifiesto que garantiza el derecho de asociación profesional, tema que compete directa e incontestablemente a la esfera de la OIT, y no al derecho de asociación en general, que es de competencia de otros organismos internacionales. Por consiguiente, salvo si se indica lo contrario, todos los términos utilizados en el presente estudio, que a menudo inspiran los que se utilizan en el legislaciones nacionales, se refiere al derecho de sindicación o de asociación profesional ejercido para promover y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores." (Conf. "Libertad Sindical y Negociación Colectiva" OIT 81° Reunión 1994. Estudio general de las memorias sobre el Convenio 87 y 98, pp. 23 24, puntos 45 y 46)

En el mismo sentido, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT recordó que "(…) la noción de trabajador incluye no sólo al trabajador dependiente sino también al independiente o autónomo y consideró que los trabajadores asociados en cooperativas debían poder constituir las organizaciones sindicales que estimen conveniente y afiliarse a

las mismas (…)". (335° informe, caso N° 2237, párr. 72; 336° informe, caso N° 2239, párr. 353, 337° informe, caso N° 2362, párr. 757 y 338° informe, caso N° 2239, párr. 144) (…)".

El análisis de los fallos relatados permite concluir que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza da pautas y genera nuevos espacios de estudio que permiten analizar las contiendas y dar solución a las mismas sobre la base de la subsunción de los hechos controvertidos en la hermeútica general del derecho del trabajo.

6 | Conclusión

Las cooperativas de trabajo han sido y siguen siendo un medio eficaz para proteger a los trabajadores. Su importancia será cada vez mayor especialmente en los contextos económicos de crisis en los cuales la ayuda mutua y la solidaridad activa podrán aportar a una mejor calidad de vida, sobre todo en los segmentos más vulnerables de la comunidad, además de permitir una supervivencia económica más equitativa. Enfoque que es coincidente en el plano internacional y en el del derecho comparado en particular.

Cuenta además con el reconocimiento de las Naciones Unidas y de la Iglesia Católica, quien ha señalado el deber de los Estados en cuanto a su protección y fomento, en igualdad de condiciones y ventajas que las grandes empresas[11].

Su utilización sanea el mercado laboral, moralizándolo, mediante la ausencia de intermediarios y de fines de lucro; la generación de puestos de trabajo; el salvataje de empresas privadas en cuasibancarrota[12]; animan y

(11) Juan xxiii, Pío XII, Juan Paulo II en la Conformación de Cooperativas -Cs. As.-.

(12) En este sentido es importante destacar la modificación introducida por la ley 26.684 a la ley de quiebras y concursos donde se determina la participación activa de los trabajadores con el objeto de favorecer la continuidad de la explotación de la empresa en situación de crisis por los dependientes de la misma que se organicen en una cooperativa de trabajo. Se incorpora así a las cooperativas de trabajo en el proceso de *cramdown* otorgándole beneficios cuando es adjudicataria, dándole preferencia en la continuidad de la explotación haciendo valer los créditos privilegiados mediante la compensación de los mismos. Los trabajadores organizados en una cooperativa de trabajo tiene tanto la posibilidad de la venta directa de

reaniman economías locales y regionales; crean riqueza; pueden elevar el nivel cultural de sus miembros; distribuyen y redistribuyen entre los socios los buenos precios logrados por la cooperativa, obteniendo así cada asociado una retribución a su trabajo, aporte cooperativo, más elevada que en el mercado común del empleo.

Además, la identidad del cooperativismo sintoniza con valores fuertemente arraigados en la sociedad actual, como la democracia, la igualdad, la equidad, la solidaridad, etc. Esto es extremadamente importante, en la medida en que la empresa no puede ser ajena a lo que la sociedad de la que forma parte siente, desea y espera.

Por lo expuesto, podemos decir que la finalidad del cooperativismo de trabajo es el de demostrar que cuando las personas creen en un proyecto y se les da la oportunidad de participar activamente en su desarrollo, son capaces de generar riqueza y crear puestos de trabajo estables y de dignificar el concepto del trabajo como uno de los derechos fundamentales del ser humano.

Frente a ello, la loable lucha contra el fraude laboral no puede hacerse en perjuicio del sistema cooperativo.

La demonización que se ha hecho de las cooperativas del trabajo desconoce la útil función que las mismas brindan, constituyéndose en su origen en un emprendimiento superador del contrato de trabajo.

Esta finalidad original es la que le da sentido al funcionamiento de las cooperativas de trabajo y que autoriza a que su regulación específica sea respetada y aplicada en la medida que implique una mejor respuesta, por ser más protectora, que la dada por el Derecho del Trabajo. (art. 14 de la C.N.).

La cooperativa de trabajo que, como mínimo, no provea un nivel igual de protección a sus trabajadores asociados al brindado por el Derecho del

los bienes como el alquiler del establecimiento para favorecer la continuidad de la fuente de trabajo.

Trabajo, carece de razón de ser por lo que no podrá invocar a su favor, para resistir los reclamos de sus trabajadores asociados, el cumplimiento de las disposiciones de la ley 20.337.

El cumplimiento de las disposiciones de esa ley y de las resoluciones dictadas por el organismo administrativo de contralor (INAES) es sólo un requisito *sine quanon* para acceder a la autorización para funcionar y mantenerla, pero no la libera de la aplicación de las normativas del derecho laboral, salvo que de sus estatutos y régimen o reglamento interno surja que las disposiciones que regulan el vínculo asociativo contenga mejoras superiores a las establecidas en el derecho laboral en general, incluido el CCT que rija la actividad en la que se desempeñan.

Esta nueva visión de la problemática propuesta produce consecuencias adicionales a nivel procesal porque no será el trabajador el que tenga la carga de demostrar el fraude invocado para hacer operativo el régimen de la LCT. Al trabajador le bastará con invocar que no se cumple con la totalidad del derecho del trabajo en los términos recomendados por la OIT para requerir la solución del conflicto por aplicación de la LCT o la norma laboral correspondiente.

Deberá ser la cooperativa quien cargue con la prueba de demostrar que, primero es una cooperativa legítima porque cuenta con autorización para funcionar y supera los controles o fiscalización realizados sobre su funcionamiento por la autoridad administrativa competente y segundo, que da cumplimiento a todas las disposiciones contenidas en el derecho del trabajo como mínimo y, en la medida de lo posible, con beneficios superiores o adicionales, para que se justifique la existencia de una figura diferenciada y autónoma como es la cooperativa de trabajo. Sólo en este caso los jueces estarán habilitados a resolver el conflicto por aplicación de la ley 20.337.

En definitiva, el original conflicto entre la ley 20.337 y la LCT ha cambiado de ámbito o escenario, ahora debemos hablar de la articulación de la ley de cooperativas y el derecho laboral donde éste cumplirá la función de derecho "controlante" o "dominante" al que deberá supeditarse la ley de cooperativas en la regulación de las vinculaciones mantenidas con sus trabajadores asociados.

Bibliografía

Ackerman, Mario y Tosca, Diego, *Tratado de Derecho del Trabajo*, tomo II, p. 103.

Arias Gubert, Enrique, *El Negocio Jurídico Laboral*, Ed. Lexis Nexis, p. 197 y ss.

Aronna, Carlos y Loustaunau, Eduardo, "Las Cooperativas de trabajo y el fraude en la contratación laboral", *Revista de Derecho Laboral,* 2005-2, Rubinzal Culzoni, p. 397 y ss.

Candal, Pablo y Pereira, Graciela, "Cooperativas de Trabajo: opción legal legítima o instrumento del fraude", D.T. 2000-B-2316

Capon Filas, Rodolfo E., "Aproximación Sistémica a las Cooperativas de Trabajo", *Derecho del Trabajo,* 2003-A-1.

Corres, Gerardo y Bufacchi, Marcelo A., "La importancia del proceso de sumisión de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a las autoridades de los Estados miembros", *Revista de Derecho Laboral* 2008-2, "Actualidad", Rubinzal - Culzoni.

Farres, Pablo D., *Cooperativas de trabajo*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

Livellara, Carlos y Livellara, Silvina, "Las cooperativas de trabajo y la legislación laboral. Ambitos diversos y supuestos de fraude laboral". Revista del Foro n° 37, p. 163.

López Centeno y Fernández Madrid *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada*, 2° ed., 1978, tomo 1, p. 214 y ss.

Pasadore, Ricardo y Temis, Dora E., "Las Cooperativas de trabajo y el fraude laboral". Revista Doctrina Laboral, Errepar, N° 186, febrero 2001, p. 154/178.

Rodríguez Mancini, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo*, tomo II, p. 139 y ss.

Salas, Ana M., "El Derecho Laboral en las Cooperativas de Trabajo", *La Revista del Foro*, tomo 93, p. 37.

Vázquez Vialard, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, tomo 2, p. 344 y ss.

Vázquez Vialard, Antonio, y Ojeda, Raúl H., *Ley de Contrato de Trabajo*, tomo 1, p. 326.

La metamorfosis de la responsabilidad(1)

A propósito del plenario "Ramírez"
(Comentarios a los artículo 30, Ley de Contrato de Trabajo y artículo 705, Código Civil)

por **GABRIEL TOSTO**(2)

Resumen

El estudio procura reseñar la enigmática conversión experimentada por la empresa usuaria merced a la mutación de su encuadre legal. Calificada como co-empleadora, por un efecto mágico del lenguaje, fue mudada a la condición de tercero co-responsable. El plenario de referencia ha reverdecido el debate alrededor de las discrepancias en la opinión jurídica con respecto a los términos en que resulta responsable.

La regulación del contrato de trabajo admite diversas disposiciones que establecen la responsabilidad solidaria pasiva. Disímiles sujetos responden ante la eventual acción que puede iniciar un trabajador por sus acreencias laborales y de la seguridad social. La inserción en el régimen laboral de este dispositivo del derecho civil ha generado desde siempre polémicas

(1) El texto fue originalmente escrito en co-autoría con el Dr. Pablo M. Grassis y publicado en *Seminario Jurídico:* Número Laboral y Previsional – X, 01/08/2006, cuadernillo 1, tomo 2006, p. 289. La presentación actual, menos extensa, corrige varias erratas de su original, pone al día cuestiones de legislación, jurisprudencia y doctrina y afina algunos argumentos y conclusiones.

(2) Abogado. Especialista en Derecho Procesal y Magíster en Derecho y Argumentación. Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Vocal de la Cámara del Trabajo de Córdoba. Miembro del Equipo Federal del Trabajo, de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, del Grupo de Expertos Bologna – Turín – Castilla La Mancha y de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo.

que se proyectan sobre diversos efectos en ámbitos también variados. El problema se plantea en la conjunción de las particularidades de las obligaciones solidarias, definidas en el Código Civil, con los principios del derecho del trabajo, la autonomía relativa del sistema jurídico laboral y, fundamentalmente, con el modo en que éste ha venido a darle consagración en las normas.

En ese contexto, se observan una serie de cuestiones procesales de difícil encauzamiento, en especial probatorias, y que derivan en que los trabajadores vean incierta la posibilidad de hacer efectivos sus créditos por un cierta paradoja ius-laboralista que consiste en que el particularismo del derecho laboral le impediría al trabajador el uso de normas jurídicas de linaje civil que le posibilitan una mejor protección. Tales son los problemas que se pretenden aquí esclarecer.

I | Introducción

Límites y objetivos del estudio

El asunto puede ser abordado desde una doble perspectiva. Una, la que posibilita la teoría familiarizada con la sistémica de Rodolfo Capón Filas para la rama específica, sin desprecio de considerar la del realismo jurídico, con un análisis crítico y revisor del devenir histórico de la normativa en cuestión (modificación de los arts. 32 y 150, ley 20.744, sustituidos por los arts. 30 y 136, ley 21.297; cambio que vino a consolidarse con el párrafo agregado a dicha norma por la ley 25.013, atada a la incorporación del art. 29 bis, y el 3º párr. del art. 29, LCT, dispuesta por la ley 24.013). Aquí procuramos soluciones que sirvan para conciliar la dicotomía imperante.

La otra, en cambio, estará guiada por una visión pragmática orientada a proponer lo que la norma prescribe, partiendo directamente de investigar cómo impacta la doctrina fijada por el plenario en cuestión que se erige como predominante dado que, *prima facie*, es compartida por variados tribunales. Todo en aras de propiciar soluciones útiles que permitan neutralizar eventuales inconvenientes procesales.

Se ha dicho, y con razón, que no obstante la convicción de que es siempre más útil investigar que teorizar acerca del modo en que se investiga, parece que no es menos cierto que trabajar con recato en torno al material jurídico que provee la dogmática desde la teoría del derecho otorga alguna mayor utilidad en los resultados obtenidos para evitar caer en desencuentros meramente verbales o acuerdos bien intencionados pero ficticios.

En esa sintonía, Ernesto Sabato, ya advertía en su primer y laureado ensayo[3] que las ciencias han llegado a un grado de desarrollo tal que un hombre está condenado a especializarse si quiere llegar hasta el frente donde se lucha con lo desconocido; pero, destaca como irrebatible, que un hombre es capaz de realizar una síntesis sólo en la medida en que sea capaz de elevarse sobre su propio territorio para determinar su situación respecto a las comarcas vecinas. Dicho con otras palabras: los laboralistas nos especializamos en derecho del trabajo pero deberíamos estudiar, además, derecho civil, derecho constitucional y teoría del derecho.

Constituye materia de consenso que, para proponer un cierto significado de la ley, es conveniente, a veces, atender a la intención del legislador[4]. Ese propósito no se expresa tanto en los fundamentos explícitos de la norma, sino quizá en el deseo que se infiere del conjunto normativo en un momento histórico. Sin embargo, el alcance de la ley es limitado; al legislador no le es posible prever las infinitas variaciones que puedan producirse en las circunstancias de cada caso particular, por lo que el intérprete debe llevar su reconstrucción hasta proponer la solución aceptable de acuerdo con la ley para cada caso individual. Es que las propiedades relevantes en las normas generales estructuralmente "sobre-incluyen" (abarcan más de lo pretendido) o "sub-incluyen" (dejan afuera casos) por la propia característica de las palabras generales. Claro que no se muestra igual acuerdo en cuanto a de qué modo y qué resultado se obtiene de la actividad interpretativa precedentemente descripta.

(3) *Uno y el universo*, 1979, Seix Barral, p. 99.

(4) Raz, Joseph, *La intención en la interpretación*, en Doxa 20, 1997, pp. 199/233.

2 | Desarrollo

2.1. | El sistema normativo jurídico de referencia

El art. 699, Cód. Civ., establece: "La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores". A su vez, el art. 705, CC dispone: "El acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos. Pueden exigir la parte que a un solo deudor corresponda. Si reclamasen el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamarlo contra los demás. Si hubiesen reclamado sólo la parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división, respecto de un deudor, podrán reclamar el todo contra los demás con deducción de la parte del deudor libertado de la solidaridad" (5).

Ahora veamos los supuestos legales de corresponsabilidad regulados en las diversas normas de la LCT, es decir, aquellos casos en los que la ley coloca frente al trabajador a más de un sujeto en contra de quien dirigir su reclamo. Así, el art. 29, 1° y 2° párrs., LCT, habla de "interposición del no dependiente" o "intermediación fraudulenta", concordante con el art. 14 ib.; diferente a la hipótesis prevista en el 3° párr. agregado a la misma norma en concomitancia al art. 29 bis (incorporados por el art. 76, ley 24.013), en la que se prevé la consecuencia inversa al ser el intermediario una "empresa de servicios eventuales habilitada", condicionado ello a que los servicios requeridos por la usuaria sean genuinamente eventuales y no se utilice la figura de modo abusivo o desviado, si no el caso quedaría subsumido en la norma anterior. En un supuesto, todos los deudores están equiparados por ser reputados co-empleadores, en cambio, en el otro supuesto, tal equiparación surge forzosa al considerarlos empleador

(5) Este *ius electionis* que tienen tanto el acreedor —elegir a quien reclamar— como el deudor —elegir a quien pagar— es la nota típica (pero no exclusiva) de las obligaciones solidarias, como lo enseña desde antiguo la doctrina (POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, T. I, p. 212, Segunda Parte; REZZONICO, LUIS M., *Estudio de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil*, Vol. I, Cap. VII, p. 626; LLAMBÍAS, JORGE J., *Código Civil Anotado*, T. II-A, p. 507).

—responsable directo— y usuaria —responsable reflejo— la misma norma que los solidariza. Lo propio acontece con la actual redacción del art. 30, LCT (luego de la modificación de la ley 21.297, y que en ese aspecto no cambia por su última reforma a través de ley 25.013), al reglamentar dos casos: a) La situación del personal frente a la "cesión del establecimiento o explotación", habilitado a nombre del cedente, sea total o parcial; y b) el más difundido, de los "trabajadores delegados" en la contratación o subcontratación de tareas que hacen a la actividad normal y específica propia del establecimiento; en ambos supuestos, siempre que no exista simulación o fraude, que remitiría a la situación regulada también residualmente por el art. 14 ib.

Un caso genérico diferente se halla regulado en el art. 31, LCT, el de las empresas subordinadas o relacionadas, estableciendo la figura del empleador grupal en cabeza del conjunto económico permanente, condicionado sí a la existencia de "maniobras fraudulentas o conducción temeraria". En los arts. 225 a 228 ib., se recepta un caso emparentado con el supuesto a) del art. 30, sólo que aquí el sustituto es emplazado expresamente en la misma posición jurídica del transmitente, vale decir, el sucesor amén de responsable solidario es reputado empleador a todos los efectos legales derivados de circunstancias aún pretéritas, mientras que el devenido en ex empleador continuará obligado como tal por las consecuencias emergentes del acto de transferencia (art. 227, ib).

Por último, en consonancia con lo antedicho, el art. 229, LCT establece idéntica responsabilidad solidaria en caso de cesión del contrato individual de trabajo —sin transmisión del establecimiento—, sin perjuicio de ser necesario el consentimiento del personal cedido, por las deudas existentes a la fecha del acto o hecho jurídico.

En síntesis, excepto en las hipótesis previstas por los arts. 29 bis (ccte. 3º párr. art. 29) y 30, LCT, en los demás casos contemplados todos los codeudores resultan ser a la sazón empleadores de quien presta el servicio sin que pueda predicarse la existencia de una empresa meramente usuaria del mismo. Ergo, se verifican dos universos de casos generales disímiles a tenor de las propiedades relevantes involucradas.

Por otra parte, fuera de la LCT, existen otros supuestos dentro del Régimen del Contrato de Trabajo (RCT), entendido como un conjunto de normas

que regulan diversas relaciones laborales comprendidas por distintas disposiciones en Estatutos Particulares. A mero título de ejemplo, podemos citar: arts. 4 y 32, ley 12.713 de los trabajadores a domicilio por cuenta ajena (análogo al ex art. 32 Ley 20.744); art. 77, ley 12.908 del periodista profesional (análogo al art. 30, LCT); art. 15, ley 20.160 del jugador de fútbol profesional (análogo al art. 229, LCT) y el art. 32, ley 22.250 del empleado de la Industria de la Construcción que viene a oficiar de complemento del art. 30, LCT, que rige el caso como lo dispone expresamente *in fine*. Asimismo, la reforma laboral instrumentada por la ley 25.877 (B. O. 19/03/04), en su art. 40 suma un nuevo supuesto al receptar una jurisprudencia[6] que ya venía declarando la responsabilidad solidaria de los terceros usuarios o dadores de trabajo (pero, considerados ahora *ope legis* empleadores) por los servicios prestados por socios o dependientes de una cooperativa de trabajo cuando se verifican las condiciones de procedencia allí tabuladas.

Deliberadamente, hemos dejado para citar en último término la peculiar manera en que se hallaba regulada la responsabilidad "solidaria" (*expressis verbis*) en el régimen de trabajo agrario por externalización o tercerización de funciones[7].

Sucedía que la vieja normativa específica y que era, a su vez, excluyente de la LCT (art. 2), introducía una importante diferencia cualitativa en el modo de regular los efectos de la solidaridad. En efecto, los expositores de la univocidad del instituto de la solidaridad en nuestro derecho vigente esgrimían, como uno de sus más fuertes argumentos para conmover la tesis de la solidaridad laboral imperfecta, la ausencia de toda previsión legal que regule de un modo diferente su efecto por antonomasia. Pues bien, tal exploración omitía advertir que el art. 9, ley 22.248 expresamente exigía la condena al empleador para que suceda lo propio en contra del "deudor solidario". Algo que la vieja ley no exigía en su art. 62 cuando regulaba un supuesto que integra el otro universo de casos señalado (símil del art. 225, LCT), en el que todos los deudores son empleadores.

Esta peculiaridad constituía el eslabón perdido en orden a que implicaba incontestablemente la consagración legal de un caso de solidaridad

(6) Cfr.: "Tolaba, Lucio Normando c/ Cooperativa de Trabajo, Seguridad y Vigilancia LTDA. y otros s/ despido", por la CNAT, Sala IX, 01/03/2005.

(7) Cfr: art. 12, Ley 26.727 (B. O. 28/12/2011)

imperfecta, abonada por la tesis de la solidaridad impropia y, por ende, introducía en nuestro derecho nacional una categoría de solidaridad diferente a la civil, resucitando así la clasificación pre-Justinianea. Ello por cuanto del modo en que se regulan específicamente los efectos de esa corresponsabilidad impuesta, a la par que se la tipificaba expresamente como "solidaridad", no permitía suponer —en el legislador de esa época— la imprevisión que sugieren los aludidos cambios legislativos que mutaron el significado del art. 30 LCT. De allí que, en tal caso, no era dable hablar de un *nomen juris* inapropiado sino, en rigor, de una regresión a la clasificación del derecho romano pre-Justinianeo, dividiendo a la solidaridad en dos especies: la perfecta y la *in solidum* o imperfecta (ver voto doctores Catardo y Ferreirós en plenario).

El resultado es el siguiente: en nuestro ordenamiento jurídico vigente contamos con diversos tipos de obligaciones, que aceptan la siguiente taxonomía en lo que aquí interesa: la solidaridad perfecta, la concurrencia y la fianza solidaria, donde el acreedor tiene el derecho de elegir contra quien acciona por el todo; y también, las obligaciones *in solidum*, en las que precisamente la imperfección de esa solidaridad —siempre de fuente legal— finca en la exigencia de condena previa al principal, que sin embargo no torna subsidiaria la responsabilidad del vicario porque no llega a gozar del beneficio de excusión (y ante la condena simultánea puede ser ejecutado directamente). No obstante, tan arraigado y difuso es el modo de hablar que el deudor no empleador suele ser llamado "deudor solidario", a secas, para contrastarlo con el empleador, a quien se lo identifica como el "deudor principal".

Lo importante en definitiva es, aclarado ello, que en cualquier caso y aunque de *lege ferenda* fuera entendida la hipótesis del art. 30, LCT como un supuesto de concurrencia, en nada varía el aspecto procesal que aquí nos interesa (opción de elección del art. 705, Cód. Civ.), dado que en nada mengua la potestad del trabajador-acreedor en tal sentido, al contrario, se allanaría su ejercicio de los argumentos en contrario que parten precisamente de la existencia de un responsable principal y un vicario, pues, ello es estructural a esta otra clase de co-responsables.

Por otra parte, se revela harto difícil colegir que estamos ante un caso de solidaridad imperfecta ya que, de haber sido esa la intención del

legislador, entonces, hubiera regulado específicamente sus efectos imperfectos como se lo hizo en el otrora art. 9, ley 22.248. Más: el art. 30, LCT bien pudo ser reformado en tal sentido por la ley 24.013 o 25.013, receptando al art. 9 del viejo Régimen del Trabajador Rural; sin embargo, ello fue descartado. La reforma introducida por la ley 26.727 en su art. 12, eliminó el dispositivo y asimiló la solidaridad a la "del 30" mejorándola en su precisión en orden a que la responsabilidad establecida tendrá efecto aun cuando el trabajador demande directamente al principal sin accionar contra el contratista, subcontratista o cesionario.

El supuesto fáctico histórico del art. 30, LCT, varió de aglutinar en 1974 el débito de un empleador principal solidario con el del empleador directo, a regular a partir de 1976 el de este último con un tercero co-obligado *ministerio legis*. O sea, la responsabilidad emerge de una causa fuente diversa, en el caso del empleador siempre será el contrato de trabajo, en cambio, para el devenido en tercero anida en la ley o, si se prefiere, en el vínculo mercantil (acto o estipulación) para con aquel y mientras éste subsista. Tan es así que el viejo art. 32, ley 20.744 rezaba que la solidaridad se mantenía únicamente durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción (volveremos sobre el enunciado al analizar un fallo con disidencias del TSJ de Córdoba). Ergo, si la usuaria reduce el número de personas requeridas a la empresa de servicios eventuales habilitadas o cancela el pedido por haber concluido los servicios extraordinarios cuya atención se procuraba (art. 29 bis, LCT), de igual manera que si decide reasumir la ejecución de la faceta de su actividad normal y específica propia que había tercerizado o por cualquier causa, se pone fin a la cesión del establecimiento (art. 30, ib), siempre que el vínculo laboral con la empleadora de los trabajadores desafectados subsista, ya sea transitoriamente interrumpido (art. 29 bis) o por recolocación en otra usuaria (ambos casos), la causa fuente generadora de responsabilidad para el tercero habrá concluido junto con el ligamen comercial, cualquiera sea el acto que le de origen (como reza el art. 30), y no perdurará más allá del plazo de prescripción (arts. 256 y 257, ib), a pesar de la supervivencia del vínculo laboral que continúa responsabilizando al co-deudor empleador, la responsabilidad del "deudor no empleador" (en el caso sería el cedente o contratista principal).

Además, refuerza el argumento que antecede, relativo a la diversidad causal, que resulta manifiesta si se atiende a que la responsabilidad del

tercero solidario no opera automáticamente sino que es derivada y se halla condicionada al incumplimiento por su parte de ejercer "debidamente" el rol fiscalizador que le fue delegado y, en segundo orden, porque ello fue seguido de un incumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social por el "deudor empleador" (Cfr.: Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Laboral, 17/10/92, Foro de Córdoba, N° 13, p. 142, voto de Luis Moisset de Espanés). En efecto, nuestro TSJ tiene dicho que "(...) la empresa responde ante los empleados del contratista, no por una relación directa con él, sino por haberse dispuesto expresamente en la ley esa solidaridad (…) " (TSJ de Córdoba, Sala Laboral, 26/10/87, Foro de Córdoba, N° 5, p. 102; íd., 22/6/93, Foro de Córdoba, N° 17, p. 178). Es que en virtud del efecto relativo de los contratos, en principio, el empleado no podría demandar más que a su empleador, pero como en la empresa moderna la nota la da un patrón desdibujado, difuso o fragmentado tras una multiplicidad de relaciones contractuales, la ley recurre en su protección al débil (también lo hace con el consumidor, el usuario, etc.) a la imposición de solidaridad o concurrencia como recuerda Lorenzeti[8]. El autor aborda el análisis de la dificultad de imputar responsabilidades solidarias en la inagotable gama de supuestos individuales que es posible subsumir en el caso general del art. 30 LCT, que también admite ha mutado quedando en discordancia. Concluye que: "Lo que sucede en este caso es que el legislador, por razones de política legislativa tendientes a ampliar la protección del crédito laboral, hace responsables a quienes normalmente no lo son. No los hace responsables porque obren fraudulentamente, sino porque se teme que las empresas que subcontratan partes de sus actividades, lo hagan con insolventes (...) No se trata de empresas satélites... El control que ejerce el dador no se refiere habitualmente a la libertad de contratación ni de configuración del vínculo laboral con terceros. Consecuentemente no habría fundamento para imputar con base en el control. Es decir que como regla general no hay legitimación extraordinaria en cabeza del dador"[9].

Nos excusamos de profundizar en estas consideraciones que, si bien son de cíclico y natural surgimiento, no hacen al propósito directo del presente

(8) Lorenzeti, Ricardo L., "El fraccionamiento de la responsabilidad laboral", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal - Culzoni, 2001-1, p. 114 y ss.

(9) Íbidem p. 132/133.

trabajo. Entonces, no obstante la panorámica mayor puesta sobre relieve en los párrafos que anteceden, tal como fuera anticipado, limitaremos nuestro campo de análisis al caso regulado en el art. 30, LCT, sirviendo aquello como insoslayable marco referencial en el cual éste se inserta. Asimismo, queda evidenciado que el desconcierto reinante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia local en torno a la conveniencia de la aplicación directa del régimen de las obligaciones solidarias del derecho común o su adaptación al régimen laboral, emerge del desacople entre el texto normativo vigente y el histórico, en el que todos los deudores del art. 30, LCT eran considerados, indiscriminadamente, empleadores. No es casual que el plenario "Ramírez" se expida sobre la base de tal enunciado normativo. Es que, como venimos explicando, la dicotomía se concentra en los únicos dos casos de corresponsabilidad en los que se mancomunan los débitos del empleador con los de una empresa usuaria "no empleadora" (arts. 30, LCT, modif. y 29 bis incorporado).

2.2. | Plenario 309 de la CNAT, "Ramírez"(10)

Establece por mayoría que el art. 705, Código Civil, en cuanto dispone que el acreedor puede exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos, es aplicable a la responsabilidad del art. 30, LCT.

El Fiscal General emitió su dictamen en sentido afirmativo marcando la tendencia que a la postre se convertiría en predominante. Merecen destacarse los argumentos vertidos por Eduardo Álvarez porque sintetiza el aval en que se apoyan los expositores de la tesis de la adopción plena de la solidaridad, a la vez que compendia las razones esgrimidas por los opositores para su réplica una por una. Tan es así, que varios votos que componen la mayoría se limitan a remitirse al mismo *brevitatis causae*, mientras que otros manifiestan la adhesión a las ideas allí resumidas con ciertos matices (Capón Filas, Porta, Scotti, Rodríguez Brunengo, Balestrini, Vázquez Vialard), o bien, con salvedades importantes —especialmente,

(10) Plenario. Cuestión a resolver: ¿Es aplicable el art. 705, CC a la responsabilidad del art. 30 LCT? Afirmativo: "Es aplicable el art. 705, CC a la responsabilidad del art. 30 LCT —Ley 20.744—." (Fallo Plenario 309 Acta N° 2448- "Ramírez, María Isidora c/ Russo Comunicaciones e Insumos SA y otro s/ despido", Semanario Jurídico Laboral y Provisional N° 4, del 01/02/2006, p. 115).

en torno a la aceptación de la convivencia de un deudor principal y otro vicario—, pero, que tampoco varían la respuesta final acerca del *ius electionis* (opiniones de Guibourg, Guisado, Catardo, Morell, Ferreirós, Zas, Ruiz Díaz, Fernández Madrid, Eiras y Guthmann).

Mostrándose como tercera vertiente dentro de la mayoría, están aquellos que se basaron en el acatamiento ético de la doctrina de la CSJN, por economía procesal, opiniones de Puppo y García Margalejo. Esta última, advirtiendo incluso que la directriz se limita al art. 30, LCT y no implica abrir juicio alguno de ningún tipo sobre la solución que eventualmente corresponda adoptar en otros supuestos en que la ley establece la solidaridad; también precave que la respuesta afirmativa al interrogante no acarrea de ningún modo soslayar en los casos concretos lo que deba eventualmente resolverse acerca de la medida de la responsabilidad del deudor vicario respecto de las obligaciones del deudor directo, según sea la medida del interés o beneficio del primero en la relación que lo una con el segundo (empleador del trabajador de que se trate) y lo que corresponda conforme el lapso de duración de la obra o realización de los trabajos concretamente cumplidos.

Álvarez sostiene que la palabra "solidaria" proviene de la expresión latina *solidum*, que expresaba un concepto de totalidad y se la utilizó para describir una tipología de la obligación por la cual cada deudor "debe el todo", con prescindencia del vínculo que lo unía con los restantes deudores, relación cuyos alcances y vicisitudes resultan indiferentes, frente al reclamo del acreedor(11).

Aquí cabe un pequeño paréntesis, porque como se expondrá infra existe una digresión alrededor del término solidum, cuya influencia no es anodina ya que para otros notables juristas y para nuestro TSJ hace referencia a otro tipo de obligación, siendo controvertido, a su vez, si significa concurrencia o alude a la solidaridad imperfecta pre-Justinianea. Entonces, cabe advertir la elipsis contenida en tal aserto, siendo irrelevante si la misma fue intencional o inocente. Aunque es llamativo que también se conjuga con la cita como definitoria del *ut retro* referenciado precedente de la CSJN,

(11) Ver Planiol-Ripert, Curso de Derecho Civil, España, Ed. Calleja, 1969, T. VII, ap. 1059, y Ameal Oscar, en Código Civil Comentado y Anotado, Augusto Belluscio (dir.) y Eduardo Zannoni (coord.), Ed. Astrea, T. 3, pp. 299 y ss.

sin precisar tampoco que regula un supuesto diferente como lo es el de la intermediación fraudulenta (art. 29, LCT).

Continúa Álvarez expresando que la característica esencial de esta tipología de obligaciones reside en el derecho del acreedor a exigir a cada deudor el pago íntegro, vale decir, en la posibilidad irrestricta de demandar, como diría Jorge Joaquín Llambías, a todos, a algunos o a uno en particular, sin decir por qué[12]. Que, el art. 699, Cód. Civ. resalta esta faceta como base de la definición misma y establece que una obligación es solidaria cuando "(...) la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley... ser demandada a cualquiera de los deudores (...)". Y, el art. 705, Cód. Civ., que se menciona en el interrogante de la convocatoria, es clave de bóveda en la dinámica propia de estas obligaciones. Enseña que esta característica hizo que Josserand, sostuviera que lo trascendente y definitorio cuando se menciona la expresión "obligación solidaria" es el derecho del acreedor a elegir, con libertad, sin condicionamientos, a quién se persigue para el cobro en función de una estrategia que a nadie tiene que justificar. Donde hay solidaridad, dice Josserand hay elección libre del acreedor y esta elección se funda en que en las obligaciones solidarias "(…) no hay un deudor principal, todos son deudores principales"[13]. Enfatiza que las obligaciones solidarias son una superación histórica de la fianza, ya que se crea un vínculo en el cual todos los deudores son principales pagadores y no existe el beneficio de excusión, o sea, no hay que convocar primero a alguno de los sujetos pasivos, ni traerlo a juicio, ni procurar cobrarle antes ejecutando su patrimonio. Cita a Guillermo Borda, quien coincidiendo con esta línea argumental, cuando alude a la finalidad de las obligaciones solidarias y se refiere a la posibilidad de elegir el deudor al que se le pretende cobrar, remarca la irrelevancia del negocio que une a los sujetos pasivos entre si frente al incondicionado derecho del acreedor[14].

De otro costado, aduce que el art. 30, LCT, impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador

(12) *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Abeledo Perrot, tomo II, p. 452.

(13) *Quatre Lessons du Droit Civil*, París, Dalloz, 1967, p. 235.

(14) *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Abeledo Perrot, tomo I, p. 457.

(acreedor) en el marco de una segmentación del proceso productivo que, más allá de su legitimidad, puede traer aparejada la afectación o licuación de la solvencia. Agrega que el derecho del trabajo, para tutelar al dependiente, recurrió a una institución decantada del derecho civil (las obligaciones solidarias) que, como vimos, fue precisamente pensada para garantizar el cobro, potencializar la responsabilidad patrimonial y evitar la necesidad de tener que reclamar el pago a una persona determinada cuando se sabe que es ocioso o, simplemente, no se la quiere perseguir. Explica que nuestra disciplina no es autosuficiente y, cuando una norma laboral dice "responsabilidad solidaria", se está refiriendo a las pautas normativas del Código Civil, al igual que cuando dice "pago", o "persona jurídica de existencia ideal". Existe, entonces, como lo advirtiera Justo López, una vocación de aplicabilidad de las normas civiles, que sólo puede ceder ante dos circunstancias concretas: a) La presencia de una norma laboral expresa distinta y b) La incompatibilidad de la norma civil con principios generales del derecho del trabajo[15]. Pues bien, en la LCT no existe un régimen específico y distinto de la responsabilidad solidaria y no se advierte incompatibilidad alguna entre lo dispuesto por los arts. 669 y 705, Cód. Civ. y el principio protectorio. Muy por el contrario, el art. 30, LCT está destinado a garantizar el cobro de los créditos para lo cual crea sujetos pasivos múltiples, aun en la ausencia de fraude o ilicitud, con la finalidad de tutelar al dependiente. En consecuencia, corresponde aplicar las claras disposiciones del Cód. Civ., y no cabe privar al acreedor laboral de ese derecho esencial de elegir, que tienen todos los acreedores de obligaciones solidarias y que consiste en demandar a todos (empleador y contratista), o a uno (el contratista o el empleador). Con lo que no cabe sino colegir que se está ante un *litis consorcio* pasivo voluntario.

Las razones expuestas lo llevan a discrepar con la jurisprudencia avalada en cierta doctrina que exige la presencia del empleador para tornar efectiva la responsabilidad del codeudor solidario. Censura tal tesis tildándola de criticable desde varias perspectivas, que están implícitas en los razonamientos ya expuestos y que sintetiza como sigue: 1) Carece de todo respaldo normativo; 2) Implica la creación voluntarista de un sistema autónomo de responsabilidad solidaria que no responde a ninguna disposición del ordenamiento; 3) Prescinde de lo esencial en materia de

(15) "Incidencia del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo", LT XXX – 194.

solidaridad pasiva, que es el principio de libre elección del acreedor, que puede demandar "a todos, a algunos o a uno", al mismo tiempo o en forma sucesiva, sin tener que explicar el por qué; 4) Incurre en el error de aludir a obligados "principales" y "vicarios" o "accesorios" cuando lo que caracteriza a la solidaridad es la ausencia de un "deudor principal". Precisamente el dispositivo se creó como tipología especial para que todos los deudores fueran "principales" y 5) Impone para los trabajadores un régimen de menor beneficio, peyorativo en relación con lo dispuesto por el derecho civil, al privarlos de la posibilidad de optar y conminarlos a reclamar al empleador, al que se lo erige como deudor principal.

Para concluir en que, a su juicio, en la corriente que exige la presencia del empleador subyacen motivaciones procesales relacionadas con las circunstancias fácticas del vínculo y los alcances del contrato; facetas que deben ser resueltas en el marco del derecho adjetivo. Sugiriendo que si un demandado considera que en la *litis* debe participar otro sujeto para poder defenderse mejor tiene a su alcance el pedido de intervención de terceros pensado, precisamente, para la concurrencia de las personas que "podrían haber sido demandadas" en el marco de una responsabilidad solidaria(16) Resaltando que se trata de una "carga procesal" vinculada con la estrategia del accionado, en un "imperativo del propio interés", que no es exigible por el tribunal como diría Chiovenda(17). Alegando que desde esta perspectiva, la posición que exige la necesidad de demandar al empleador presenta otra vulnerabilidad jurídica, también soslayada, dado que se induce desde la sentencia la configuración de un tácito litisconsorcio necesario, sin advertir que esta situación impondría la integración "de oficio" de la litis como exigencia de validez del pronunciamiento, cuando ello no es posible ni menester.

Entendemos que la censura es correcta en este último aspecto. Ahora bien, es válido advertir que tales discrepancias interpretativas suelen presentarse de manera más o menos velada, poniendo en cabeza del trabajador ciertas cargas probatorias que son de estricta incumbencia del empleador, y que ante su ausencia como parte del proceso deberían

(16) Ver de su autoría "La intervención de terceros en el proceso laboral", en *Legislación del Trabajo*, N° 354.

(17) *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II, p. 61.

recaer sobre el tercero solidario merced a su rol fiscalizador y garante del pago de la contraprestación, en principio, a cargo de aquél (art. 136, LCT). Además, porque si tras ello se enroca el sujeto procesal pasible de sufrir las consecuencias perjudiciales de la orfandad probatoria, pese a versar sobre puntuales desconocimientos fácticos inexcusables a la vista de lo precedentemente señalado, se permite —y estimula— una obvia cortapisa que termina por convertirse, en los hechos, imprescindible demandar al empleador pese a que la ley se propone exactamente lo contrario con su previsión literal (solidaridad) y sistémica (concurrencia).

Por ello, resulta propicio traer a colación un pasaje del voto de Scotti, cuando blande que si se entendiera que se trata de las obligaciones denominadas "concurrentes", ello tampoco les impediría accionar por el todo contra cualquiera de los obligados a su entera elección o si, lo prefiere, contra todos ellos. Más aun, en uno de los supuestos más relevantes de obligaciones de ese tipo, donde existe pluralidad de deudores que deben afrontar una misma deuda y por el todo, frente a un solo acreedor (aunque por títulos diversos), como lo es el de los actos ilícitos en los cuales responde, obviamente, el autor del daño y, además, el principal, el dueño o guardián de la cosa con la que se produjo el mismo, etc., el art. 1122, Cód. Civ. aclara que las personas damnificadas por los dependientes y domésticos pueden perseguir directamente ante los tribunales a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho. De ello se sigue que, los supuestos (o reales) problemas que, aparentemente, se intentan conjurar (y que, al parecer, no se suscitan cuando, por ejemplo, se demanda al dueño de un vehículo con el que se produjo un accidente de tránsito pero no al conductor del mismo o cuando se acciona contra el fiador de una locación pero no contra el inquilino), no pueden ser superados con un criterio voluntarista que tropieza con el serio escollo que implica la ausencia de todo respaldo normativo. Solamente la existencia de una norma como la del art. 118, ley 17.418 que hablara de "citación en garantía" (y no de solidaridad de la aseguradora, lo cual ha permitido a la doctrina procesal calificarla como de "acción directa no autónoma"), permitiría validar una tesis que no se corresponde con la legislación actualmente vigente. Como lo hacía también el derogado art. 9, ley 22.248, agregamos.

Ricardo Guibourg, por su parte, deja traslucir cuál era el primigenio —y luego modificado— interrogante del plenario, auténtico nudo gordiano

en el que anida la genuina problemática: el desistimiento de la acción en contra del empleador fallido; y que, a posteriori del plenario, perdiera gravitación a tenor de la reforma de la ley 24.522, de Concursos y Quiebras (LCQ) dispuesta por la ley 26.086 (BO 11/04/2006), en donde el texto del art. 21, a través de su segundo inciso, concordante con el art. 132 ib., postergaba la atracción al fuero falencial a la etapa ejecutoria, una vez dictada sentencia. Amén de la opción del art. 133 ib[18].

En efecto, pregona Guibourg que el interrogante que se lleva a decisión plenaria "(…) no se refiere al caso de desistimiento del derecho contra el empleador, sino sólo de la acción". Para luego considerar, en un matiz que lo distancia de quienes se enrolan en la visión de Álvarez —aunque en definitiva arriben a un resultado afín—, que la discordia tiene su origen en la diferencia obvia existente entre los co-deudores del art. 30, LCT. Pues, quien mejor conoce la relación laboral de la que el reclamante es titular es el empleador directo, en tanto el cedente o contratista principal sólo puede ejercer una defensa limitada por su desconocimiento de los hechos y su falta de participación directa en la contratación o en el despido. Sin perjuicio de ello, dándole la derecha en ese sentido a la posición opuesta, esa circunstancia no afecta en medida alguna la extensión de la responsabilidad solidaria prevista: quien sabe que puede resultar responsable de una deuda hará bien en tomar los recaudos necesarios para que el conflicto no se produzca (mediante el control del cumplimiento de las normas por parte del empleador directo) o para facilitar su propia defensa (por medio del aseguramiento de la permanencia y de la solvencia del empleador que es su co-contratante). Además, coincide con Álvarez en que tiene a su disposición la facultad de citar como tercero al responsable directo. Enfatiza que estas reflexiones valen para todas las obligaciones solidarias, civiles, comerciales o de cualquier naturaleza. En el ámbito laboral como en los otros, si el responsable no adopta ninguno de esos recaudos, o si las circunstancias no le son propicias en cuanto a la derivación de los hechos, se trata para él de un riesgo comercial conocido de antemano que no puede descargar sobre el trabajador, víctima final de cualquier desprotección de fondo o procesal.

(18) Disposiciones que no han sido afectadas por la reforma a la ley de Concursos y Quiebras, número 26.684, modificatoria de la ley 24.522, sancionada el 1 de junio de 2011 y promulgada el 29 de junio de 2011.

Empero, más adelante agrega una disquisición no ensayada por Álvarez, al decir que el deudor solidario "vicario" —terminología inaceptable para el Fiscal General— puede citar como tercero al responsable directo, respecto del cual la controversia resulta común; pero, en cambio, el deudor directo no puede citar al responsable vicario si no lo hace el actor, ya que no puede trasladar total ni parcialmente su obligación a quien, en principio, es un tercero garante del cumplimiento de una obligación que no le incumbe directamente. Razón por la cual, se acerca más a la tesis opuesta en sus premisas excepto en su corolario: la respuesta afirmativa al plenario.

Colige que el esquema es semejante al de la fianza solidaria del derecho civil (art. 2004, Cód. Civ.): existe un obligado directo (el empleador bajo cuya dependencia nace la obligación) y otro indirecto o vicario (el contratista principal, el sucesor en la explotación, el intermediario en la contratación, la empresa vinculada, el empleador permanente en caso de cesión temporaria). Del mismo modo, el responsable solidario (vicario) de una obligación laboral no se convierte en empleador ni sustituye a éste en todas sus funciones. El dependiente puede reclamar sus créditos a cualquiera de los responsables solidarios, en forma conjunta o indistinta; pero el vínculo de cada deudor no es enteramente independiente del otro, existe entre ellos cierta relación jerárquica que, aunque no es en principio oponible al acreedor, incide sin embargo en el papel que cada deudor cumple y en diversas consecuencias jurídicas. También comulgan esta visión otros de los votantes por la mayoría. En efecto, Ruiz Díaz señala que existe una interpretación de lo normado en el art. 30, LCT que, de alguna manera, perjudica a los trabajadores que requerían la condena solidaria de quien, en definitiva, se había beneficiado con la prestación de sus tareas cuando, por cualquier razón que fuera, por ejemplo, su desistimiento, no podían lograr la condena en la misma causa respecto de quien figuraba como su empleador principal. Afirmando —en la misma inteligencia que Guibourg— que hay ciertas disposiciones que se refieren a cierto tipo de deudas laborales del empleador en las que aparecen terceros que asumen las mismas en forma solidaria "por alguna causa" y deberán responder indistintamente por el todo. Ello guarda coherencia con lo que sostuviera en un artículo de su autoría[19] acerca de la peculiaridad de que en el

(19) Guibourg, Ricardo, "Las obligaciones solidarias en el Derecho Laboral", LT XXVI-969.

ámbito laboral los deudores solidarios no tienen un interés común, dado que uno de ellos es el obligado directo y el otro, o los otros, se ven sujetos a responsabilidad solidaria sin que exista una recíproca representación. Participa de la misma línea de pensamiento Guisado, quien en su voto se limita a manifestar su adhesión. También Catardo, quien a modo de preludio se lanza con un auténtico apotegma al decir que el tópico obliga a precisar algunos términos ya que nuestra disciplina no ha escapado a la utilización impropia de ciertas instituciones jurídicas. En esa encomienda, primero reafirma que los codeudores solidarios tienen una obligación propia y directa, están colocados en un pie de igualdad y, en puridad de conceptos, no puede hablarse de un deudor o acreedor "principal" y de uno "accesorio". En la fianza, en cambio, una de las partes se obliga accesoriamente por un tercero (art. 1986, Cód. Civ.). Incluso la solidaridad a la cual el fiador puede someterse, prescribe el art. 2004, no le quita a la fianza solidaria su carácter de obligación accesoria y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal. En suma, mientras que lo propio de la solidaridad es establecer un "frente común" de acreedores o deudores que están en un mismo grado de derechos y obligaciones; en la fianza solidaria, en cambio, el principio de accesoriedad sigue siendo característico, perdiéndose solamente los beneficios de excusión y división. En segundo lugar, arguye que la solidaridad tiene una única regulación general en el Código Civil que se aplica a todos los casos existentes en la medida que no exista una norma especial que establezca efectos diferentes. Nuestro derecho civil ha eliminado, por tanto, la vieja distinción romana de la solidaridad "perfecta" e "imperfecta". Para concluir como forzoso que debe desterrarse de una vez por todas la confusión acerca de que existe un deudor "principal" y otro "accesorio" o tratar de asimilar el sistema de solidaridad a la fianza solidaria. No hay obligado directo e indirecto: hay deudores solidarios y todos los deudores son "principales". No hay, tampoco, una excepción legal expresa que permita apartarse del derecho que otorga el art. 705, Cód. Civ. que es, por todo lo expuesto, plenamente aplicable en materia laboral.

Esta inferencia tropezaba con el eslabón perdido del art. 9, ley 22.248, en lo tocante al art. 30, LCT; sin embargo, resulta aceptable. En la misma línea de pensamiento, Zas manifiesta en su voto que en el supuesto de solidaridad pasiva previsto en el art. 30, LCT, quien invoca la calidad de trabajador puede demandar a quien atribuye la condición de empleador o

a quien imputa responsabilidad solidaria en calidad de contratista principal o cedente. No sin antes admitir que "Si bien es cierto que la estructura obligacional que dimana de la citada norma laboral supone la existencia de un obligado directo —el empleador bajo cuyas órdenes aduce haber prestado servicios el trabajador— y otro indirecto o vicario —el contratista principal o cedente—, ello no obsta a la condición de deudor solidario de este último, ni —por ende— impide a quien alega la calidad de trabajador de aquél demandar solamente al deudor indirecto". Funda tal aserto en que la interdependencia por accesoriedad constituye un ámbito de excepción aun en el derecho común, por lo que, en caso de duda acerca de si una obligación tiene carácter principal o accesorio el principio es que se deberá estar por lo primero[20]. De ello se desprende que, de admitirse la postura contraria, se estaría creando una duda interpretativa donde no existe y, lo que es más grave, se la estaría resolviendo en base a un criterio hermenéutico descartado en el derecho civil y claramente inaceptable en el derecho del trabajo (cfr. art. 9, párr. 2, LCT). Por otra parte, en materia laboral la responsabilidad solidaria es una técnica jurídica tendiente a hacer plenamente operativo el principio constitucional de protección del trabajo humano (art. 14 bis, CN), agregando un sujeto garante de la obligación que, si bien puede no ser empleador (es ajustada la relatividad atento que existe otro universo de casos donde, anticipamos, son todos empleadores), guarda con éste último un vínculo que justifica esa solución. En esta inteligencia, la incorporación de nuevos sujetos responsables torna operativo el aludido principio al favorecer la percepción de los créditos a los trabajadores, es decir, a personas que gozan de preferente tutela constitucional[21]. Máxime cuando la experiencia demuestra que los garantes legales son los sujetos que generalmente se hallan en mejores condiciones de satisfacer esos créditos, constituiría una interpretación contraria a esa finalidad tuitiva la exigencia de demandar conjuntamente al deudor laboral directo. Además, la solución contraria implicaría una discriminación de los acreedores laborales frente a supuestos de solidaridad legal, sin que exista

(20) Alterini, Atilio A., "Obligaciones principales y accesorias", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, p. 825; Meza, Jorge A., "comentario a los arts. 523 a 526" en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, A. J. Bueres (dir.) -E. I. Highton (coord.), Buenos Aires, Hammurabi, 1998, t. 2A, p. 234.

(21) CSJN, 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos A. c/Amsa S.A. Fallo publicado en Semanario Jurídico N° 1478, del 07/10/2004, Tomo 90, p. 449 y en el *Semanario Jurídico*, Ed. Especial Laboral, N° 2, del 22/03/2005, p. 67.

en el Código Civil —ni en la LCT— norma que expresamente y con carácter genérico, imponga a los restantes acreedores esa exigencia (cfr. arts. 16, 75, incs. 22 y 23, CN; 7, Declaración Universal de Derechos Humanos; 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Desde esta perspectiva, no es posible sustentar el carácter accesorio de la obligación del contratista principal o cedente, aunque, en cambio, sí deja entrever que podría aceptar su tipificación como "concurrente" al señalar —de modo plausible— que ello no varía la respuesta afirmativa al interrogante (dado que en lugar del art. 705, Cód. Civ., se arribaría a idéntico resultado por aplicación del art. 1122, ib.). Destacando que sólo con carácter excepcional y expreso nuestro ordenamiento jurídico contempla supuestos tales como el regulado en el art. 117, ley 17.418, en el cual se impide al acreedor demandar en forma autónoma a uno de los obligados concurrentes. Por lo tanto, no es posible inferir una solución como la mencionada sin una norma expresa que la respalde.

Morell parece compartir el desacople del Art. 30, LCT, pero, resuelve expeditivamente la cuestión en aras a la practicidad y el recurso al in *dubio pro operario*. Con esa tónica, admite que si bien es cierto que se suscitan algunas dudas en el tránsito de la pura normatividad al plano de la realidad concreta, se impone estar a la literalidad significante de aquélla tanto más de cara a la directiva del Art. 9, LCT, y porque se trata, en definitiva, de una norma laboral típica que fue y está pensada como ampliación de las garantías a los derechos que correspondieren al sujeto trabajador, tanto más si se atiende al texto actual del Art. 30 de dicha ley laboral sustantiva.

Otro voto que resulta muy interesante rescatar por su elocuencia es el de Ferreirós, quien rememora lo discurrido en una obra de su autoría[22] relativo a que en las obligaciones con sujetos múltiples, la pluralidad puede ser conjunta, cuando los deudores concurren en una misma obligación, o puede ser disyunta, conformando una falsa pluralidad porque uno descarta al otro, es decir, que no hay coexistencia de prestaciones. Sub-clasificando, a su vez, dentro de las obligaciones conjuntas, a las simplemente mancomunadas y las solidarias. Para, ya posicionados en las

(22) Ver de su autoría, "Obligaciones mancomunadas, solidarias, concurrentes o *in solidum*", en *Doctrina Laboral*, n° 239, Ed. Errepar, julio de 2005.

obligaciones conjuntas del tipo solidario, advertir que se ha producido en éstas una evolución que arrastra aún conceptos que debieron abandonarse. Así, explica que en el derecho romano se distinguía entre la solidaridad perfecta o co-realidad y la solidaridad imperfecta o *in solidum* (que justifica nuestra observación a la elipsis del Fiscal). Expone que, en las primeras, para evitar la partición del objeto debido entre varios deudores o acreedores, las partes debían contraer obligaciones correales que recaían sobre toda la prestación en provecho de cualquier acreedor y a cargo de cualquier deudor. Las segundas (*in solidum*), en cambio, constituían un fenómeno ajeno a la idea de convención naciendo en razón del aseguramiento de la reparación el daño, donde la responsabilidad de cada uno no puede disminuirse en razón de la responsabilidad de los demás. Se hablaba así de una solidaridad imperfecta que nacía como consecuencia de la existencia de delitos y que luego se extendió a la responsabilidad contractual o extracontractual con culpa o con dolo. Para los romanos, era necesario distinguir bien entre estas obligaciones, destacando las importantes diferencias que existían entre las dos: en la correalidad, existían varios vínculos en una sola obligación y en las *in solidum*, había tantas obligaciones como sujetos pero con un solo objeto y provenientes de un mismo hecho. Pero en la actualidad —concluye—, la doctrina es conteste en que el concepto de solidaridad es unívoco y no existen ya dos especies de solidaridad. Ergo, en la norma en cuestión, la ausencia de controles o los incumplimientos que la misma acarree, generan el frente deudor sin que se pueda pensar siquiera en la vieja y abandonada teoría del deudor vicario o de la solidaridad imperfecta.

Si bien esto último es plausible desde la óptica predominante, soslaya la existencia de las obligaciones concurrentes respecto de cuya vigencia (art. 1122 Cód. Civ.) y concepto la doctrina también predominante (como lo releva la Sala Penal de nuestro TSJ), coincide en predicar su asimilación a la solidaridad imperfecta al punto de apropiarse de la identificación de las mismas como del tipo *in solidum*. Más allá de la discrepancia terminológica que pudiera suscitar tal sinonimia, es indudable que poseen un lugar común que las hermana en tanto generadoras de obligaciones independientes en cabeza de distintos sujetos (directo y vicario), pero con un solo objeto y provenientes de un mismo hecho, siempre nacidas *ministerio legis*. Tan es así, que a renglón seguido Ferreirós aclara que: "Las dudas que alguien pudiera plantearse con respecto a excepciones, desconocimiento de hechos, herramientas procesales en general, etc.,

quedan, a mi modo de ver, resueltas con el manejo correcto de diversidad de vínculos y de efectos ya expuestos". Es obvio remarcar a esta altura del análisis la incompatibilidad de predicar la coexistencia de una diversidad de vínculos (que presupone diversidad de fuente causal o título) con la solidaridad (perfecta).

Desde la corriente antagónica, conformando la minoría disidente, merece destacarse la axiología con la que encarrila su hilo argumental la Dra. González, al decir que la extensión de responsabilidad a sujetos que, en principio, no son parte de la relación sustancial ha preocupado desde siempre a la doctrina y jurisprudencia nacional. Especialmente, sosteniendo —tal como lo advirtiésemos— que el desavenimiento se produce en atención a la terminología empleada, donde se equipararía en sus consecuencias un negocio perfectamente lícito y que no presume fraude ni simulación —la contratación o subcontratación empresaria— con los casos de intermediación fraudulenta o aquellos en los que la norma atributiva de responsabilidad expresamente prevé la acreditación del fraude. Partiendo desde esa valoración, entiende que no correspondería dar idéntica interpretación a los efectos previstos para aquellos casos en que se obrara en fraude a la ley, y a los que no presuponen siquiera tácitamente un obrar ilícito, fraudulento o simulado. No discute que es verdad que la LCT se refiere en su tenor literal a la "solidaridad" del principal respecto de las obligaciones del contratista, sin distinguir en modo alguno sus efectos de los que se previeran en dispositivos tales como el art. 29 y el art. 31, LCT, no indicando tampoco qué alcance cabría darle a la "solidaridad" impuesta. Por lo que ninguna descalificación, desde el punto de vista estrictamente jurídico —entiende—, habrá de formularse en torno a la posición que propugna el Fiscal General al remitirse *in totum* a las normas del Código Civil en su carácter de fuente subsidiaria del derecho del trabajo. Sin embargo, esgrime que la realidad subyacente en el dispositivo bajo examen (art. 30, LCT) impone evaluar el alcance de las consecuencias que se derivan de la "solidaridad" a que se refiere la norma, en función de la índole de las vinculaciones que se den entre las partes involucradas. Entonces, al no existir en la relación interna entre las empresas responsables una comunidad de intereses, correspondería calificarla como una responsabilidad mancomunada —porque su objeto es uno solo— pero de solidaridad impropia.

Ahora bien, con tal punto de partida llega demasiado lejos en nuestra opinión, sobre todo porque el discurrir acerca de lo que la norma debería prescribir no justifica una venia para que el juez construya una norma donde reconoce que no existe vacío legal. Es que, González, como fiel exponente de la tesis de la solidaridad impropia, termina por consagrar una creación pretoriana *contra legem*. Al sostener que como la ley no le atribuye carácter de empleadora a la empresa usuaria sino que le imputa responsabilidad derivada, sólo puede ser alcanzada por la solidaridad prevista en dicha norma en caso de que la existencia de la obligación sea previamente establecida en cabeza del deudor principal; siendo éste quien debe controvertir los diversos extremos que se le opongan (pagos de salarios, importe de la remuneración abonada, adecuación a derecho del despido, adeudamiento de horas extras, entrega de certificados, etc.); limitando la intervención del vicario en su carácter de tercero ajeno al vínculo obligacional, a la alegación y prueba de aquéllas facetas que hagan a la configuración del presupuesto atributivo de la responsabilidad de marras (tipo de actividad desarrollada, escindibilidad de la misma respecto de la desplegada por su litisconsorte, carácter de la contratación empresaria alegada, etc.). En consecuencia, cuando el acreedor omite demandar al empleador directo o desiste de la acción entablada, por ejemplo al ejercer la opción prevista en el art. 133 de la ley de quiebras, ante la apertura del concurso del principal, la pretensión deberá ser desestimada porque no podrá establecerse la existencia de la deuda con relación al deudor principal, salvo que hubiere obtenido con anterioridad una sentencia contra éste.

Abreva en que, sostener que los obligados en forma solidaria se encuentran en el mismo plano frente al acreedor no refleja la situación real subyacente, ya que surge claramente que el eventual deudor vicario resulta ajeno al vínculo obligacional que une al trabajador con su empleador.

Por lo tanto, no se superaría el escollo atinente a la distinta ubicación de los responsables con relación al vínculo obligacional primario, aspecto éste que la solidaridad prevista en los arts. 699 y ss, Cód. Civ. presupone; es decir, que tal posicionamiento carecería de sustento adecuado en tanto no se desconozca el carácter de tercero del deudor vicario en relación al contrato que sirviera de causa a las reclamaciones formuladas, circunstancia que podría llevar a propiciar establecer distintos efectos a la solidaridad en el particular supuesto de la contratación o subcontratación

empresaria (conf. art. 30, LCT). Y se explica: "En efecto, Vélez no receptó la distinción romanista entre obligaciones correales, generadoras de solidaridad per-fecta y obligaciones *in solidum* o generadoras de solidaridad impropia o imperfecta. Sin embargo, no puede omitirse que la misma doctrina civilista, en cierta medida, ha receptado la diferenciación bajo el nombre de obligaciones concurrentes a los fines de dar cuenta de algunos supuestos especiales, como el motivado por el contrato de seguro o por la responsabilidad civil por ilícitos ajenos (art. 1113, Cód. Civ.). Conforme Llambías, hay 'responsabilidad refleja' cuando se impone a alguien la obligación de reparar los daños que otro ha causado, y es justamente lo que acontece en el caso de la subcontratación prevista en el art. 30, LCT". Hasta allí compartimos la sutil observación y hemos abonado a nuestra manera tan agudo razonamiento. Que por otra parte cuenta con la adhesión de los votos de Moroni, Zapatero de Ruckauf y Pasini.

Pero, discrepamos en que por esa sola circunstancia, ante una demanda que sólo lo involucre al deudor no empleador, se colija que éste no podría articular ninguna defensa de fondo en cuanto a los presupuestos de hecho y de derecho en los que se pretenderían fundar los créditos que a él se le reclaman, y que ello podría llevar a afectar la garantía de defensa en juicio. Menos aun cuando agrega que: "Ni la eventual citación como tercero del empleador ni una mayor exigencia probatoria al pretendiente que decide dirigir su acción exclusivamente contra el principal, permiten conjurar adecuadamente los efectos perniciosos de la postura que se cuestiona". También entendemos no plausible erigirlo en un supuesto de responsabilidad subsidiaria. Baste recordar que los arts. 125, 134 y 141, Ley de Sociedades Comerciales, prevén para las denominadas "Sociedades de interés" —a diferencia de las de "capital"—, una responsabilidad "subsidiaria, ilimitada y solidaria" de los socios. Lo que patentiza que se trata de adjetivaciones distintas que pueden o no acumularse. La calidad de subsidiaria, es lo que implica que para que se efectivice la solidaridad, previamente, el acreedor debe obtener condena contra la sociedad (además de demostrar también que su patrimonio resulta insuficiente, ya que los socios al ser deudores subsidiarios, gozan del beneficio de excusión). Pero ello depende de una política legislativa que decida su consagración expresa. Situación inexistente en todos los casos de solidaridad del RCT. Por lo tanto, no puede instituirse tal condicionamiento a la "solidaridad" impuesta a secas por la LCT (a diferencia del antiguo

Régimen del Trabajador Rural), a través de una creación pretoriana que para tal cometido no contaría con el encuadre en el principio protectorio.

Con las mismas salvedades, puede citarse la opinión de Morando (adscripta por Lescano, y con la que coincide Corach), que propone otra variante dentro de la acepción "restrictiva" de la solidaridad del art. 30, LCT. Quien en su voto primero procura conmover la censura del Fiscal enrostrándole que, antes bien, se debería partir del examen crítico del régimen del art. 30, LCT, compararlo con el modelo del Código y, de no hallarse alguna diferencia significativa, conformarse con esa opinión. En caso de hallarla, tratar de definir sus características, verificar si se trata de un modelo diferente o de una variación del clásico, para finalmente, con estos elementos, responder al interrogante. Lo que sugiere es que no existe un único modelo, que el art. 30 diseña una variación y que, si esta conclusión es razonable, esa norma laboral es la que provee el sustento normativo cuya concurrencia se niega *a priori*. No se trata, pues, de una "creación voluntarista" (argumento 2), ni prescinde de la regla de la libre elección del acreedor (argumento 3), sino el resultado de un análisis jurídico del que podrían ser criticados tanto su método como sus conclusiones, pero que tal vez convendría no desdeñar por contrariar algún dogma recibido. Es obvio que, para describir el fenómeno jurídico en examen se deberá utilizar algún tipo de criterio taxonómico y tal vez —no necesariamente— ciertas expresiones lingüísticas que se podrían condenar por falta de aptitud expresiva, pero no por su mera utilización (argumento 4). La afirmación de que el del Código Civil es el único sistema normativo, tiene antiguas raíces y ha adquirido con el transcurso del tiempo, naturalmente, algunas transformaciones de sentido. En esa encomienda, se preguntó si constituye un apartamiento intolerable de la ortodoxia examinar si existen casos de solidaridad legal en los que no tienen aplicación total las normas comunes y, en concreto, si uno de esos casos es el del art. 30, LCT. Concluyendo que, en la perspectiva propuesta, la libertad de elección del acreedor no se elimina sino que se desplaza su ejercicio a luego de dictada la sentencia de condena contra ambos demandados, donde la protección finca en que le permitiría elegir contra cuál de ellos dirigir la ejecución sin previa excusión ni interpelación del empleador.

En tren de ensayar hipótesis que oficien de salvoconducto al debate, no puede dejar de anotarse la vertida por Vilela (a la que adhiere Pirroni). Expresa que la solidaridad legal se impone por lo general en situaciones en

que el legislador quiere proteger con el máximo rigor posible la posición del acreedor, de manera de asegurarle el cobro del crédito[23]. El art. 30, LCT configura un caso de solidaridad legal, en una obligación nacida de un contrato de trabajo, motivo por el cual resulta de aplicación supletoria la normativa del Libro 2º, Sección 3º, del Cód. Civ. La norma laboral no transforma al garante en "empleador", sino que conforme al esquema del art. 30 citado, sólo le obliga a garantizar una obligación ajena (que no le incumbe directamente). De ello sigue que el esquema es semejante al de la fianza solidaria regulada en el art. 2004, Cód. Civ. Existe un obligado directo (que es el empleador: cesionario o subcontratista) y un obligado accesorio (empresario principal). Resalta que no puede inadvertirse que el art. 30, LCT presupone una relación laboral auténtica y una segmentación genuina, ya que el fraude y la simulación ilícita están punidos en otras disposiciones de la LCT (arts. 14, 28, 29, 102 y conc.). En cuanto al aspecto procesal, el art. 30, LCT no habilita una acción autónoma directa contra el empresario no empleador, dado que en el debate de la relación jurídica sustantiva y de los presuntos créditos del trabajador necesariamente debe intervenir el titular de la relación, por lo que debe constituirse un litis consorcio necesario. Reforzando su conclusión con la afirmación de que así lo ha interpretado el art. 9, ley 22.248 del Régimen Nacional del Trabajo Agrario (hoy derogado). Lo que no aclara es que ese litisconsorcio, siguiendo el hilo argumental, tendría la peculiaridad de que operaría como necesario unidireccionalmente, dado que devendría en facultativo si se decidiera accionar tan sólo contra el empleador.

2.3. | La doctrina judicial del TSJ de Córdoba

El TSJ de la Provincia de Córdoba dirimió la polémica sobre el aspecto procesal analizado al tener que resolver el caso de solidaridad bajo estudio relacionado con su aplicación en el Estatuto del Empleado de la Construcción. En dicha causa se accionó, *ab initio*, solamente en contra del "deudor no empleador", frente a lo cual el Alto Cuerpo dejó sentado que la responsabilidad de la empresa debe ineluctablemente analizarse, ya sea traída como empleadora del trabajador o como responsable solidaria en

(23) Trigo Represas, Félix A. y Compganucci de Caso, Rubén H., "C. Civil comentado", Rubinzal - Culzoni, *Obligaciones*, tomo II, p. 1436.

los términos del art. 32, ley 22.250, en tanto la solución legal tiene el mismo alcance para ésta en cualquiera de los supuestos mencionados. Con ese prisma, se determinó que el trabajador laboró en la obra que estaba a cargo de la empresa demandada; que no era empleado de ésta; que la empresa demandada subcontrató con un subcontratista quien a su vez tenía personal a su cargo y uno de ellos era el trabajador; confirmándose así que corresponde encuadrar la responsabilidad de la empresa demandada en los términos del art. 32 Ley 22.250, ya que había subcontratado parte de la obra y ni siquiera alegó haber cumplido con los requisitos que la eximirían de responsabilidad. Sin hesitaciones, vaticinó que no es necesaria la demanda —y consiguiente condena— en contra del deudor principal a los fines de habilitar la responsabilidad solidaria impuesta por la norma laboral. Abrevó puntualmente en el art. 705, Cód. Civ., para permitirle al acreedor de deudores solidarios exigir el pago por entero de cualquiera de ellos, regulándose las relaciones de los obligados entre sí conforme el art. 689, Cód. Civ. Por otra parte, entendió que tampoco se afecta el derecho de defensa de la empresa demandada pues esa posibilidad fue introducida por ella, reconociendo la subcontratación en la obra a su cargo y, por tanto, asumiendo las consecuencias legales de la norma en cuestión, si es que no podía ampararse en la eximente allí establecida. Bajo esa directriz, la sentencia recurrida fue casada y los autos remitidos a la Sala de la Cámara de Trabajo en turno "(...) a fin de que se resuelva la procedencia de los rubros reclamados, los que en caso de que prosperen deberán ser reparados por la demandada en autos como responsable solidario en los términos del art. 32, ley 22.250 (...)". (TSJ Cba., Sala Laboral, Sent. nº 109, del 28/11/2003; "Videla Miguel A. c/ Castor Constructora SRL —Indemnización— Recurso de Casación"; Fdo.: Rubio -Orchansky -Lafranconi; Trib. de origen: Sala 7ª Cámara del Trabajo Cba.[24]).

En el caso de referencia, un obrero de la construcción demandó al titular de la obra y no al sub-contratista empleador. La demanda había sido rechazada por la Sala 7ª, por entender inviable la prosecución de la causa solamente contra el deudor no empleador, siendo en definitiva revocada por el TSJ en los términos expuestos. Sin perjuicio de ello, tampoco puede dejarse de señalar que el mismo TSJ, tiene reiteradamente advertido a través de su Sala Penal, que si bien: "(...) el Código Civil conoce un solo

(24) Fallo publicado en *Semanario Jurídico* Nº 1445, Tomo 89, del 19/02/04, p. 207.

tipo de solidaridad que es la perfecta. Empero, hay situaciones en que varios deudores aparecen debiendo la totalidad sin ser solidarios, en cuyo caso todos están obligados a la totalidad y la víctima puede reclamar la indemnización de cualquiera de ellos indistintamente y el pago efectuado por uno libera al otro deudor, respecto de su acreedor (...) Estas son las llamadas obligaciones *in solidum* (TSJ, Sala Penal, sent. n° 33, 22/10/1991, "Nievas"; sent. n° 124, 25/10/1999, "Herrera de Marchisio"; sent. n° 25, 30/03/2001, "Díaz"). Distinción para nada ligera y trivial. También enfatiza la Sala que: "Las obligaciones in solidum son plurales, aunque convergentes o concurrentes y con la consecuencia práctica —similar a la de la obligación pasivamente solidaria— de la responsabilidad de cada deudor por la totalidad de la obligación, pudiendo la víctima accionar contra ellos conjuntamente o contra cualquiera por ese monto completo... Las obligaciones son solidarias cuando existe una unidad de causa fuente. En cambio, si la responsabilidad indemnizatoria de los demandados surge de distintos hechos (esto es, de la conjunción entre culpa —art. 1109, Cód. Civ.— y riesgo —art. 1113, CC—), la pluralidad de causas generadoras conduce —inexorablemente— a la existencia de varias obligaciones concurrentes, o *in solidum*". (TSJ, Sala Penal, Sent. n° 95, 29/09/2003, "Cisneros, Luis Alberto psa homicidio culposo, etc. —Recurso de Casación—", Fdo. Tarditti, Cafure y Rubio).

El mismo interrogante se responde de modo aun más categórico en otro precedente de la misma Sala Penal, cuando expresa que "El núcleo del agravio consiste en determinar, en los supuestos de imposición de responsabilidad por riesgo de la cosa (art. 1113) y culpa entre los partícipes, si ésta es solidaria o *in solidum*." A lo que reitera que: "No son solidarias en tanto y en cuanto no tienen una fuente común; por el contrario, son obligaciones totalmente independientes". (TSJ, Sala Penal, sent. n° 2, 09/03/2004, "Palacios, Roque Sebastián psa Homicidio Culposo —Recurso de Casación—". Cafure de Battistelli-Tarditti-Rubio). Y es en ése marco que cobra trascendencia una aseveración formulada por la propia Sala Laboral, al decir que: "... la empresa responde ante los empleados del contratista, no por una relación directa con él, sino por haberse dispuesto expresamente en la ley esa solidaridad" (TSJ de Córdoba, Sala Laboral, 26/10/1987, Foro de Córdoba, N° 5, p. 102; íd., 22/06/1993, Foro de Córdoba, N° 17, p. 178). Dando con ello pie a inferir una diversidad de causa fuente que justificaría su definición como concurrente.

2.4. | Las dificultades en la actividad probatoria

2.4.1. TRABA INICIAL DE LA *LITIS* EXCLUSIVA CON DEUDOR SOLIDARIO NO EMPLEADOR

¿Qué debe probarse? En primer término, el vínculo laboral con el "empleador" no demandado. Luego, la ligazón comercial de éste con el sindicado como responsable solidario, pues, según cuál fuere el fundamento legal invocado el accionado asumirá también su condición de "co-empleador" *ministerio legis* en los casos antifraude (arts. 29, 14 y 26, 31, 225 o 229, LCT; 40 Ordenamiento del Régimen Laboral 25.877), o devendrá en tercero responsable como dador de trabajo o empresa usuaria (arts. 29 bis y 30, LCT). Aquí se instalará entonces el debate de la verificación —o no— de las propiedades relevantes para la procedencia sustancial que contempla cada hipótesis legal. Por ejemplo: ¿Cuál es la actividad principal normal y específica propia del empleador? y ¿la actividad del que terceriza o explota por delegación constituye una faceta que completa o complementa a aquélla? (30), ¿se trata de una empresa habilitada para operar como prestadora de servicios eventuales?, ¿la índole de las actividades contratadas reúne tal carácter (29 bis)?, ¿cómo acaeció la transferencia o sucesión en el establecimiento o titularidad del contrato de trabajo (arts. 225 y 229) y su fecha de corte?, etc. Se ha dicho: "Estamos haciendo referencia al art. 29, referido a la contratación por interpósita persona, al 30 que subsume los casos de cesión de la actividad normal y específica del establecimiento, al 31 que abarca las situaciones fácticas de empresas subordinadas o relacionadas, y la solidaridad establecida en los artículos 225 a 229 referidas a transferencia o cesión de establecimiento o de personal, frente a esta amplia gama de posibilidades y que refieren tanto a solidaridad directa como refleja, en otros casos, la parte actora guardó silencio, no pudiendo suplir el Tribunal tal mutismo, puesto que si bien el aforismo *iura novit curia* le permite decir el derecho y hasta cambiar el citado por las partes, el mismo debe partir de una base fáctica concreta que nos permita aplicar una norma en desmedro de la otra, pero es del caso que en la instancia no hay una sola referencia que permita al Tribunal considerar que es de aplicación la norma contenida en algunos de los artículos citados, situación fáctica que obviamente difiere en uno y otro caso (…)" (CTrab.Cba., sala 11ª, Sent. del 10/08/2004 en autos: "Castro, Gabriel A. c/ El Coliseo Disco y/u Otros - Dda."; Bonetto de Rizzi).

Resulta de insoslayable consideración tener presente como recaudo estratégico que el más Alto Tribunal de la Nación ha precisado de modo positivo —restringiéndolo a su mínima expresión— el alcance del art 30, LCT, a fin de velar por lo que, entiende, constituye la correcta hermenéutica del instituto regulado por ese precepto, a saber: a) comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en dicho artículo, es decir, un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan lo que, con cierta despreocupació,n denomina sin justificar "obligación de garantía"; b) inaplicabilidad del dispositivo cuando un empresario suministre a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución, aun con exclusividad; c) en los contratos de concesión, distribución y demás afines no existe la contratación de servicios mentada como determinante de la solidaridad; d) se reafirma la plena vigencia de la debida y severa tutela de los derechos del trabajador en supuestos de fraude laboral pero con encuadre en las hipótesis de los arts. 14, 29 o 31, LCT; e) la aplicación del art. 30 debe hacerse en base a la actividad normal y específica de la empresa, la actividad real del establecimiento, en vez del objeto social; f) para que nazca la solidaridad prevista en la norma debe tratarse de servicios contratados o subcontratados que complementen o que completen la actividad normal de la empresa, y existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contraparte (CSJN "Rodríguez, Juan R. c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro", 15/04/1993).

Por otra parte, según Etala, frente a la solidaridad consagrada por el art. 30, LCT existen tres interpretaciones distintas: 1) la primera postula que se trata de una obligación de resultado. Mientras dure la vinculación contractual, se extenderá automáticamente su responsabilidad. Defienden esta posición Rodríguez Mancini, quien deja a salvo la prueba de haber sido el empresario víctima del engaño del empleador[25], Pilar Mancini y Daniel Pizzarro[26], quienes arguyen que el contratante debe adoptar las medidas pertinentes a los fines de controlar el cumplimiento por parte de la contratista, a tal fin, al momento de contratar, tendría que sopesar si se encuentra o no en condiciones de hacerlo o asumir los riesgos que pueden

(25) "Los alcances del art. 30, LCT", en La solidaridad en el contrato de trabajo, Rubinzal-Culzoni, 2001-1, p.166/167.

(26) Mancini, Pilar y Pizarro, Daniel, op. cit., pp. 93/94.

derivar del incumplimiento de su contraparte. Esta postura amplia guarda armonía con la literalidad del art. 136, LCT y con un principio básico en el derecho privado, esto es, que los riesgos que derivan del incumplimiento contractual deben pesar sobre las partes y nunca sobre terceros. 2) Una segunda interpretación sindica que se trata de una obligación de medios. Al contratante le bastaría demostrar que ha cumplido con el deber de control y de exigencia para eximirse de responsabilidad. Agrega el autor que, esta postura restrictiva tiene en cuenta que el trabajador no sería dependiente del contratista y que se trata de personas diferentes e independientes una de la otra. 3) La tesis intermedia, proclama que el deber se limita a exigir el cumplimiento de la normativa, por lo que, verificado el incumplimiento, para eximirse le alcanzaría con probar que procedió en forma inmediata a resolver el contrato por esa razón[27]. Ferreirós en su voto en el Plenario, sobre el particular señala que el art. 30, LCT, impone "(…) una serie de requisitos a cumplir por parte de los cedentes, contratistas o subcontratistas para con los cesionarios o subcontratistas, imponiendo a la vez controles (cfr. agregado del art. 17, ley 25.013) cuyo cumplimiento formal no es suficiente para dejar de lado la responsabilidad solidaria. En el caso, la misma aparece como factor de protección crediticio articulado sobre la base de diversos recaudos cuyo cumplimiento torna prácticamente imposible la evasión o insolvencia". A su turno, la Dra. González, en su voto en el Plenario, se enlista entre quienes la entienden como una obligación de resultado que deriva en una hipótesis de responsabilidad objetiva del deudor no empleador; al decir que "en el supuesto previsto en el art. 30, LCT, se trataría de una obligación de garantía de origen legal, que no admite la exclusión de la responsabilidad mediante la prueba y que toma en cuenta la seguridad del tercero, su derecho a ser resarcido, con prescindencia de toda idea de culpabilidad."

En el ámbito cordobés, Toselli opina que la norma a partir de la reforma de 1998 contempla supuestos específicos de responsabilidad derivados del simple incumplimiento de algunos de los recaudos formales que incorpora, y que se vienen a sumar al factor de imputación genérico y residual ya tabulado previamente[28], por cualquier otro incumplimiento

(27) Etala, Carlos A., "Cesión, contratación y subcontratación en la ley 25.013", DT 1999-A-6l7.

(28) Toselli, Carlos A., "La situación jurídica vinculada con la solidaridad luego de la reforma introducida por el Art. 17, ley 25.013", op. cit., *Rev. Catorce Bis*, Fasc. 8.

—formal o sustancial—, ya fuera que se interprete como obligación de medio o de resultado. Es por ello que refiere que la reforma viene a sepultar las opiniones de quienes entendían que el cumplimiento de cuestiones formales aseguraba al principal la liberación de las obligaciones del personal contratado por sus subcontratistas, pues, tal liberación será admisible si y solo si además —como reza la norma— de exigir el cumplimiento de tales requisitos formales (por sí y no por terceros —ergo, no puede escudarse en el estudio contable de la empresa—), se verifica que no ha habido incumplimiento sustancial. En este sentido del adecuado cumplimiento se expidió la Sala 10 de la CTrab. Cba., que el citado doctrinario integra, en los autos: "Bisgarra c/ Cidem S.R.L. y Otra -Demanda" (Sent. de fecha 06/02/1998), al condenar solidariamente a EPEC por diferencias convencionales adeudadas a los trabajadores de la contratista al señalar: "No basta que se verifique el cumplimiento del pago en término de las obligaciones laborales y previsionales, si no se verifica también que dicho cumplimiento sea ajustado a la normativa legal o convencional que rige la actividad de los trabajadores dependientes de los contratistas o subcontratistas". La discusión podría darse en aquellos supuestos en que el principal no tiene posibilidades concretas de exigir tal verificación formal, es decir por ejemplo en los casos de prestaciones fuera del establecimiento con trabajadores no registrados, o trabajadores a los que se le abona jornada parcial pero trabajan en exceso del umbral de los dos tercios de la habitual de la actividad, o cuando no se le abonan las horas extras trabajadas o una infinidad de otros supuestos de incumplimientos de la contratista y donde no es viable ningún tipo de control directo o indirecto de la principal en la verificación, pues en caso contrario tendría que convertirse en policía del trabajo de sus propios subcontratistas. Entiende Toselli, en exégesis que compartimos, que conforme la redacción legal, mientras se haya cedido o subcontratado lo que se ha dado en definir como la actividad propia y específica normal del establecimiento o el establecimiento habilitado a su nombre, cargará con las consecuencias de ese desplazamiento hacia terceros de tareas inherentes a su "unidad de ejecución". Es por ello que si en el primer caso vinculado con los incumplimientos formales podríamos encontrar el sustento legal de esta responsabilidad solidaria en la culpa *in vigilando* (por ejemplo si el salario abonado en los recibos es inferior al convencional), en estos otros casos, externos y ajenos a la posibilidad de vigilancia concreta del principal, tendría responsabilidad solidaria con sustento en la culpa

in eligendo, es decir, por ceder la prestación de servicios o tareas de su fin propio a terceros incumplidores de las normativas laborales o previsionales aunque tal conducta fuera sobreviviente, pues, en tal supuesto él creó el riesgo y deberá soportar las consecuencias del mismo.

Por ello, para sortear cualquier imprevisto, no debe desatenderse a la sugerencia que pregona Guibourg (en el Plenario), cuando aduce que, si bien es inobjetable que quien mejor conoce la relación laboral de la que el reclamante es titular, es su empleador, en tanto el cedente o contratista principal sólo puede ejercer una defensa limitada por su desconocimiento de ciertos hechos y su falta de participación directa en la contratación o en el despido. Sin perjuicio de ello, esta circunstancia no afecta en medida alguna la extensión de la responsabilidad solidaria prevista como norma anti-insolvencia. Por lo tanto, quien sabe que puede resultar responsable de una deuda hará bien en tomar los recaudos necesarios para que el conflicto no se produzca (mediante el control del cumplimiento de las normas por parte del empleador directo) o para facilitar su propia defensa (por medio del aseguramiento de la permanencia y de la solvencia del empleador que es su co-contratante). Enfatiza que estas reflexiones valen para todas las obligaciones solidarias, civiles, comerciales o de cualquier naturaleza. En el ámbito laboral como en los otros, si el responsable no adopta ninguno de esos recaudos, o si las circunstancias no le son propicias en cuanto a la derivación de los hechos, se trata para él de un riesgo comercial conocido de antemano que no puede descargar sobre el trabajador, víctima final de cualquier desprotección de fondo o procesal.

Acerca de este otro aspecto introducido por Guibourg, también resulta de suma elocuencia el voto de Zas en el Plenario, cuando enfatiza que considera no atendible el argumento que proclama que el deudor indirecto en tanto resultaría ajeno al vínculo obligacional que une al trabajador con su empleador, ante una demanda que sólo lo involucrara a él, no podría articular ninguna defensa de fondo en cuanto a los presupuestos de hecho y de derecho en los que se pretenderían fundar los créditos laborales. Porque conlleva al yerro de que en pos de no afectar —supuestamente— su defensa en juicio se le permite constituirse en un mero espectador del proceso en cuanto a la prueba. Ello implica un encerramiento conceptual que no podría sino finalizar en el contrasentido de anular los efectos tuitivos de la norma.

Por el contrario, quienes limitan la libertad del acreedor laboral, el *quid* de la cuestión se centra en que, pese al énfasis expuesto por quienes actualmente propugnan la posibilidad de habilitar una acción autónoma contra el empresario no empleador, no puede razonablemente desconocerse que la empresa que contrata los servicios de otra, por regla general, no conoce las características del trabajador afectado a las tareas encomendadas, como así también la modalidad salarial, el horario, la operatoria impuesta para el logro de los fines empresarios y demás condiciones de contratación, resultando totalmente ajeno al devenir propios del vínculo, como ser ascensos, traslados, recategorizaciones, etc.; por lo que, por ejemplo, ante el planteo de un ejercicio abusivo o ilegítimo del *ius variandi*, o ante la demanda por la violación de la tutela sindical de un delegado del personal, el deudor vicario no podría oponer defensa alguna aun cuando hubiere ejercido el control que le impone el art. 30, LCT en su último párrafo, el que —entienden— se limita a algunos aspectos genéricos y puntuales.

Entendemos que la afectación del derecho de defensa del deudor no empleador no corre riesgos si se realiza una adecuada distribución de la carga probatoria, pues, en lo sustancial el 1° párr., art. 30, LCT impone al contratista principal y al cedente el deber de exigir a los contratistas, subcontratistas y cesionarios el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Además, la ley 25.013 incorporó el deber de exigir a los cesionarios y subcontratistas el número de código único de identificación laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia del pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y la cobertura por riesgo del trabajo, responsabilidad que no podrá ser delegada en terceros, y el deber de exhibir cada uno de los comprobantes o constancias a pedido del trabajador y/o autoridad administrativa. Ergo, tiene —o debería tener— consigo respaldo documentado de toda la información relevante en lo tocante al contrato de trabajo de quienes prestan servicios para su beneficio. Es decir, como expresa Zas "(…) los términos expresos de la norma laboral que genera la responsabilidad solidaria del contratista principal y del cedente descartan la 'ajenidad' de estos últimos respecto a las obligaciones laborales y de la seguridad social contraídas por el subcontratista y el cesionario; por lo que están en plenas condiciones

de articular las defensas pertinentes ante los reclamos judiciales de los trabajadores contratados por aquéllos, sin afectación alguna del derecho de defensa en juicio. En todo caso, si un demandado considera que en la litis debe participar otro sujeto para poder defenderse mejor tiene a su alcance el pedido de intervención de terceros (…)".

Esta última referencia nos lleva a poner sobre relieve la trascendencia que revestía (antes de la ley 26.086) el carácter en que el sujeto procesal intervenía en el proceso. Dado que en un precedente —usualmente desapercibido—, la CSJN resolvió que cuando la condición del concursado es la de citado como tercero en los términos del art. 94, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, no procede el desplazamiento de la competencia a favor del juzgado donde tramita el proceso universal ("Cabana, Fabián c/ Brítez, Néstor y otro", del 05/08/2003; citado por CNat. Sala V, *in re* "Araujo Nemesio c/ Basso Víctor Eduardo y otros s/ Despido"). Ahora bien, ello nos transporta a otra inquietud.

2.4.2. ¿ES VÁLIDO QUE EL DEUDOR SOLIDARIO IMPONGA AL ACREEDOR LITIGAR CONTRA QUIEN HA OPTADO NO HACERLO?

Carlos Toselli y Alicia Ulla[29], se plantean este interrogante explicando que, como la solidaridad sólo rige externamente a favor del acreedor pero no internamente entre los codeudores, puede el demandado originario repetir contra el codeudor solidario, todo o parte de lo que fue condenado a abonar al actor. Para ello entablará el pertinente juicio y para cuando esto ocurra, el codeudor demandado pretende que su codeudor no demandado no le oponga en el pleito posterior la excepción de negligente defensa. Concluyendo que, ante obligados solidarios, sólo cabría al demandado la denuncia del litigio al tercero (tercero interesado), teniendo en miras una eventual acción regresiva contra este último, pero no su citación como tercero para que se convierta en parte (tercero obligado), y en consecuencia pudiera ser condenado y ejecutado en este proceso. Aunque, más adelante, opinan que el actor no puede oponerse a la citación coactiva de deudores solidarios, ya que si bien es facultad del acreedor elegir a quién va a demandar, el demandado puede exigir que

(29) Toselli, Carlos y Ulla, Alicia, *Código Procesal del Trabajo -Ley 7987*, Alveroni, 2004, p. 262 y 264.

se traiga al proceso a quien debe compartir la carga patrimonial en caso de una condena. Por otra parte, advierten que si la propia ley requiere imprescindiblemente la citación del tercero que debió ser parte originaria en el litigio por versar el mismo sobre una relación jurídica inescindible, el caso no puede ser tramitado ni resuelto sin la citación del tercero, a quien debe convocarse aun contra la voluntad de alguna de las partes originarias, ejemplificando con la responsabilidad vicaria. Discrepamos conceptualmente acerca del ejemplo dado; esto último es propio de las obligaciones accesorias como la fianza no solidaria o responsabilidades subsidiarias como la responsabilidad del socio respecto de la vinculada con los actos de la sociedad; mas no de la responsabilidad vicaria donde rige el mismo albedrío selectivo en el acreedor (art. 1122 Cód. Civ.), quien también puede optar por demandar a cualquiera de los obligados por el todo, sólo que aquí no cabe lugar para la discusión de la posibilidad del deudor vicario prevenido de traer a juicio al responsable directo —que podría ser censurable en obligados solidarios porque *ministerio legis* están todos en pie de igualdad y estaría neutralizándose la nota tipificante del tipo—, aunque ello se encuentra vedado cuando el prevenido es el responsable principal y pretende citar al reflejo.

Están quienes sostienen que debe extremarse rigurosa y restrictivamente la citación pedida por el demandado entendiendo que no se puede imponer al actor litigar contra quien no quiere hacerlo y que, en definitiva, las cuestiones internas entre los codeudores se deberán ventilar en un juicio ordinario de repetición ulterior. Otros, en cambio, estiman que esta afirmación resulta errónea, toda vez que estando en juego el principio de seguridad, poco importa la voluntad del actor. Esta corriente es partidaria de la uniformidad de juzgamiento en cuanto a la existencia y validez del hecho causal, presupuesto de conexidad por la causa o por afinidad (Cfr. SCBA, 23/12/2003, "Martínez, Omar c/ Corni Fundiciones S.A."). En ella se enrola Alvarado Velloso quien expresa: "(...) que en todo supuesto de existencia de colegitimados en el cual uno sea demandado y el otro no, la citación provocada por quien es parte originaria le adjudica al tercero citado el papel de codemandado —aun contra la voluntad del actor— ya que la relación jurídica común o el hecho causal común habrá de ser juzgado por igual para ambos" (30).

(30) Alvarado Velloso Adolfo, "Los terceros que se convierten en partes procesales", Lección 19, en *Teoría General del Proceso,* Academia virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios judiciales, p. 20.

Álvarez sostiene que es un instituto procesal pensado, precisamente, para la concurrencia de las personas que "podrían haber sido demandadas" y por alguna razón no lo fueron[31], siendo tal facultad indiscutible en nuestra ley procesal laboral (Código Procesal del Trabajo), 7987, que contiene la previsión expresa en su art. 48, cuando reza: "El actor y el demandado podrán pedir la citación de terceros obligados, aseguradores o deudores solidarios (…)". Pero, como se expuso *ut retro*, genera enraizadas discrepancias en otras provincias que no cuentan con tal previsión.

Sin embargo, es dable señalar que no es pacífica la jurisprudencia local respecto de la posibilidad dentro de nuestro CPT, de que el demandado citare a su co-deudor como tercero interesado. Hubo una causa en que se decidió denegar la citación como terceros interesados a la empleadora fallida y la Sindicatura Concursal, delimitando —anticipadamente— el Tribunal de Mérito laboral —por vía apelativa— su competencia a la resolución del tema de la solidaridad existente entre el empleador no demandado y el tercero tomador del servicio o dador de trabajo contra quien prosiguió el juicio laboral (CTrab. Cba., Sala 4 A Ia de fecha 27/08/2003, in re: "Assenza, Sergio D. c/ Spell S.A. y Otra -Demanda"), arribando así, a la postre, a una sentencia condenatoria abstracta o diferida (Sent. del 12/02/2004). Dicha sentencia fue atacada a través del recurso casatorio argumentando que, en tal contexto, la denegatoria de traer como tercero interesado al empleador devenido en ex demandado en virtud de su estado falencial, contraría una disposición procesal expresa: el art. 48, ley 7987. Empero, el primer obstáculo es que esta norma dispone de manera clara y contundente que cualquiera de las partes podrá pedir la citación de "(...) terceros obligados, aseguradores o deudores solidarios (...)", quienes quedarán constituidos como parte a todos los efectos legales. Por lo tanto, existe en principio un doble valladar para que se pudiera conceder lo peticionado; el primero, ya señalado, la falta de previsión expresa de la categoría tercero interesado en el tenor literal de la ley ritual especial; segundo, la inviabilidad de que éste pudiera convertirse en "parte" —y, por ende, sujeto procesal pasible de ser condenado[32]— dentro del proceso laboral cuando esa cuestión estaba sustraída por el fuero de atracción. La única salvedad transitaba, entonces,

(31) Cfr. Álvarez, Eduardo O., "La intervención de terceros en el proceso laboral", en *Legislación del Trabajo*, N° 354.

(32) Ramacciotti, Hugo, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba*, Depalma, 1986, T. I, pp. 237/239.

en que se acudiese a la supletoriedad del rito civil adunada a la exégesis de que la norma prevé tres y no dos casos como entienden quienes ven en la referencia al tercero obligado como el género cuyas especies son aclaradas a renglón seguido. Pues, con aquella otra interpretación predicable, se traería al deudor solidario —como lo permite el CPT—, pero, bajo la condición de que su participación se limitase a ser objeto de medios probatorios sin convertirse en parte, por lo que obviamente no podría ser condenado por su calidad de tercero traído al proceso como meramente interesado, apoyándose en la supletoriedad del C.P.C. y C. (art. 433), por remisión del art. 114 CPT[33]. Ahora bien, la Sala 4º también fundó el rechazo en su extemporaneidad bajo el argumento de que la citación es procedente solamente previo a tener lugar la audiencia de conciliación (art. 48, 2º párr., ley 7987). Ello también es controvertido por Ricardo Gilleta en la pieza recursiva, quien alega que la finalidad prevista por la norma ritual al prever tal preclusión, no es otra que garantizar al tercero que pueda intervenir en el proceso en toda su tramitación de modo que no se vulnere su derecho de defensa; señalando como incongruente entonces que, en el caso, no se reparase en que la empleadora intervino en todo el proceso desde su inicio como co-demandada hasta su declaración falencial, de manera que no se advierte cuál sería la afectación a su derecho de defensa si se la cita de inmediato en el mismo acto que se desiste de la acción incoada en su contra, en ejercicio de la opción del art. 133, LCQ. Se verifica una continuidad en la intervención, modificándose solamente la calidad en la que se realiza, por lo que reprocha que esa denegatoria a la citación en calidad de tercero interesado ha afectado los derechos de la accionante, toda vez que en el criterio *sui generis* seguido por el Tribunal acerca de la cuestión de fondo, impidió que pudieran ser valoradas y analizadas las pruebas por ella aportadas, y producidas en su oportunidad por su fuga del proceso.

En esta misma línea, se ha discurrido: "Que conforme surge del artículo 48 de la ley 7987 ahora se contemplan otros terceros. 1) Una primera interpretación podría consistir en que hay tres posibilidades: terceros obligados, aseguradores y deudores solidarios. Las dos segundas, con ciertas precisiones y aclaraciones, no ofrecen mayores problemas, como se verá. Sí, en cambio, en relación a los 'terceros obligados', dado que

(33) Toselli, Carlos A. y Ulla, Alicia, op. cit., p. 267.

esa figura no se encuentra dentro de las normas laborales de fondo, entendido por tercero obligado aquel que, sin ser asegurador o deudor solidario, debe responder frente al demandado por la misma obligación cuya satisfacción el actor pretende de aquél. Sí se la encontraría en el ámbito extra laboral, como en el caso de autos, en el que, el tercero podría responder eventualmente frente a la demandada por la indemnización que ésta deba abonar al actor en función de los arts. 1109 y 1113, CC posibilidad expresamente contemplada por el art. 19, 1º párr., ley 9688 con las reformas de la ley 23.643. Pero entonces, esa cuestión excede la competencia material del fuero laboral (art. 1º CPT)... Consideramos más bien, que la expresión 'terceros obligados', involucra genéricamente a 'aseguradores o deudores solidarios'. Dicho de otro modo las expresiones 'aseguradores o deudores solidarios' aclaran y explican lo primero, de suerte que no hay otros 'terceros obligados' contemplados en el art. 48 que aquellos (aseguradores y deudores solidarios). De esta forma no se presentan las dificultades antes indicadas en tanto las normas de fondo laborales si contemplan estos supuestos..."[34]. Perrachione en una nota a fallo hace suya la conclusión del pronunciamiento que comenta en cuanto interpreta la expresión "terceros obligados" como alusiva exclusiva y excluyentemente a aseguradores o deudores solidarios. Aduce que "deviene en inobjetable conforme a una interpretación orgánica y sistemática del ordenamiento jurídico, interpretado en su conjunto; ya que se infiere sin mayor esfuerzo hermenéutico (...) que la expresión 'terceros obligados' carece de autonomía conceptual y de operatividad técnica, dentro del plexo dispositivo estatuido por la ley 7987..."[35]. Nos permitimos discrepar tanto con el carácter inobjetable dado a tal exégesis cuanto a que soslaya que la expresión "terceros obligados" sí posee autonomía conceptual y su operatividad radica en aglutinar y albergar como categoría residual la alusión indiscriminada a todos aquellos que pueden ser coactivamente traídos al proceso y convertirse en parte del mismo, permitiendo su diferenciación con relación a los "terceros interesados". Por ejemplo, sería tercero no obligado la citación

(34) CTrab. San Francisco 18/06/1991, AI 91, "Guevara Miguel A. c/ Provincia de Córdoba y Policía de la Provincia de Córdoba-Demanda, indemnización ley 9688, Semanario Jurídico, nov.1991, p. 83.

(35) Perrachione, Mario C., "La intervención de terceros en el proceso laboral (ley 7987)", SJ, nov. 91, p. 87.

que permite el art. 40 ley 25.877, de la cooperativa no demandada[36]; también se le deparó tal carácter a la intervención de la entidad sindical citada por el empleador demandado ante el reclamo del reintegro de las cuotas de solidaridad retenidas a un no afiliado (cfr. CTrab. Cba. Sala 6° en pleno, Sent. del 05/07/2006, "Mujica, Walter D. c/ MAP Conjuntos Electrónicos y/u otros"; con nota a fallo de Grassis, Pablo M., TySS 2006-1-51)[37]. Ergo, la referencia puntual a: "aseguradores" (un caso de obligados concurrentes) o "deudores solidarios", con igual inmediatez lógica puede reputarse tanto que no hace más que ejemplificar supuestos de terceros obligados y que bien podría ser cualquier otro obligado concurrente (por ejemplo, empleado autor directo del daño moral en causa de *mobbing* iniciada en contra de la empresa); o bien, inferir —como lo admite el Tribunal— que discrimina tres casos disímiles, donde éstos (asegurador y deudor solidario) pueden ser citados tanto como terceros obligados (en tal situación, se confundirían con el primer caso), como en calidad de terceros interesados (dándole sentido a la tríada). Para lo que habrá que distinguir —como enseñan Toselli y Ulla— si sólo pretende vincular al citado a los efectos de la prevención de la cosa juzgada que haga la sentencia que se dicte en el proceso pendiente, o convertirlo en parte y, en consecuencia, opere en su contra la eventual condena y ejecución. Ello cobra aun mayor sentido si se repara en que nuestro TSJ ha dicho que no constituye una cuestión dirimente decidir si la citación a terceros obligados prevista en el art. 48, CPT, sólo involucra a los aseguradores y deudores solidarios o admite otro tipo de intervención, en casos que la ley de fondo los califica de deudores solidarios, ya que su intervención —en el carácter que fuere— se halla específicamente autorizada por la norma ritual (Cfr. TSJ, Sala Laboral, Sent. n° 247, del 12/11/1996, "Burlan, Roberto E. c/Lockheed Aircraft Argentina S.A.").

2.4.3. ALCANCE MATERIAL Y TEMPORAL DE LA EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 30, LCT

Ahora bien, una vez establecida la responsabilidad solidaria del demandado no empleador en los términos de alguno de los dos supuestos

(36) Ver Toselli, Carlos A. y Ulla, Alicia, op. cit., p. 268.

(37) Fallo publicado en SJ N° 1522, del 25/08/2005, Tomo 92, p. 269.

consagrados por el art. 30, LCT, y dando por sentado que existe el crédito reclamado por el actor, en tal caso, resta elucidar si aquél lo deberá afrontar indiscriminadamente, cualquiera sea su origen (laboral o extra laboral, como se considera al daño moral por ejemplo), versación (por ejemplo, obligación de hacer impuesta por art. 80, LCT; si resulta indiferente que fuera derivado de la responsabilidad contractual por incumplimiento del deber de previsión y seguridad art. 75, LCT o se funda en la responsabilidad extracontractual civil subjetiva —art. 1109, Cód. Civ.— u objetiva —art. 1113, Cód. Civ.—), o tiempo en que se devengó (relativo a qué sucede si, relación con la usuaria había concluido con anterioridad al despido producido por la empleadora directa o devengado de cualquier crédito salarial.

A esta altura es obvio advertir que tampoco existe al respecto acuerdo en doctrina y jurisprudencia. García Margalejo, en su voto en el Plenario, como ya se dijo, presagió que habrá de determinarse en los casos concretos lo que deba eventualmente resolverse acerca de la medida de la responsabilidad del deudor vicario (empresa usuaria o tercero solidario, como se prefiera llamarle), respecto de las obligaciones del deudor directo (empleador del trabajador de que se trate). Entendiendo, la citada magistrada, que la delimitación estará determinada según sea la medida del interés o beneficio del primero en la relación comercial que los una y lo que corresponda conforme el lapso de duración de tal vinculación, ya sea la rescisión o vencimiento de la cesión, ya sea la conclusión de la obra o realización de los trabajos delegados y concretamente cumplidos.

El texto del art. 30, LCT, hasta 1998 contenía un párrafo específico que delimitaba el ámbito material y temporal de la responsabilidad de mentas: "(…) En todos los casos serán solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con tal motivo con los trabajadores y la seguridad social durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado (…)". La reforma de la ley 25.013 suprimió este segundo párrafo y lo remplazó por el texto vigente que nada contempla sobre el punto, generándose el presente problema interpretativo en lo tocante al ámbito temporal de la norma.

Pero, no parece poseer la misma solvencia la marginación de ciertos rubros que integran la demanda laboral de su ámbito material, al menos,

aquellos que se agrupan dentro de la amplia gama de créditos laborales[38], circunscribiendo, en todo caso, la discusión a los extra-laborales. Es que, la responsabilidad solidaria dispuesta se extiende a todas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, y ello ciertamente incluye el otorgamiento de los certificados, pues la norma que regula dicha obligación alude a que "(…) deberán exigir del cedente el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de la seguridad social, como así también prever la circunstancia de que se extienda la solidaridad precisamente respecto de aquellas obligaciones contraídas con motivo del contrato de trabajo y de la seguridad social ...En todos los casos(…)".

En esa inteligencia se ha resuelto que: "(…) la solidaridad de la empresa que contrata en los términos del art. 30, LCT, abarca todas las obligaciones emergentes de los contratos laborales de la contratista, mientras que la solidaridad entre los sucesivos empleadores se limita a las deudas devengadas al momento de la transmisión entre empleadores, siendo en consecuencia acumulativa en relación a los últimos empleadores sucesivos conforme arts. 225 y 228 LCT" (Sent. N° 441, "Quinteros Hernán Omar y Otros c/ Cia. Circuito Cerrado SA s/ Diferencias", CSJ de Tucumán, Sala Laboral y Contencioso Administrativo, 07/06/2000). Regla que resulta enriquecida con la siguiente salvedad: "La solidaridad laboral de la principal y de la sub-contratante consagrada en el art. 30, LCT constituye una norma propia de la fuente contractual y por ende inaplicable en una situación de responsabilidad extracontractual objetiva, del art. 1133, Cód. Civ. (...)". En consecuencia el art. 30, LCT y ante el ejercicio de la acción común, ambos son incompatibles por provenir de diferentes fuentes obligacionales que suponen un régimen propio y especial. ("Salguero Clemente Victorio en J: Salguero Clemente Victorio c/ Edmundo Ramos Mogro y Otros s/ Ordinario, Inconstitucionalidad, Casación", Fallo: 90199190, SCJ de Mendoza, Sala 2; 08/06/1990).

(38) En contra se ha dicho: "Las certificaciones deben reflejar los asientos de los registros laborales, por lo que sólo pueden emanar de quien es o ha sido parte de la relación jurídica sustancial y obligado, por ello a llevarlos." (CNat, Sala VIII, 29/11/2002, "Chamadoira, Patricia Noemí c/ Lexel Comunicaciones S.A. y otro"). Que: "El carácter eminentemente punitivo del art. 2, ley 25.323, impide extender la sanción allí contemplada a un sujeto distinto al empleador, aun cuando resulte responsable en los términos del art. 30 LCT por las restantes obligaciones laborales." (CNat. Sala VIII, 12/03/2003 "Azcurra, Esteban S. v. Histap S.A. y otro)", etc.

Distinto es el panorama con relación al ámbito temporal. Existe una línea de pensamiento que, interpreta, no existe tal límite y que la responsabilidad se extiende durante toda la vigencia del vínculo laboral al cual sigue como su sombra, caso del fallo citado *ut retro* de la CSJ de Tucumán. Otra corriente, en cambio, entiende que ello puede en algunas hipótesis derivar en el absurdo de que la empresa usuaria deba responder por deudas anteriores al comienzo de su vinculación comercial con la empleadora o ulteriores a haber finiquitado la misma, por más lejanas que se situaren. Dentro de esta óptica, se subdividen dos vertientes que se hallan inmejorablemente resumidas en un precedente de nuestro TSJ que dirimiera el entuerto con voto dividido (TSJ Sala Laboral Cba., 28/06/2005, Sent. N° 35, "Del Castillo Héctor Noe c/ ETE S.A. e Itron S.A., Dda., Recursos de Casación"; Trib. de origen: CTrab. Sala II Cba)(39).

Allí, la mayoría resolvió que el art. 30, LCT, limita la corresponsabilidad del contratista y subcontratista al plazo de duración o al tiempo de la extinción de los contratos comerciales celebrados, no resultando aplicable a los créditos laborales de origen posterior al cese de la relación comercial. Coligiendo que la redacción del artículo no deja margen de dudas; la referencia es expresa a "la duración de los contratos" entre cedente y cesionario o contratista y subcontratista (hoy suprimida por la ley 25.013), y la frase "al tiempo de su extinción" viene a regular casos como el de autos en el que la rescisión fue decidida por el contratista en forma anticipada. Aun en esta hipótesis, existen acreencias que se devengaron con posterioridad a la rescisión del contrato que unía a las codemandadas, por las cuales el principal no debe responder al haber cesado sus obligaciones frente a los trabajadores y a los organismos de seguridad social en virtud de la finalización de la subcontratación. (Mayoría, Dres. Rubio y Sesin). A contrapunto, la disidente sostuvo que una de las normas del régimen laboral que recepta el principio protectorio es el art. 30, LCT, el que constituye una de las herramientas con las que cuentan los trabajadores a la hora de hacer efectivos sus créditos en contra de todos los sujetos obligados. El citado artículo describe dos supuestos claramente diferentes al delimitar en el tiempo la corresponsabilidad: "durante el plazo de duración de tales contratos", está haciéndose referencia expresa a la relación contractual de índole comercial, pero, cuando agrega la alternativa: "o al tiempo de su

(39) Publicado en: S. J., Fasc. N° 1520, 11/08/2005, Cuadernillo 6, Año 2005 – B, Tomo 92, p.195.

extinción", no puede sino referirse a los casos en los que la consecuencia directa de la rescisión dispuesta por la principal es la cesación de la relación laboral. Ésta es la interpretación más ajustada a derecho, pues de otro modo no se justificaría la distinción efectuada por el legislador. Advierte a mayor abundamiento que la reforma introducida por la ley 25.013, si bien no resulta de aplicación al *sub lite* por haber entrado en vigencia pocos días después de la rescisión del contrato entre ambas codemandadas, vino a esclarecer la cuestión al evidenciar que la intención del legislador es la de hacer extensiva la responsabilidad solidaria por los rubros derivados de la extinción del contrato de trabajo en tanto ella devenga como consecuencia de la rescisión unilateral del vínculo comercial decidida por el principal. (Minoría, Dra. Blanc G. de Arabel). Ergo, concluye que puede responder por un crédito devengado *a posteriori* de finiquitada la relación comercial, condicionado a que se verifique que ella desencadenó la extinción de la relación laboral y el consecuente derecho.

Lo que está fuera de toda discusión, entonces, es que según nuestro TSJ existe una delimitación temporal en el alcance de la responsabilidad del deudor no empleador, que no se confunde ni llega a ser una clonación de la que corresponde al deudor empleador. Aserto que no hace más que corroborar la diversidad de causa fuente de ambas obligaciones, hallándose la del no empleador ligada a las contingencias de su vinculación comercial y tan sólo de modo oblicuo a las vicisitudes del vínculo laboral. Baste el ejemplo de las interrupciones permitidas (D. R. 342/92) que abundan en el caso de trabajadores eventuales provistos por empresas habilitadas a tal fin y que desde la perspectiva de los diferentes terceros que se van relacionando a lo largo de la vigencia de ese único vínculo laboral implican el hito a partir del cual nace y cesa su co-responsabilidad.

2.4.4. ¿SOBRE QUIÉN PESARÁ LA CARGA PROBATORIA INCUMPLIDA?

Ante la insuficiencia o carencia de elementos de juicio apropiados para resolver el interrogante, a tenor de lo dispuesto por el art. 136, LCT pareciera razonable inferir que, pesa sobre el deudor solidario aunque, a la sazón, no fuera considerado a su vez co-empleador, desde que si merced a dicha norma está obligado al pago directo de los salarios reclamados en los términos allí prescriptos, presupuesto irremisible para ello es el tácito deber de saber rigurosamente las circunstancias y modalidad que rodean

al vínculo. Ergo, si se concatena con la obligación de fiscalizar impuesta por los arts. 29bis y 30, LCT, amén de discurrir si ésta es de resultado o tan sólo de medio, deberá conocer las vicisitudes de cada trabajador que preste servicio en su empresa siéndole inexcusable pretextar que nada le consta atento no ser su patrón.

Más, otra fuerte razón que justifica colocar en cabeza del demandado la fatiga procesal finca en el innegable hecho de que en más de una ocasión no podrá definirse *ab initio* si el caso debe subsumirse en alguna de las hipótesis legales (arts. 29bis y 30, LCT) que mantienen la mentada diferenciación jerárquica de sujetos que integran el polo pasivo o si, por el contrario, rige el caso alguno de los dispositivos antifraude por lo que el supuesto tercero se develará al final de la trama como otro empleador con todas sus implicancias procesales.

Sin embargo, existen Tribunales de mérito que, aunque participan del criterio predominante, defendido por nuestro TSJ y por la mayoría del Plenario comentado, de que no obstante haberse desistido de la acción en contra de quien se demandó como empleador puede continuarse el juicio en sede laboral en contra de quien se demanda como codeudor solidario.

En tal caso, de modo disociado, entienden que corresponde analizar si "el actor" ha logrado acreditar los hechos relatados en el escrito inicial; si los mismos le generan los créditos que pretende y, en su caso, determinar si existe la solidaridad que se invoca. Pues, entienden que aun pudiendo la acción ser ejercida sólo contra alguno de ellos por tratarse de un *litis consorcio* facultativo, esa circunstancia "(…) en manera alguna convierte al deudor solidario en empleador y no lo libera a quien opte, en virtud de la solidaridad impuesta por la ley, al no accionar en contra del empleador, a demostrar las circunstancias fácticas que dieron origen al nacimiento del crédito que reclama, que en la situación en que se ha colocado, puede convertirse en una actividad probatoria más dificultosa en virtud que existen obligaciones que sólo vinculan a trabajador y empleador y presunciones legales que sólo se aplican a este último (…)". (CTrab. Cba. Sala 6, Sent. del 06/11/2003, "Montes, Jorge Raúl c/ Vanguardia S.A. y Otros -Demanda-", Unip.: Carlos Alberto Federico Eppstein)[40].

(40) Idem: misma Sala, Sent. del 19/08/2003, "Oviedo Juan, Carlos c/ Vanguardia y Otra -Demanda -"; Unip.: Susana V. Castellano; y también: CTrab. Cba., Sala 2, Sent. de Oct./05,

Más problemas se siembran desde esa perspectiva, se ha sostenido que "(…) habiéndose desarrollado el contrato con el empleador directo, obligado principal (contratista) no le podrá acarrear responsabilidad alguna al empresario contratante responsable solidario el hecho de que no haya contestado intimaciones del trabajador o de que haya desconocido la relación laboral con el tercero y no es admisible condenar al responsable solidario con fundamento exclusivo en la rebeldía en que se incurrió" (41).

Las posiciones referidas llaman a la reflexión partiendo de la indefensión en que se colocaría a un empresario principal que en todo momento ha ejercitado su obligación de control, verificando así el cumplimiento de las obligaciones del empleador, pero que sin embargo de repente se ve demandado autónomamente porque el aludido empleador decidió despedir a uno de los empleados afectados al servicio, en función de que, a su entender, se produjo la justa causa prevista por el art. 242, LCT, que lo habilita a tales fines. Es evidente, en dicho caso, que el que debe probar que el despido fue justificado, es el empleador, quien lógicamente cuenta con los elementos para hacerlo. Preguntándose: ¿qué podría argumentar en su defensa el empresario principal, quien obviamente no debe ser consultado por el subcontratista para disponer una medida semejante? Siguiendo de ello que, es entonces imperioso que se demande al empleador, no obstando a que se haga lo propio con el empresario principal, quien deberá asumir conjuntamente con el dador de trabajo la obligación (en el caso de indemnizar) frente al trabajador, de concluirse que el despido no fue justificado.

Sin embargo, esa es la razón por la que —como viéramos— Guibourg coincide con Álvarez —y juntos con ambos todos aquellos que los siguen—, en que todo ello se evita con la posibilidad del deudor elegido de citar al proceso a su co-obligado, máxime si este último resulta ser el empleador donde sendos autores no discrepan acerca de tal derecho; y

"Amaya, María Leonor c/ Telecom Personal S.A. y Otro –Ordinario Despido" Expte. N° 3909/37, Fdo.: Silvia Díaz, Luis Fernando Farías y Miguel Ángel Azar.

(41) Fernández Madrid, Juan C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Tomo I, p. 977/979, parágrafos f) y g), Buenos Aires, La Ley, ver en especial las notas como la N° 95, que alude a la doctrina de la Sala III *in re* "Dragui, Humberto c/ Administración General SEL s/ despido" S.D. 36.448 del 18/10/1978.

si no ejerce tal facultad será un motivo más para sopesar al momento de hacer recaer sobre él la incertidumbre que subsista. Quedando al margen su impropiedad técnica a tenor de la polémica ya apuntada *supra*, relativa a que el deudor solidario en puridad de conceptos sólo podría denunciar el litigio para prevenirse en aras al ulterior ejercicio de acciones regresivas, siendo el obligado concurrente quien podría traer coactivamente al principal responsable a raíz de su condición vicaria. Deviniendo anecdótica en nuestra provincia, donde no hay lugar para tal debate atento la previsión expresa de la facultad de citar al deudor solidario, dispuesta por el art. 48, CPT.

2.4.5. PRECAVERSE DE LA FUGA DEL PROCESO DE PRUEBA PRODUCIDA

Si empleador también es demandado, *a priori*, todo se simplifica. Ahora bien, tal enunciado no debe conllevar a la falta de cautela, pues, como hemos visto puede convertirse en una emboscada procesal. De allí que habrá que precaverse ante su eventual insolvencia sobreviviente que derive en el ejercicio de la opción continuativa tan sólo en contra del solidario no empleador, no fallido, para evitar la fuga del proceso de prueba dirimente. Claro está que, con la reforma operada por la ley 26.086, sería inusitado que alguien opte en tal sentido, dado que el art. 21, en su segundo y tercer inciso dispone que el proceso de conocimiento deberá continuar en el fuero laboral allí donde se radicó el *litis consorcio* (aunque se pretenda erigirlo en necesario, hipótesis del inc. 3); y es poco probable entonces que se presente un caso en que se desista de la acción en contra del empleador, por la razón apuntada o cualquier otra, y continúe el juicio tan sólo contra el no empleador. No obstante ello, haciendo supresión mental de lo antedicho, como hipótesis de trabajo cuadra formular algunos señalamientos en este orden de ideas.

¿Qué más y con qué medio habrá de probarse? Circunstancias y modalidades del vínculo, los entretelones de la fijeza prejudicial en el intercambio epistolar que derivó en el despido. Para ello contará con informativa al empleador no demandado, adosada con el aval del art. 254, CPC y C. Toselli y Ulla[42] formulan tal disquisición al decir que el empleador

(42) Ver Toselli, Carlos A. y Ulla, Alicia, op. cit., p. 262.

no demandado, en tanto tercero ajeno a la relación procesal, no está constreñido por disposiciones que sancionen su omisión de exhibir con la inversión de la carga probatoria o la presunción de veracidad de lo expresado en demanda y que debiera constar en la documentación laboral pertinente (art. 39, CPT), sencillamente, porque en nada lo afectaría al no integrar la litis cayéndose en un error de atribución si se lo hiciera valer en contra del deudor no empleador demandado, quien no está obligado a llevar tal documentación respecto de quien no es su empleado. Por lo que entienden —y compartimos—, en tal supuesto sería de aplicación el art. 254, CPC y C, que lo obliga al tercero a exhibir documentos en su poder, ya que el empleador jamás podría oponerse; pero, donde la sanción conminatoria transitaría en la multa prevista para el caso de demora o incumplimiento injustificado del deber de informar (art. 321, CPC y C), mas nada agregaría en el campo probatorio.

¿Y la pericial contable? Si bien se trata de alguien que está fuera del proceso, no es un *penitus extranei* (tercero totalmente extraño), sino antes bien el principal responsable de la deuda litigiosa. Vale decir, no es un tercero ajeno en la relación sustancial que se ventila en la relación procesal. No obstante ello, aceptando por hipótesis argumentativa que fuera admitida la realización de tal pericia en su domicilio, igualmente se tropieza con otra valla *prima facie* infranqueable. Es que, cuál sería el poder coercitivo de tal medida probatoria ante su eventual frustración por la requerida, siendo que ésta no ha sido traída al proceso por lo que, insistimos, resultaría manifiestamente arbitrario derivar de su negativa a exhibir documentación alguna una presunción que se aplicará a otra persona, por más que fuera solidariamente responsable. Ello se debe a que, en la situación en que se ha colocado puede convertir su actividad probatoria más dificultosa en virtud de que existen presunciones legales que sólo se aplicarían al empleador[43]. Ergo, la prueba informativa o la exhibición en los términos del art. 254 CPC y C., parecen ofrecer mayor eficacia merced a la multa conminatoria del art. 321 CPC y C.

Por otra parte, ante la eventual fuga del proceso de prueba ofrecida y producida se presenta como apropiado ofrecer medios probatorios

(43) Vázquez Vialard, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. 2, Cap. IV, p. 353.

ambivalentes o subsidiarios. Nos explicamos: la ambivalencia está referida a su operatividad en un doble rol funcional al actual estado de cosas en el proceso, de modo tal que la exhibición y confesional de quien ya no es parte por haberse desistido la acción incoada en su contra valga como informativa y/o testimonial, para lo cual debió haber sido expresamente ofrecido en tales condiciones; que la pericia contable a practicar en su domicilio quede sustituida *ipso facto* por el exhorto al juez de la falencia para que remita copia de todo lo allí actuado, sobre la que se evacuará la pericia complementando lo escudriñado en el domicilio del deudor solidario devenido en único demandado.

Miguel Ángel Pirólo(44), en un interesante trabajo aborda los alambicados conflictos procesales emergentes, desde cómo juega la falta contestación demanda por uno respecto de la suerte del otro y la del mismo rebelde, etc. Es en este contexto que los expositores de la tesis de la solidaridad impropia arguyen que si, en definitiva, lo que parecería intentarse con el giro jurisprudencial reseñado anteriormente es la admisión de la demanda contra el obligado indirecto en supuestos en que la acción fuera desistida ante la quiebra del principal, a efectos de no invalidar la garantía legal prevista a favor del trabajador, otros pueden ser los caminos. El art. 133, ley 24.522 no imponía necesariamente una opción diabólica, ya que el desdoblamiento no deseado sólo se operaría en caso de que el demandante desistiera del empleador fallido en el proceso laboral para verificar su crédito en la quiebra, asumiendo con tal estrategia procesal el riesgo de que su demanda laboral ahora mantenida únicamente contra el obligado indirecto, sea desestimada por falta de acción. En cambio, de mantenerse el *litis consorcio* pasivo originario, sólo se operaría un desplazamiento del tribunal llamado a conocer, lo que en modo alguno implica la pulverización del derecho que se intenta hacer valer. Empero, como viéramos, con la reforma dispuesta por la ley 26.086, el actual art. 21, LCQ, en su inci. 2, marca que el otro camino transitaría ahora por mantener el *litis consorcio* ante el juez laboral (*télesis* coincidente con la prescripta de modo universal en el 3º inciso de la misma norma); con lo que, el estado de situación actual de la disyuntiva mejora notablemente en aras de prevenirse de la dicotomía de criterios judiciales, evaporizando el dilema principal.

(44) Ver op. cit., pp. 416/419 y 421/423.

3 | A modo de cierre

De todo lo expuesto, surge que razones acerca de las consecuencias se colocarían al mismo nivel de las esgrimidas desde la postura contraria como "esenciales" para debatir sobre ese doble riel la supuesta "naturaleza jurídica" de un instituto anejo al derecho común desde sus albores.

La discusión soslaya que los productos interpretativos destilan de una actividad de asignación de significado en donde intervienen decisiones guiadas por preferencias.

Ello es destacable en la disputa en torno a las "clasificaciones". Como se sabe, no hay clasificaciones verdaderas o falsas sino, en todo caso, útiles o inútiles al propósito de quien clasifica.

Si nos hacemos cargo de nuestras propias preferencias en procura de aclarar en la mayor medida posible desde dónde construimos la propuesta interpretativa, es posible, haciendo abstracción de la mayor o menor plausibilidad de las posturas, sostener que pacíficamente se admite que cuando el trabajador opta por realizar una demanda sólo contra el deudor no empleador, ante la negativa de los hechos o del derecho, deberá acreditar por los medios que establece la ley procesal aplicable:

a. que es acreedor de su empleador en virtud de un título jurídico (relación contractual) y de los hechos fácticos en virtud de los cuales ha nacido su derecho a la percepción de los haberes correspondientes, indemnización por despido, por accidente de trabajo, etc.;

b. que el demandado es deudor solidario en virtud de una disposición legal aplicable en razón de la situación fáctica que también deberá acreditar.

Empero, como se ha señalado, un hecho es probar que se es acreedor del deudor vicario, en tanto se lo es del principal, y otra distinta, que debe reclamársele forzosamente a este último[45].

(45) CNat, Sala X, 31/10/2002, "Della Marca, Daniel A. c/Automóvil Club Argentino y otro", mayoría: Héctor J. Scotti. - Julio C. Simón; disidencia: Corach. LL 2003-C, 555, - DT 2003-A, 803, con nota de Antonio Vázquez Vialard.

Han quedado esbozadas establecidas algunas notas y herramientas jurídicas que sirven para neutralizar tal riesgo, ya sea evitando caer en una orfandad probatoria tal, ya sea, en su defecto, distribuyendo el *onus probandi*, sin temer a su atomización ligada fuertemente a la compleja y variada gama de circunstancias fácticas involucradas.

En nuestra propuesta el art. 30, LCT, incluso con su metamorfosis y dificultades semánticas, constituye una herramienta de utilidad que no es violatoria de normas constitucionales en tanto que balancea en sus efectos hacer operativa la garantía del principio de protección. Limitación social del derecho de propiedad y libertad de empresa funcional a tal finalidad, direccionado a la interdicción de la hipotética insolvencia del empleador, que sin embargo, no se llega a erigir en presupuesto de aplicación conforme a un tecnicismo que obliga de igual modo a quienes se relacionen con aquél en los términos regulados por la norma, quienes deberán extremar sus cuidados en la elección, primero, y en su fiscalización, después, de los empresarios con quienes se vinculan, previniéndose de su impotencia económica, ligereza o mala fe con relación a un grupo de sujetos —trabajadores— cuyos derechos encuentran resguardo constitucional en los términos del art. 14 bis, CN. Para cuya encomienda el mejor camino es priorizar la seriedad por sobre los menores costos operativos y fragmentaciones artificiosas, y siempre llevar un legajo documentado de toda persona —empleado o no— que preste servicios en el establecimiento habilitado a su nombre.

Bibliografía

ACKERMAN, MARIO E., "Antes y después de 'Rodríguez' (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa)", en La solidaridad en el contrato de trabajo, Rubinzal - Culzoni, 2001-1.

ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 51/536.

ALTERINI, ATILIO A., "Obligaciones principales y accesorias", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, p. 825.

ALVARADO VELLOSO ADOLFO, "Los terceros que se convierten en partes procesales", Lección 19, en *Teoría General del Proceso*, Academia virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios judiciales, p. 20.

ÁLVAREZ, EDUARDO, "El artículo 54 de la ley 19.550, la responsabilidad solidaria de los socios y un debate inexplicable", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal - Culzoni, p. 251.

BOFFI BOGGERO, LUIS, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973.

BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, t. V, Buenos Aires, 1955.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 1997.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "La responsabilidad del dueño o del guardián de una cosa peligrosa no es conjunta sino alternativa o indistinta", LL 1997-F, 463.

CARCAVALLO, HUGO R., "El artículo 30 de la LCT (Sus antecedentes, alcances y problemas)", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, ed. Rubinzal-Culzoni, 2001-1.

CAZEAUX, NÉSTOR P. Y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, Derecho de obligaciones, redactado por Trigo Represas, t. V, ed. 1996.

COLMO, ALFREDO, De las obligaciones en general, p. 515, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

ETALA JUAN J. (H), "La limitación del derecho de defensa y la incitación a los litigios fraudulentos", LL online, 27/02/2006.

ETALA, CARLOS A., "Cesión, contratación y subcontratación en la ley 25.013", DT 1999-A-6l7.

FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, octubre de 2000, Tomo I, p. 977/979, parágrafos f) y g).

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y MENÉNDEZ, AURELIO, El Derecho, la Ley y el Juez, Civitas, Madrid, 1997.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, "El enunciado de responsabilidad", en DOXA 19, 1996.

GUIBOURG, RICARDO, "Las obligaciones solidarias en el Derecho Laboral", LT XXVI-969.

HART, H. L. A. Y DOWRKIN, RONALD, "La decisión judicial. El debate Hart- Dworkin",en *Siglo del Hombre*, Bogotá, Editores-Universidad de Los Andes, 1997.

HART, H. L. A., "Formalismo y escepticismo ante las reglas" en *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

HART, H. L. A., "*Postscript: Responsibility and Retribution"*, en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1968.

LARRAÑAGA, PABLO, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2004.

LLAMBÍAS, JORGE J., *Código Civil Anotado*, T. II - A.

LORENZETTI, RICARDO L., "El fraccionamiento de la responsabilidad laboral", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, 2001-1.

MANCINI, MARÍA DEL PILAR Y PIZARRO, RAMÓN D., "Algunas reflexiones en torno a las obligaciones solidarias en el derecho del trabajo", en La solidaridad en el contrato de trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.

MARTORELL, ERNESTO E., *Los contratos de dominación empresaria y la solidaridad laboral*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

MEZA, JORGE A., "Comentario a los Arts. 523 a 526" en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, A. J. Bueres (dir.) y E. I. Highton (coord.), Buenos Aires, Hammurabi, 1998, t. 2 A.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, "El arte de juzgar", en *Instituta*, Instituto de Derecho Privado de Junín, N° 7, año 2.

PERRACHIONE, MARIO C., "La intervención de terceros en el proceso laboral (ley 7987)", Semanario Jurídico, nov. 91.

POSSE, CARLOS, "Breves precisiones sobre el sistema de solidaridad laboral y el plenario Baglieri", en DT 1997-B-20l3.

POTHIER, ROBERT J., *Tratado de las Obligaciones*, T. I, Segunda Parte.

RAMACCIOTTI, HUGO, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba*, Depalma, 1986, T. I.

RAZ, JOSEPH, "La intención en la interpretación", en *Doxa* 20 (1997), pp. 199/233.

REZZONICO, LUIS M., *Estudio de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil*, Vol. I, Cap. VII.

ROBLES, GREGORIO, "Sociología de la Decisión Judicial", en *Sociología del Derecho*, Madrid, Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "Los alcances del art. 30 de la LCT", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal - Culzoni, 2001, t.1, pp. 157/172.

RODRÍGUEZ SAIACH, LUIS A., "Un plenario con más sombras que luces", LL online.

SÁBATO, ERNESTO, *Uno y el universo*, 1979, Seix Barral, p. 99.

SIMÓN, JULIO C., "Sobre algunos comentarios dis-valiosos respecto de la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo"; LL, 19/4/06.

TOSELLI, CARLOS A. Y ULLA, ALICIA, *Código Procesal del Trabajo -Ley 7987*, Alveroni, 2004

TOSELLI, CARLOS A., "Una caja de Pandora o el imperio del derecho", *AJ Laboral*, 2006, Vol. 60, fasc. 2º quincena abril.

TOSELLI, CARLOS A., "La situación jurídica vinculada con la solidaridad luego de la reforma introducida por el Art. 17, ley 25.013", *Rev. Catorce Bis*, Fasc. 8.

TOSTO, GABRIEL, "Interpretación judicial. Los caminos del juez cuando la Corte interpreta", *Semanario Jurídico Laboral y Previsional* L-IX-X, noviembre 2011, pp. 289/314.

TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. Y COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *C. Civil comentado*, Obligaciones, Rubinzal Culzoni, T. II, p. 1436.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, "La interpretación en el derecho del trabajo de la ley no laboral", en *Estudios de derecho individual y colectivo del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Colegio de Abogados de San Isidro.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, "La posibilidad que el acreedor laboral le reclame directamente al deudor vicario", Ty SS 2002-801.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO,"Un criterio desajustado en el ámbito del derecho del trabajo respecto al concepto de responsabilidad solidaria", DT 2003-A, 801.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. 2, Cap. IV

Proyectos legislativos

Proyecto de ley sobre Subcontratación y Delegación

Modificación del art. 30 e incorporación del art. 30 bis de la L.C.T.

H. Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE LEY

Texto facilitado por los firmantes del proyecto. Debe tenerse en cuenta que solamente podrá ser tenido por auténtico el texto publicado en el respectivo Trámite Parlamentario, editado por la Imprenta del Congreso de la Nación.

N° de Expediente 0887-D-2012

Trámite Parlamentario 010 (15/03/2012)

Sumario CONTRATO DE TRABAJO - LEY 20.744, T.O 1976 Y MODIFICATORIAS-. MODIFICACIONES, SOBRE SUBCONTRATACION Y DELEGACION.

Firmantes MOYANO, JUAN FACUNDO - RECALDE, HECTOR PEDRO - PLAINI, FRANCISCO OMAR - RUCCI, CLAUDIA MONICA - CICILIANI, ALICIA MABEL - NEBREDA, CARMEN ROSA - DEPETRI, EDGARDO FERNANDO - DE GENNARO, VICTOR NORBERTO - AGUILAR, LINO WALTER - GONZALEZ, JUAN DANTE.

Giro a Comisiones LEGISLACION DEL TRABAJO.

El Senado y Cámara de Diputados,...

Articulo 1°: Sustituyese el artículo 30 del Régimen de Contrato de Trabajo, aprobado por la Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente texto:

"Artículo 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le de origen, trabajos, obras o servicios correspondientes a su actividad principal o accesoria, dentro o fuera de su ámbito, tenga o no fines de lucro, deberán exigir a sus cesionarios o contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo, higiene y seguridad y frente a los organismos de la seguridad social y asociaciones sindicales.

En todos los casos el principal y los cesionarios, contratistas o subcontratistas serán solidariamente responsables frente a los trabajadores, organismos de la seguridad social y asociaciones sindicales por las obligaciones incumplidas durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto hayan concertado."

Artículo 2°: Incorpóranse como artículo 30 bis del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el siguiente:

"Artículo 30 bis.-

Los cedentes, contratantes o subcontratantes deberán exigir además a sus cesionarios, contratistas o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y las constancias de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de seguridad social, obra social y, de corresponder, a la asociación sindical, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador o de la entidad sindical que represente el interés colectivo de los trabajadores o de la autoridad administrativa interesada en la verificación.

El incumplimiento de cualquiera de los deberes puestos a cargo del principal será considerado infracción grave en los términos previstos en el art. 3° inc. G) del Anexo II al Pacto Federal de Trabajo ratificado por Ley 25.212.

Art. 3°: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

Existen razones de suma importancia para receptar la reforma legislativa propuesta, la cual tiene por finalidad brindar una respuesta adecuada a la necesidad de

protección del trabajador, (sujeto de preferente tutela constitucional, conforme al criterio asumido en reiteradas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación) que a raíz de la evolución y la utilización abusiva de la figura de la tercerización por parte de las empresas se encuentra cada vez más expuesto a la precarización de sus condiciones laborales.

Esta situación que afecta a un gran universo de trabajadores —en su mayoría jóvenes en su primer empleo— ha quedado expuesta recientemente con el conflicto que involucró a trabajadores de empresas tercerizadas de la actividad ferroviaria, que manifestándose legítimamente contra la utilización abusiva de la tercerización, desencadenó en la trágica muerte de un militante que participaba en la lucha contra la precarización laboral.

Este hecho político ha instalado una discusión que desde hace mucho tiempo se encontraba pendiente, y ha impuesto en toda la sociedad la obligación de discutir una ley que regule en forma seria y en sentido protectorio del trabajador el fenómeno de la tercerización.

Desde que el RCT sufriera los embates del neoliberalismo, sus derechos han ido en mengua. Con estrategias de técnica legislativa que, por ejemplo, con la utilización de una sola palabra lograban desarmar todo un andamiaje de protección (por caso, la palabra "específica" en el artículo 30 del RCT, como calificativo excluyente que deja fuera de protección a un gran colectivo de trabajadores - limpieza, seguridad, gastronomía, call center, informática, ferroviaria, transporte automotor de carga, etc.-), lo cual es inaceptable desde la óptica del Constitucionalismo Social, consagrado en nuestra Carta Magna.

Si no devolvemos a sus orígenes la ley, en donde la preocupación principal del legislador fue que el trabajador tuviese asegurado el cumplimiento de sus derechos en la práctica, nunca se hará realidad su condición de sujeto privilegiado, lo cual no pasará de ser más que una frase, jamás realizada, como en tiempos del constitucionalismo clásico.

La redacción originaria de la ley 20.744 se encontraba enraizada en los principios del constitucionalismo social, y hacía realidad las mandas del artículo 14 bis de la C.N., que luego con la irrupción de la dictadura militar el 24 de marzo de 1976, fue cercenada brutalmente en detrimento de los trabajadores, sufriendo un quiebre en su lógica.

Bajo esta óptica, el ilustre Dr. Centeno, mentor de la Ley de Contrato de Trabajo, y gran conocedor de la realidad concreta del mundo laboral, recogió las enseñanzas de los maestros europeos y plasmó un esquema normativo donde el norte fue siempre la protección del trabajador, sin que esto significase una mengua del progreso.

Por lo tanto, cuando la agilidad de los negocios muestre como más conveniente una tercerización, una subcontratación, una sucesión empresaria, serán enteramente factibles, con un solo costo: el cumplimiento de las obligaciones para con el trabajador. Porque la supuesta independencia entre las empresas, lo será en otro orden, pero no en relación con el trabajador, que es el punto desde el cual debe ser observado el fenómeno, como señor de todos los mercados (cfr. Vizotti).

Por otra parte, la propuesta tiende a dotar de seguridad jurídica a los actores de las relaciones laborales, ya que su tratamiento normativo de la temática, en la redacción actual del art. 30 del R.C.T., ha dado lugar a lecturas y aplicaciones divergentes en magnitud tal que no permiten a aquellos efectuar previsiones razonables respecto de las consecuencias de sus decisiones empresarias al respecto de los de los derechos que les asisten a los trabajadores que se encuentran involucrados en dicha situación.

Es por las razones hasta aquí señaladas que proponemos la modificación del art. 30 del R.C.T. en el sentido que seguidamente señalamos.

Se propone en el presente que la solidaridad de la empresa principal por los incumplimientos de sus cedentes, contratistas o subcontratistas tenga un alcance amplio, comprendiendo a todos los supuestos en que aquellos trabajos, obras o servicios objeto de contratación correspondan sea a su actividad principal como accesoria.

No ignoramos que la temática, en la concreta resolución de los casos que se presente, tendrá aristas casuísticas. Pero la solución que propugnamos, en este sentido, similar a aquella que imperara la L.C.T. (1974), estrecha a los márgenes de la incertidumbre frente a las respuestas normativas, otorgando previsibilidad tanto a los empresarios como a los trabajadores, afianzando la seguridad jurídica.

Por otra parte, no puede soslayarse que es el empresario principal quien elige a sus contratistas —derivándose de ello una responsabilidad in eligendo—, por lo cual la necesaria previa comprobación de la responsabilidad social y solvencia de esto constituye una previsión que resulta insoslayable en un "buen hombre de negocios".

Por último, se deslinda del art. 30 e incorpora como art. 30 bis los actuales parráfos 2°, 3° y 4° del art. 30 que fueron incorporados por la Ley 25.013, pero se les otorga un sentido claramente diferente del que pudo haber tenido en mente quien propugnara su incorporación en 1998.

La obligación impuesta a la empresa principal de exigir a sus contratistas y subcontratistas "...el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgo del trabajo" fue incorporada en 1998 con la finalidad de limitar la responsabilidad solidaria de la principal a los casos de incumplimiento a la obligación de exigir dichos instrumentos. Dicha intención no fue lograda por cuanto el análisis integral del artículo 30, a la luz de lo dispuesto en el párrafo primero en cuanto dispone que "...deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social...", impidió efectuar tal interpretación limitativa.

En el proyecto que sostenemos, la obligación del principal de exigir tales datos o instrumentos formales se elimina del art. 30, a fin de que no pueda sostenerse que sólo a ello se limita la obligación de control de la empresa principal. Tal como queda redactado el art. 30 L.C.T. no genera dudas que la responsabilidad solidaria del principal nace frente a cualquier incumplimiento del contratista o subcontratista.

No obstante ello, se mantiene la obligación de la empresa principal de exigir a sus contratistas y subcontratistas el CUIL de cada trabajador, la constancia de pago de remuneraciones, la copia de los comprobantes de pagos mensuales al sistema de seguridad social, una cuenta corriente bancaria y cobertura por riesgos de trabajo, previendo que el incumplimiento de tal deber será considerado infracción grave en los términos del Pacto Federal de Trabajo ratificado por Ley 25.212.

Por las razones expuestas, y considerando que de convertirse en ley el proyecto contribuirá tanto a dar adecuada protección a los trabajadores frente a los supuestos de tercerización como a dar seguridad jurídica a todos los actores de las relaciones laborales, solicito de los Sres. Diputados su acompañamiento y sanción.

Novedades

Novedades Jurisprudenciales

Ingegnieros, M. Gimena c/ Techint S.A. Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial

C.Nac.A.Trab., Sala V, 02/02/2012

Marco fáctico

Un trabajador fue secuestrado en su lugar de trabajo por un grupo de tareas durante la época de la última dictadura militar. Su hija inició, 31 años después de dicho acontecimiento, un reclamo fundado en la ley 9688 de accidente de trabajo, contra la empresa empleadora, alegando que ésta fue cómplice del secuestro. La sentencia de grado rechazó la demanda. Apelado el fallo, la Cámara por mayoría la revoca.

Sumarios

Es imprescriptible la acción con fundamento en la ley 9688 deducida por la hija de un trabajador desaparecido del lugar de trabajo, durante la última dictadura militar, pues si los sujetos que actuaron como autores, consejeros o cómplices del ilícito de lesa humanidad han de ser perseguidos penalmente por una acción imprescriptible, ninguna razón existe para que el resarcimiento del daño causado resulte prescriptible, máxime si la correlación entre prescriptibilidad de la acción penal y civil es contemplada incluso por el art. 3982 bis del Código Civil.

La convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad importa no sólo la imprescriptibilidad de la acción penal sino también la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias.

No cabe considerar que la acción civil tendiente al reclamo de la reparación por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un delito de lesa humanidad no resulte prescriptible por el hecho de que en ese reclamo estén en juego solamente cuestiones patrimoniales por tanto, disponibles y renunciables.

En los casos de reparación de los daños derivados de delitos de lesa humanidad están en juego derechos fundamentales de la víctima y, en su caso de sus derechohabientes, consagrados para tutelar intereses y valores que exceden la esfera patrimonial de aquéllos, subsumible exclusivamente en el derecho de propiedad, el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la libertad y al acceso a la jurisdicción de carácter irrenunciable en el ámbito de derecho interno (art. 872 del Código Civil) y no suspendibles ni aun en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado Parte en el ámbito regional americano.

Existiendo una norma de derecho internacional que consagra la imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad, se desplaza la aplicación del art. 19 de la ley 9688, norma ésta última que deberá ser declarada inconvencional e inconstitucional de oficio, por aplicación de la doctrina de la Corte suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Larrabeity Yañez" no es atendible el argumento en virtud del cual la acción para reclamar el resarcimiento patrimonial es imprescriptible porque nace de delitos de lesa humanidad que son imprescriptibles desde la óptica del reproche penal, ello así porque la primera atañe a materia disponible y renunciable, mientras que la segunda, se funda en la necesidad de que los crímenes de esa naturaleza no queden impunes, es decir, en razones que exceden el interés patrimonial de los particulares afectados. (del voto en disidencia de la Dra. García Margalejo).

Novedades Legislativas

Derechos en el nuevo régimen de trabajo agrario

Ámbito de aplicación. Protección a la dignidad de los trabajadores. La responsabilidad solidaria en el nuevo régimen. Mecanismos anti-fraude.

por **R. FEDERICO SILGUERO CORREA**[1]

I | Introducción

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional dispone que "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes (…)" enumerando luego una serie de garantías reconocidas a todos los trabajadores. La ley que ampara y regula muchas de esas garantías a la mayor parte de los trabajadores es la ley 20.744, la Ley de Contrato de Trabajo. No obstante, la misma norma excluye de su aplicación a ciertos grupos —no menores— de trabajadores cuyas relaciones de trabajo se encuentran regidas por legislación especial.

(1) Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad Nacional de 3 de Febrero.

Uno de estos grupos es el del trabajo agrario, el cual hasta fines de 2011 estuvo regulado por las leyes 22.248 —sancionada durante el último gobierno *de facto* y que excluía a los trabajadores agrarios del régimen establecido por la LCT reduciendo de esta forma muchos de sus derechos— y 25.191 y el decreto 453/01.

La nueva ley 26.727, promulgada el 27 de Diciembre de 2011, contemplando las características especiales de la actividad, iguala ciertos derechos que no le eran reconocidos a los trabajadores agrarios sin un fundamento jurídico o fáctico concreto, ya que sin perjuicio de las particularidades que la actividad tiene, en esencia, el vínculo laboral es el mismo: un trabajador dependiente poniendo a disposición de un empleador su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración de carácter alimentario. A continuación haremos un breve examen de esos derechos.

2 | Ámbito de aplicación

Como punto de partida, la nueva ley define su ámbito de aplicación.

En primer lugar aplica, el principio de territorialidad: la norma es aplicable a los contratos de trabajo agrario que se ejecuten dentro del territorio nacional.

Del mismo modo, define a la actividad agraria como toda actividad dirigida a la obtención de frutos o productos primarios a través de diversas tareas relacionadas al trabajo con vegetación o animales agrarios, en tanto se desarrollen en un "ámbito rural". Asimismo, define al ámbito rural recién mencionado como aquel que no contare con instalaciones edilicias intensivas; ni se encontrare dividido en manzanas o lotes cuyo destino sea mayoritariamente la residencia; ni se realizaren tareas relativas a la industria, el comercio, servicios o administración pública. A saber, excluye los ámbitos urbanizados en alguna medida. No obstante, circunscribir las actividades que regula no excluye a aquellas que se realicen en centros urbanos, aunque sí a las que se lleven a cabo en establecimientos industriales. Las actividades que contempla son las relacionadas con la manipulación, almacenamiento y empaque de frutos y productos agrarios, y las desarrolladas en ferias y remates de hacienda.

3 | Protección a la dignidad de los trabajadores

Si bien el propósito de la legislación laboral íntegra es la defensa y protección de los derechos de los trabajadores (en este sentido lo expresan Julio Armando Grisolía[2] o Juan Carlos Fernández Madrid[3], entre otros), así como de su dignidad humana, la cual esta ínsita en el trabajo toda vez que la actividad humana no puede ser escindida del hombre mismo según términos de la CSJN en autos "Pérez Anibal c/ Disco S.A."[4], debido a los abusos que lamentablemente fueron y son práctica habitual en la actividad agraria y que originaron numerosas inspecciones conjuntas entre AFIP y los ministerios de Justicia y Trabajo por situaciones de trata de personas y reducción a la servidumbre, la nueva ley debió reconocer algunas garantías básicas en forma expresa.

El art. 24 de la nueva norma establece que la vivienda que se le provea al trabajador deberá garantizar un mínimo adecuado de *confort* y habitabilidad, cumpliendo con condiciones de seguridad e higiene para evitar daños en la salud del trabajador y su núcleo familiar, con una división ambiental funcional clara —dormitorios suficientes, cocina-comedor, baño— y separadas de los lugares con animales o almacenes. Asimismo se impone al empleador la obligación de mantener la vivienda en condiciones.

En lo que hace a este punto en particular cabe destacar el progreso respecto de la ley 22.248. Mientras que ésta última sólo hacía referencia a

(2) "El fin perseguido por el derecho del trabajo es proteger a los trabajadores; se constituye así en un medio —una herramienta— para igualar a trabajadores y empleadores (…)" Grisolía, Julio A., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Ed. Abeledo Perrot, 14° edición, 2011, p. 8,

(3) "El derecho del trabajo nació para proteger al trabajador que se desempeña por cuenta y a riesgo ajeno, y más allá de las posiciones ideológicas que se sustenten frente a los temas de política social o a la realidad social que puede originar distintas formas de protección, la normativa de nuestro país mantiene dicha finalidad esencial." Fernandez Madrid, Juan C. *Tratado práctico de derecho del trabajo* Ed. La Ley, 2° ed. actualizada, 2000, p. 181.

(4) "(…) la relación de trabajo muestra una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de una de las partes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre y, por tanto, de su dignidad (…)" CSJN, autos "Pérez, Anibal c/ Disco S.A." del 01/09/2009. Fallos 332:2043, entre otros.

"condiciones adecuadas y suficientes" (art. 92), la nueva legislación agrega, en primer lugar, los conceptos de "*confort* y habitabilidad", que si bien resultan amplios, determinan un mínimo respecto a los niveles de comodidad que se deben respetar. Asimismo, al numerar los requisitos mínimos se completa la enumeración realizada por la ley 22.248 con garantías de salubridad (LTA, art. 24. inc. a, *in fine*) y la obligación de proveer, no de baños colectivos sino de un baño por grupo familiar, preservando así la privacidad de cada familia.

Respecto a la alimentación, ésta deberá ser sana y adecuada según la zona y las tareas realizadas. La adecuación de ésta a la zona geográfica es una adición de la nueva norma que tiene en cuenta la vasta extensión territorial y climática del país, lo que redunda en necesidades distintas. En caso de que por distancia o las dificultades en la zona, los trabajadores no pudieran adquirirlos por sí, el empleador deberá proporcionárselos, con un precio igual o inferior al de mercado. Asimismo, deberá garantizarse el suministro de agua potable en cantidad suficiente.

En lo que hace a los traslados del personal al lugar de trabajo, en el caso en que el trabajador fuese contratado para habitar en el establecimiento, el empleador tiene la obligación de costear el traslado no sólo del trabajador, sino también del grupo familiar y sus pertenencias. También debe hacerse cargo el empleador del traslado de sus trabajadores si mediare una distancia de 3 o más kilómetros y no existiere transporte público. Aunque suene redundante, la ley obliga a que el transporte brindado cumpla con los requisitos de seguridad legales vigentes, y que el transporte esté destinado al transporte de personas, con asientos suficientes para todos los trabajadores trasladados, evitando así que los trabajadores puedan ser transportados como animales u objetos y garantizando la dignidad de aquéllos.

Tal como se ha descrito, muchos de los derechos reconocidos a los trabajadores incluyen también a su núcleo familiar. En esta inteligencia la ley dispone la habilitación de espacios adecuados para el cuidado de los niños durante la jornada laboral, espacios que deberán estar a cargo de personal que deberá contar con calificación o experiencia en el cuidado de menores.

También deben ser respetadas las condiciones de seguridad de los trabajadores en el ámbito del trabajo. Para garantizarlas la ley reconoce al

trabajador el derecho a negarse a cumplir tareas —sin perder sus remuneraciones— en los casos en que ellas puedan producir un inminente daño a su persona, o que constituido en mora el empleador o declarada la insalubridad por parte del organismo competente, no se proporcionen elementos de seguridad o se hicieren trabajos para subsanar la problemática dada.

Si bien muchas de estas condiciones mínimas impuestas por la nueva ley pueden aparentar simples e incluso elementales, lamentablemente su inclusión lejos está de ser sobreabundante o innecesaria toda vez que las condiciones en las que el trabajo agrario se realiza y las dificultades que éstas generan para su control han sido caldo de cultivo para el desprecio del más básico trato humano, habiéndose detectado, tal como se mencionara antes, numerosas situaciones que llegan incluso a la reducción a la servidumbre.

Pero la normativa ya vigente no se limita a fijar un mínimo de respeto por las condiciones dignas de los trabajadores sino que tiende también a su progreso y desarrollo. Así, garantiza el derecho de los trabajadores agrarios a la capacitación mediante programas cuyos contenidos y desarrollo deberán ser realizados con acuerdo de la asociación sindical más representativa de cada sector. Asimismo, para incentivar la participación de los trabajadores en estos programas, además de considerar la asistencia a ellos como tiempo de trabajo, su realización genera el derecho al cobro de una bonificación remunerativa.

Finalmente, considerando lo riguroso de las tareas agrarias —preocupación que incluso fue tratada por el papa Juan Pablo II en su encíclica *Laborem Exercens*[5] de 1981— establece una jornada inferior a la dispuesta

(5) "Todo cuanto se ha dicho precedentemente sobre la dignidad del trabajo, sobre la dimensión objetiva y subjetiva del trabajo del hombre, tiene aplicación directa en el problema del trabajo agrícola y en la situación del hombre que cultiva la tierra en el duro trabajo de los campos. En efecto, se trata de un sector muy amplio del ambiente de trabajo de nuestro planeta, no circunscrito a uno u otro continente, no limitado a las sociedades que han conseguido ya un determinado grado de desarrollo y de progreso. El mundo agrícola, que ofrece a la sociedad los bienes necesarios para su sustento diario, reviste una importancia fundamental.(…)
El trabajo del campo conoce no leves dificultades, tales como el esfuerzo físico continuo y a veces extenuante, la escasa estima en que está considerado socialmente hasta el punto de crear entre los hombres de la agricultura el sentimiento de ser socialmente unos marginados (…)" JUAN PABLO II, *Encíclica "Laborem Exercens"*.

en la ley 11.544. La jornada máxima es de 8 horas diarias y 44 semanales, y la jornada nocturna, con un límite de 7 horas diarias, es la cumplida entre las 20 horas y las 5 horas del día siguiente. Nótese que, a diferencia de la ley 11.544, los límites diario y semanal no son alternativos sino conjuntos; deben ser respetados ambos.

En igual sentido, fija un régimen jubilatorio especial, en el que el beneficio se obtiene a los 57 años de edad, con 25 años de aportes.

4 | La responsabilidad solidaria en el nuevo régimen

Además de los mecanismos protectorios de la dignidad e integridad física de los trabajadores agrarios, la norma prevé mecanismos para la protección de los créditos del trabajador.

Previo cabe destacarse la adopción del principio de la primacía de la realidad: independientemente de la forma o nombre que adquiera, cuando una persona física se obliga a realizar tareas agrarias en el ámbito rural a cambio de una remuneración en favor de otra persona, existirá un contrato de trabajo agrario.

Sentado dicho principio y como garantía a los créditos de los trabajadores, dispone mecanismos de responsabilidad solidaria. Estos mecanismos resultan similares a los establecidos por la Ley de Contrato de Trabajo —arts. 29, 30 y 31— aunque con ciertas diferencias acordes a los avances doctrinarios y jurisprudenciales.

Así, en los casos de contratación y subcontratación, adopta la postura doctrinaria "amplia", estableciendo la solidaridad ante la cesión a cualquier título, de las actividades principales o accesorias e imponiéndole a la cedente una obligación de control. Al contrastar esta norma con el art. 30, LCT, la LTA incluye a las actividades accesorias, en concordancia con la jurisprudencia más reciente que interpreta su alcance, que fuera incorporada en el proyecto de modificación del artículo nombrado que se presentara en Noviembre de 2009 por los diputados Piumato y Recalde, entre otros firmantes.

Respecto a este punto, cabe recordar también que en Diciembre de 2009 la Corte Suprema en autos "Benítez, Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero S.A. y otros" dejó sin efecto la interpretación restrictiva realizada en "Rodríguez, Juan R. c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A" que durante casi 10 años se aplicó sin mucho mayor fundamento que su invocación.

Cuando la cesión corresponda a tareas que hagan a la actividad normal y específica propia del establecimiento, el nuevo régimen de trabajo agrario considera que el trabajador es empleado directo del principal. La consideración como empleado directo de quien se beneficia en forma directa de la actividad del trabajador tiende a evitar la interposición fraudulenta de personas en las relaciones laborales.

Respecto a los llamados grupos económicos, el RTA también avanza sobre las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo. Así, para disponer la responsabilidad solidaria entre las empresas integrantes, el grupo puede ser permanente o transitorio, y no requiere la existencia de maniobras fraudulentas o conducción temeraria como lo hace la LCT en su art. 31 en su redacción actual, introducida por la ley 21.297, norma también sancionada durante el último gobierno *de facto*.

Como se ha visto, la nueva ley de trabajo agrario dispone pautas más amplias que la Ley de Contrato de Trabajo a la hora de establecer la responsabilidad solidaria por los créditos laborales, dando así mayor protección a los trabajadores y buscando además desalentar las prácticas fraudulentas tendientes a la insolvencia e incumplimiento de obligaciones laborales por parte de los empleadores.

5 | Mecanismos anti-fraude

En el ámbito del trabajo agrario son desafortunadamente conocidas las prácticas ya mencionadas que violentan la dignidad del trabajador como ser humano. No obstante, también lo son —sin ser patrimonio exclusivo del sector— otros "métodos" no del todo rectos que también buscan perjudicar a los trabajadores. A lo largo de su articulado, la LTA dispone de una serie de mecanismos tendientes a evitar estas maniobras perniciosas.

El primero de ellos ya se ha mencionado: la adopción del principio de primacía de la realidad que impide que contratos de trabajo sean encubiertos bajo otras figuras con la intención de privar al trabajador de los derechos que la propia ley le reconoce.

Otro de estos mecanismos se encuentra relacionado con las modalidades de contratación contempladas en la norma. Como principio general se establece que el contrato de trabajo agrario es permanente y de prestaciones continuas. Si bien se contempla el contrato de trabajo temporario, la contratación consecutiva de un mismo trabajador bajo esta modalidad convierte la relación en una permanente discontinua y, por ende, con los derechos adquiridos por la antigüedad devengada. La legislación anterior favorecía la precarización de los vínculos laborales que no consideraba permanentes, situación que revistieron más de las dos terceras partes de los trabajadores agrarios según se expresa en los fundamentos de la reforma.

Respecto a la remuneración y su pago, se mantiene la prohibición de pago mediante bonos, vales, fichas o moneda distinta a la de curso legal, prohibición destinada a evitar la habitual práctica exhibida notablemente en la peícula "La Patagonia rebelde" de 1974 de realizar pagos con vales emitidos por el propio empleador y sólo válidos para comprar productos producidos o comercializados por el mismo empleador. Del mismo modo, se prohíbe la retención o deducción de suma alguna del salario por mercaderías entregadas, cuya adquisición debe ser solicitada por el trabajador, y vendida a precio igual o inferior al de mercado, reglamentación que busca evitar viejos abusos cometidos por los empleadores.

6 | Conclusiones

La nueva ley ha superado las injustificadas diferencias existentes entre los derechos reconocidos a los trabajadores agrarios con respecto a los restantes trabajadores del sector privado, teniendo en cuenta además las diferencias entre las actividades, diferencias en virtud de las cuales algunos derechos son incluso más am–plios (por ejemplo, el régimen jubilatorio o los límites a la jornada).

Este progreso en los derechos de los trabajadores rurales se enmarca dentro de las numerosas reformas legislativas producidas durante los últimos

8 años y que han marcado no sólo un fin a la flexibilización de la legislación laboral producida durante la década de los noventa, sino la recuperación e incluso el avance de muchos de los derechos cercenados durante la última dictadura militar.

Fuentes citadas

Índice de autores citados

AAVV, *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva* (Coord. Rodríguez Mancini, Jorge), La Ley, 2010.

ACKERMAN, Mario E., "Antes y después de 'Rodríguez' (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa)", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, 2001-1.

ACKERMAN, Mario E., y TOSCA, Diego, Tratado de Derecho del Trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. II, p 103.

ALTERINI, Atilio, AMEAL, LÓPEZ CABANA, *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 51/536.

ALTERINI, Atilio A., "Obligaciones principales y accesorias", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XX, p. 825.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Los terceros se convierten en partes procesales", Lección 19, en *Teoría General del Proceso*, Academia virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, p. 20.

ÁLVAREZ, Eduardo, "El artículo 54 de la ley 19.550, la responsabilidad solidaria de los socios y un debate inexplicable", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal Culzoni, p. 251.

ARIAS GUBERT, Enrique, *El Negocio Jurídico Laboral*. Ed. Lexis Nexis, p. 197 y ss.

ARONNA, Carlos y LOUSTAUNAU, Eduardo, "Las Cooperativas de trabajo y el fraude en la contratación laboral", *Revista de Derecho Laboral* 2005-2, Rubinzal-Culzoni, p. 397 y ss.

BAYLOS, Antonio, prólogo al libro de DESDENTADO DAROCA, Elena, *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Valladolid, Lex Nova, 2006.

BELTRÁN MIRALLES, Sofía, "Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas"; en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 689.

BENDINI, Mónica y GALLEGOS, Norma, "Nuevas formas de intermediación en un mercado tradicional de trabajo agrario", Grupo de Estudios Sociales Agrarios (GESA), Trabajo y Sociedad Indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas, Nº 4, vol. III, marzoabril de 2002.

BLAT GIMENO, Francisco, "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 44.

BLOISE, Leonardo G., "Las uniones transitorias de empresas y las obligaciones emergentes del contrato de trabajo", en AA.VV., *Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo*, Andrea García Vior (Coord.)Errepar, 2009, p. 191.

BOFFI BOGGERO, Luis, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1973.

BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Bs. As., t. V, 1955.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 1997.

BUSTAMENTE ALSINA, Jorge, "La responsabilidad del dueño o del guardián de una cosa peligrosa no es conjunta sino alternativa o indistinta", LL 1997-F, p. 463.

CANDAL, Pablo y PEREIRA, Graciela, "Cooperativas de Trabajo: opción legal legítima o instrumento del fraude", D.T. 2000-B-2316

CAPÓN FILAS, Rodolfo, "Aproximación Sistémica a las Cooperativas de Trabajo", *Derecho del Trabajo* 2003-A-1.

CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Derecho del Trabajo*, Ed. Platense, 1998.

CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Diccionario de Derecho Social. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Relación individual del Trabajo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1987.

CARCAVALLO, Hugo R., "El artículo 30 de la LCT (Sus antecedentes, alcances y problemas)", en *Revista de Derecho Laboral* 2001-1, La solidaridad en el contrato de trabajo. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.

CARINCI, María T., "*Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*"*; Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'antona*, *Università degli Studi di Catania*, *Facoltà di Giurisprudencia*, en www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

CASTELLO, Alejandro, "Grupos de coordinación o colaboración empresarial y responsabilidad laboral", en AA.VV., *Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo*, Andrea García Vior (coord.), Errepar, 2009, p. 239.

CASTELLS, Manuel, "La era de la información. La sociedad red", 4ta. ed., Siglo Veintiuno Editores, 2002, Vol. I, p. 179/227.

CAUBET, Amanda B., "La responsabilidad solidaria del articulo 30 de LCT y los contratos comerciales de colaboración empresaria", DLE, t. VII, p. 777.

CAUBET, Amanda B., "Otra vez sobre la responsabilidad del empresario principal que contrata y subcontrata" DLE, Errepar, marzo 2000.

CAZEAUX, Félix - TRIGO REPRESAS, Néstor p., Derecho de obligaciones, redactado por Trigo Represas, Ed. 1996. t. V.

COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961, p. 515.

COLOMBRES, Fernando M., "Solidaridad laboral y contrato de franquicia comercial: un fallo que indaga y comprende la realidad negocial", D.T., 2009-B-790.

CONFALONIERI, Juan Á., "Descentralización y deslocalización de la producción", en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva*, Jorge Rodríguez Mancini, (coord.), La Ley, 2010, p. 261.

CONTINO, Luisa, Ponencia "El Trabajo Clandestino como Virus Cultural" presentada en el XV Congreso Nacional del Equipo Federal del Trabajo Mar del Plata 2008, Revista on line del Equipo Federal del Trabajo.

CONTINO, Luisa, Ponencia: "La contratación en la actividad citrícola, fraude, solidaridad"

presentada en las XXXI Jornadas de la AAL. Publicada en Derecho Laboral.Ed. Nova tesis 2005.

CORNAGLIA, Ricardo J., "Concentración empresaria. Contrato de Franquicia. Solidaridad laboral y segmentación de la empresa, Errepar, t. VII-1032.

CORNAGLIA, Ricardo J., "La confusión de los conceptos empleador y empresa y sus consecuencias", *Doctrina Laboral*, Errepar, Noviembre 2005, t.XIX-999,

CORNAGLIA, Ricardo J., "Tras la bruma de la tercerización, a responsabilidad de la empresa. La jurisprudencia de la C.S.J.N. en materia de solidaridad laboral", DT Año LXX, Número 7, julio 2010.

CORRES, Gerardo y BUFACCHI, Marcelo A., "La importancia del proceso de sumisión de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a las autoridades de los Estados miembros" *Revista de Derecho Laboral*, 2008-2, "Actualidad", Rubinzal- Culzoni.

CRAIG, Graciela L. e HIERREZUELO, Ricardo D., "La limpieza como actividad principal", en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* Nº 22, LexisNexis, Noviembre 2006.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, "*Outsourcing* y relaciones laborales", en "*Libro de Ponencias del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*", Zaragoza, 28 y 29/5/99; Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales Nº 28, 2000.

CUERVO GARCÍA, Álvaro, y GUILLÉN, Mauro F., "*Outsourcing*, *offshoring*, deslocalización: consideraciones generales y reflexiones sobre el caso español";www.fundacionrafaeldelpino.es/documentos/conferenciasyencuentros

D' ARRUDA, Laura M., "Cesión del establecimiento sin cambio de titularidad", en *Solidaridad Laboral en la contratación y subcontratación de servicios*, Colección Temas de Derecho Laboral, Editorial Errepar, noviembre 2008, Buenos Aires.

DE LA CÁMARA ARILLA, Carmen, y PUIG GÓMEZ, Alberto, "Deslocalizaciones: ¿mito o realidad?; el caso español frente a los países de Europa central y oriental"; http://pdf.biblioteca.hegoa.efaber.net/ebook/16492/DESLOCALIZACIONES.pdf.

DE LUCA TAMAJO, Raffaele, y PIERULLI, Adalberto, "Informe General presentado en el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Paris, septiembre de 2006, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva*, Jorge Rodríguez Mancini (coord.), La Ley, 2010, p. 41.

DEL BONO, Andrea, "Deslocalización extraterritorial de empleos del sector servicios. Sentidos y transformaciones del trabajo"; www.ceil-piette.gov.ar/docpub/documentos/articulos/delbono06.pdf.

DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina, "Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo", R.L. 2000-445.

DEL VALLE CAMPOS, Marisa, "Las cooperativas de trabajo como modalidad de fraude en la contratación laboral", en www.eft.org.ar.

DESDENTADO DAROCA, Elena, *La personificación del empresario. Problemas sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización Tercerización y Subcontratación*, Oficina Internacional del Trabajo, 1era. ed., 2009.

ERMIDA URIARTE, Oscar, "Deslocalización, globalización y derecho del trabajo"; www.upf.edu.

ETALA (h), Juan J., "La limitación del derecho de defensa y la incitación a los litigios fraudulentos", LL online, 27/2/06.

ETALA, Carlos A., "Cesión, contratación y subcontratación en la ley 25.013", D.T. 1999-A.

ETALA, Carlos A., "Cesión, contratación y subcontratación en la ley 25.013", DT 1999-A-617.

FARRES, Pablo D. M., *Cooperativas de trabajo*. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

FELDMAN, Isaias, "La solidaridad en el derecho del trabajo", L.T, vol.XXXIV, pp. 83/84.

FERNANDEZ GIANOTTI, Enrique, "Incorporación de los principios del fraude laboral a la Ley de Contrato de Trabajo", D.T, 1975, pp. 257 y ss.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F., "El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar" en *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, Trotta, 2004.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F., "Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el derecho del trabajo", R. L. N° 4, 2009.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., "Contrataciones y subcontrataciones de obras y servicios: solidaridad". *Responsabilidad del empleador que realiza su actividad por medio de contratistas o subcontratistas*, G.T., 1966, p. 155.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Bs. As., Ed. La Ley, 1992.

FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Bs. As., La Ley, octubre de 2000, Tomo I, pp. 977/979, parágrafos f) y g).

FERREIRÓS, Estela M. y HIERREZUELO, Ricardo D., "La responsabilidad laboral de la unión transitoria de empresa"; *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2006-A-1, Abeledo Perrot.

FERREIRÓS, Estela M., "La responsabilidad. El contrato de trabajo en el marco del franchising", *Doctrina Laboral*, Errepar, T.VIII-625,

FERREIRÓS, Estela M., "El articulo 30 de la L.C.T después de la reforma de la ley 25.013 y la consecuente solidaridad", DLE, t.XIV, p. 41 y ss.

FOGLIA, Ricardo, "Empresas subordinadas y relacionadas", en *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva*, Jorge Rodríguez Mancini (coord.), La Ley, 2010, p. 615.

FOGLIA, Ricardo A., *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. II, pp. 363/365.

FOGLIA, Ricardo A., "Sobre el art. 30 LCT: Benítez y la subsistencia de Rodriguez", Trabajo y Seguridad Social, 2010-238.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MENÉNDEZ, Aurelio, *El Derecho, la Ley y el Juez*, Madrid, Civitas, 1997.

GARCÍA-MORENO Gonzalo, José M., "Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, Lex Nova, 2001, p. 49.

GARCIA RAPP, J., "La seguridad social. Actualidad y perspectivas. Su financiación." Ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, XV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 7 a 9 de octubre de 2010, San Miguel de Tucumán, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El enunciado de responsabilidad", en DOXA 19, 1996.

GNECCO, Lorenzo P., "Grupos económicos y descentralización productiva", en *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva*, p. 427, Jorge Rodríguez Mancini, (coord.), La Ley, 2010.

GOERLICH PESET, José M.: "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing):una visión interdisciplinar*, Valladolid, Lex Nova, 2001, p.105.

GONZÁLEZ DEL CERRO, Ángel, "Otra vez el art. 30 de la LCT: un paso atrás", D.T. año LXX – Nº 2, p. 299.

GONZALEZ, Ricardo, "La solidaridad en la LCT", D.T., 1986, p. 1413.

GRISOLIA, Julio A., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, decimocuarta ed., marzo de 2011.

GRZETICH A. y FERNÁNDEZ BRIGNONI H, "La subcontratación laboral y las figuras afines", en *Temas Prácticos de Derecho Laboral*, Montevideo.

GUIBOURG, Ricardo A., "Las obligaciones solidarias en el derecho laboral", L.T., vol. XXVI, p.969.

GUIBOURG, Ricardo A., "Las obligaciones solidarias en el Derecho Laboral", LT XXVI-969.

HART, H. L. A. y DOWRKIN, Ronald, *La decisión judicial. El debate Hart- Dworkin*, Siglo del Hombre, Bogotá, Editores, Universidad de Los Andes,1997.

HART, H. L. A., "Formalismo y escepticismo ante las reglas" en El concepto del derecho. Bs. As.: Abeledo Perrot, 1998.

HART, H. L. A.,"*Poscript: Responsability and retribution*", en *Punishment and Responsability. Essays in the Philosophy of law*, Oxford University Press, 1968.

HIERREZUELO, Ricardo D. y AHUAD, Ernesto J., "La solidaridad en el nuevo marco de las relaciones laborales", en *libro de ponencias del I Congreso de Derecho Trasandino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, realizado por la Sociedad Argentina de Derecho Laboral , Mendoza, 3 al 6/4/02,Buenos Aires, La Ley, 2002.

HIERREZUELO, Ricardo D. y NUÑEZ, Pedro F., *Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*, 3° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, junio 2011.

HUSSON, Michel, "Los retos de la deslocalización en Europa", *Jornada sobre Política Industrial y Deslocalización en el País Vasco*,

Bilbao, 26 de septiembre de 2007;www.iade.org.ar

IMAZ (h), Juan I., "Subcontratación y solidaridad", TySS, 1983, num.2, p. 36.

LALANNE, Julio E., "Unión transitoria de empresas", *Impuestos*, 1997-A-365.

LARRAÑAGA, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2004.

LIMA, Osvaldo J., "Interposición, subcontratación y empresas subordinadas o relacionadas en la ley 20.744", TySS, 1975,p. 577.

LIVELLARA, Carlos y LIVELLARA, Silvina, Las cooperativas de trabajo y la legislación laboral. Ámbitos diversos y supuestos de fraude laboral". *Revista del Foro* n° 37. p. 163.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil Anotado*, t. II-A.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Ed. Perrot, 1975, t, II-A.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t.II.

LOPEZ, Justo; CENTENO, Norberto y FERNADEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada*, 2° ed. 1978, t. 1, p. 214 y ss.

LORENZETTI, Ricardo L., "El fraccionamiento de la responsabilidad laboral", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Rubinzal-Culzoni, 2001-1.

MANCHINI, Héctor L, "La subcontratación en la industria de la construcción", D.T., voll.1983-B, p. 1445.

MANCINI, María del P. y PIZARRO, Ramón D., "Algunas reflexiones en torno a las obligaciones solidarias en el derecho del trabajo", en *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.

MARTORELL, Ernesto E. *Los contratos de dominación empresaria y la solidaridad laboral*, Bs. As., Depalma, 1996.

MARZORATI, Osvaldo, "*Franchising*. Su estancamiento y el art. 30 de la ley de contrato de trabajo", L.L.2008-F-1163.

MARZORATTI, Osvaldo J., *Sistemas de distribución comercial*, Astrea, 1990.

MAZA, Miguel, "Casos de solidaridad por contratación y subcontratación en el art. 30 LCT", DL t.VIII, pp. 913/25.

MÉNDEZ, María B. y MORENO CALABRESE, Verónica, "Identificación del empleador ante las nuevas formas de organización empresaria", D.T.2009-A-617.

MEZA, Jorge A., A. J. Bueres (dir.) y E. I. Highton (coord.), "comentario a los Arts. 523 a 526", en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1998, t. 2 A.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Un derecho 'mítico': los persistentes dilemas jurídicos de los grupos de sociedades", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 669.

MONEREO PÉREZ, José L., "Nuevas formas de organización de la empresa, entre la centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente", en *Relaciones Laborales N° 6*, Año 27, Buenos Aires, Ed. La Ley, marzo 2011.

MONTUSCHI, Luisa, "La nueva economía y los cambios en la organización del trabajo", en *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

MONZON, Máximo D., "Delimitación de la solidaridad", J.T.A., N° 1, p. 3.

MORALES ORTEGA, Manuel, "Las relaciones interempresariales como fuente de la relación laboral", en *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Fernández López y María Fernanda (coord.), Madrid, Trotta, 2004.

MORENO GENE, Josep, "Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filialización", en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p.703.

MORENO, Jorge R., "Algunos aspectos de la solidaridad en el derecho del trabajo. Interposición y mediación, subcontratación y delegación", L.T, vol. XXXIV- A, p. 561.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El arte de juzgar*, Instituta, Instituto de Derecho Privado de Junín, N° 7, año 2°.

MUÑOZ GUARASA, Marta, "Deslocalización sectorial de la inversión directa extranjera en España", Boletín Económico de ICE Nº 2744, del 21 al 27 de octubre de 2002; www.revistasice.com

MYRO SÁNCHEZ, Rafael y FERNÁNDEZ - OTHEO, Carlos M., "La deslocalización de empresas en España. La atracción de la Europa central y oriental", en www.revistasice.info.

NISSEN, Ricardo, "Las sociedades *off shore* y la responsabilidad de sus socios y representantes por las deudas laborales (comentario a fallo)", en AA.VV., *Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo*, Andrea García Vior (coord.), Errepar, 2009.

NISSEN, Ricardo, Nota al fallo de la Sala X de la CNAT, "Del Puerto del Rio, Evelio F. c/ Geoservices S.A. Sucursal Argentina", D.T.2005-1257.

OTAEGUI, Julio C., "Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresaria", ED-152-917.

PASADORE, Ricardo y TEMIS, Dora E., "Las Cooperativas de trabajo y el fraude laboral". *Revista Doctrina Laboral*. Errepar. Nº 186, febrero 2001, pp. 154/178.

PATRÓN, Javier y KELLY, Diego S., "El contrato de franquicia y la responsabilidad solidaria laboral", D.T. 2009-B-836.

PAWLOWSKI DE POSE, Amanda L., "Jurisprudencia sobre solidaridad por subcontratación y delegación, art. 30 L.C.T.", L.T., vol. XXXIII-A, pp. 387 y ss.

PEDRAJAS MORENO, Abdón, "La cesión ilegal de trabajadores", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, editorial Lex Nova, año 2001, p. 223.

PEDRAJAS MORENO, Abdón, La externalización de actividades laborales (outsouring): una visión interdisciplinar, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2001, capítulo 1.

PEREZ, Daniel G., "Procedimiento Tributario. Recursos de la Seguridad Social", *Procedimiento y Proceso*, Errepar, t. I, 2006.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "Filialización. Grupos de empresas", en *Descentralización productiva y nuevas for-*

mas de organización del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 629.

PERRACHIONE, Mario C., "La intervención de terceros en el proceso laboral (ley 7987)", SJ, nov. 91.

PIÑA, Joaquín, "La deslocalización de funciones no esenciales en las empresas: Oportunidades para exportar servicios. El caso de Chile", Naciones Unidas, CEPAL, Serie Comercio Internacional, Santiago de Chile, septiembre de 2005.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "La descentralización empresarial y el derecho del trabajo", en *Cuarenta y dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1° ed., agosto de 2000.

POSSE, Carlos, "Breves precisiones sobre el sistema de solidaridad laboral y el plenario Baglieri", en DT, 1997-B-2013.

POTHIER, Robert J., *Tratado de las Obligaciones*, T. I, Segunda Parte.

RACCIATTI O.C., "Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva", en *Revista de Derecho Laboral*, Nº 185, Uruguay.

RAINOLTER, Milton, "La triangulación en el derecho del trabajo", TySS, 2007-385.

RAMACCIOTTI, Hugo, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba*, Depalma, 1986, T. I.

RAMIREZ BOSCO, Luis, "Subcontratación y servicios normales específicos", nota a fallo, TySS, 1985, Nº 5, p. 451.

RAMIREZ BOSCO, Luis, "Subcontratistas e intermediarios en la L.C.T", L.T, vol. XXIII, p. 193.

RAZ, Joseph, "La intención en la interpretación", en *Doxa* 20, 1997, pp. 199/233.

RECALDE, Héctor P., "Nuevas Perspectivas en materia de responsabilidad laboral" Colección Temas de Derecho Laboral en *Solidaridad Laboral en la Contratación y Subcontratación de Servicios*, Andrea Garcia Vior (coord.), Buenos Aires, Ed. Errepar, 2008.

REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil*, Vol. I, Cap. VII.

REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, quinta edición, 1948, Imprenta Moderna de orlando y Cía.

RICHARD, Efraín H., "Unión Transitoria de Empresas ¿sujeto de derecho? (en torno a un curioso fallo de la CSJN)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en www.acaderc.org.ar

RIVERO LAMAS, Juan, "La descentalización productiva y las nuevas fórmulas organizativas de trabajo". Ponencia general del libro de ponencias del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29/5/99, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales N° 28, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

RIVERO LAMAS, Juan, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en *Descentralización*

productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

ROBLES, Gregorio, "Sociología de la Decisión Judicial" en *Sociología del Derecho*, Madrid, Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Comentario a los arts. 5, 26 y 31", en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, 2007, t.I.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "El Contrato de Franquicia comercial y las aplicaciones laborales", La Ley, 1992-D-963.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Los alcances del artículo 30 de la LCT", en *Revista de Derecho Laboral*, 2000-1. La Solidaridad en el contrato de trabajo, Rubinzal-Culzoni Editores.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo*, t. II, p. 139 y ss.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel, "Descentralización productiva y sucesión de empresas", en E*mpresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, María F. Fernández López (coord.), Madrid, Trotta, 2004.

RODRÍGUEZ RAMOS, María J., "Escisión de empresas y externalización de servicios", en *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 353.

RODRIGUEZ SAIACH, Luis A., "Un plenario con más sombras que luces", LL online.

ROLO, ENRIQUE A. M., "Redefinición de la figura del empleador"; TySS, 2007-809.

ROMERO, Miguel Álvaro, "Acerca de cómo opera la responsabilidad laboral en ciertos contratos de colaboración empresaria", en AA.VV., *Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo*, Andrea García Vior, (coord.), Errepar, 2009, p. 265.

SÁBATO, Ernesto, *Uno y el universo*, 1979, Seix Barral, p. 99.

SALAS, Ana M., "El Derecho Laboral en las Cooperativas de Trabajo", *La Revista del Foro*, T. 93, p. 37.

SÁNCHEZ PAGANO, Francisco R., "La responsabilidad de los miembros de uniones transitorias de empresas", en AA.VV., *Cuestiones societarias y fideicomiso en el derecho del trabajo*, Andrea García Vior (coord.), Errepar, 2009, p. 203.

SÁNCHEZ PAGANO, Francisco R., "Responsabilidad del franquiciante por las obligaciones laborales del franquiciado a la luz del art. 30 de la LCT" en *Solidaridad laboral en la contratación y subcontratación de servicios*, Andrea García Vior (coord.), Colección temas de Derecho Laboral, Errepar, 2008, p. 105.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, "Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo", R.L. Abr/2009, Nº 7, año XXV.

Secretaría Confederal de Acción Sindical de UGT, "El fenómeno de la deslocalización industrial en España: pautas de actuación", documento disponible en www.ugt.es/comunicados/2004/febrero/deslocalizacion.pdf.

SERRANO ARGUELLO, Noemí, "Limites a la gestión externa de mano de obra y medidas de

protección al empleo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

SIMÓN, Julio C., "Sobre algunos comentarios dis-valiosos respecto de la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo", LL, 19/4/06.

TOSELLI, Carlos y ULLA, Alicia, *Código Procesal del Trabajo -Ley 7987*, Alveroni, 2004.

TOSELLI, Carlos A., "La situación jurídica vinculada con la solidaridad luego de la reforma introducida por el Art. 17, ley 25.013, *Rev. Catorce Bis*, fasc. 8.

TOSELLI, Carlos A., "Una caja de Pandora o el imperio del derecho", *AJ Laboral*, 2006, Vol. 60, fasc. 2º quincena abril.

TOSTO, Gabriel, "Interpretación judicial. Los caminos del juez cuando la Corte interpreta", *Semanario Jurídico Laboral y Previsional L-IX-X*, noviembre 2011, pp. 289/314.

TRIGO REPRESAS, Félix A. y COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *C. Civil comentado*, Obligaciones, Rubinzal Culzoni, T. II, p. 1436.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, "El debate europeo sobre la 'modernización del derecho del trabajo' y las relaciones de trabajo triangulares", R.L. 2009-Nº 1, p. 39.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, 1ra. ed, Bs. As., Ed. Astrea, 1982, t. II, p. 344 y ss.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Aspectos laborales de la UTE", La Ley, diario del 12/08/04.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio y OJEDA, Raul H., "Ley de Contrato de Trabajo", t. I, p. 326.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "La interpretación en el derecho del trabajo de la ley no laboral", en *Estudios de derecho individual y colectivo del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Colegio de Abogados de San Isidro.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "La posibilidad que el acreedor laboral le reclame directamente al deudor vicario", *TySS*, 2002-801.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "La responsabilidad laboral de las personas y sociedades que integran una unión transitoria de empresas (UTE)", TySS, 2003-97.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Un criterio desajustado en el ámbito del derecho del trabajo respecto al concepto de responsabilidad solidaria", D.T. 2003-A, 801.

ZURETTI, Mario E, "Intermediación, contratación, delegación. Empresas relacionadas y subordinadas", L.T, vol. XXIX, p. 619.

www.ilo.org

www.inaes.gov.ar

www.jus.mendoza.gov.art

www.lexisnexis.com.ar

www.laleyonline.com.ar

www.oit.org

www.trabajo.gov.ar

Índice temático

A

APORTES P. 190, 201, 203, 207, 209, 210, 212, 218, 219, 220, 232, 244, 326

contribuciones patronales P. 206, 208

ASIGNACIONES FAMILIARES P. 207, 208

ASOCIACIÓN DE EMPLEADORES P. 91, 94

C

CESIÓN P. 9, 22, 38, 39, 62, 68, 69, 70, 81, 122, 124, 125, 126, 144, 146, 158, 166, 177, 187, 255, 258, 267, 279, 281, 291, 308, 310, 326, 327

CEDENTE P. 25, 69, 81, 82, 123, 124, 125, 126, 130, 131, 132, 178, 255, 258, 266, 269, 270, 283, 284, 292, 293, 326

CESIONARIO P. 25, 26, 81, 82, 124, 125, 126,130, 131, 132, 133, 134,158, 258, 276 ,281,284, 293 ,308

CESIÓN DEL ESTABLECIMIENTO P. 255, 258

cesión parcial P. 125

cesión total P. 22, 68, 69, 70, 124, 125, 126

CITACIÓN DEL TERCERO P. 196, 197, 286

CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN LABORAL P. 25, 32, 131, 284, 308, 311

CONTRATACIONES P. 32, 65, 77, 85, 89, 127, 157, 158

objeto de la contratación P. 20, 102, 150

CONTRATISTA P. 4, 10, 14, 20, 21, 23, 25, 26, 30, 31, 32, 67, 68, 75, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 102, 117, 122, 123, 124, 125, 130, 132, 133, 134, 141, 145, 146, 150, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 166, 170, 171, 173, 190, 191, 198, 202, 215, 216, 237, 258, 259, 263, 266, 267, 269, 270, 272, 277, 278, 280, 281, 282, 283, 284, 292, 293, 296, 308, 310, 311

subcontratista P. 4, 7, 10, 11, 13, 17, 14, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 30, 31, 32, 81, 82, 84, 85, 93, 102, 107, 123, 124, 125, 126, 130, 131, 132, 133, 134, 158, 159, 161, 164, 170, 171, 173, 176,178, 179, 181, 183, 184, 190, 191,197, 198, 215,202, 207, 210, 211, 219, 221, 231, 232, 237, 247, 256, 258, 265, 276, 277, 281, 282, 284, 293, 296, 308, 310, 311

CONTRATO DE TRABAJO P. 42, 44, 54, 56, 58, 60, 62, 66, 69, 73, 74, 92, 95, 96, 97, 99, 102, 103, 105, 106, 108, 109, 112, 114, 116, 117, 123, 124, 135, 136, 137, 139, 141, 147, 159, 160, 163, 169, 187, 189, 206, 223, 225, 227, 228, 232, 248,250, 251, 258, 259, 279, 280, 284, 292, 301, 302, 303, 321, 326, 328

medios de producción P. 85, 236

modificación de las condiciones de trabajo P. 15

reforma de la Ley de Contrato de Trabajo P. 107

relación laboral P. 22, 26, 35, 39, 43, 48, 61, 91, 100, 104, 110, 130, 131, 132, 134, 144, 170, 171, 176, 183, 185, 209, 218, 219, 221, 226, 229, 242, 245, 266, 276, 283, 294, 296

CONTRATOS P. 12, 15, 17, 21, 22, 24, 27, 40, 61, 63, 75, 77, 89, 97, 99, 100, 127, 130, 141, 144, 147, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 177, 207, 216, 221, 230, 258, 259, 280, 291, 292, 293, 303, 308, 322, 328

COOPERATIVAS DE TRABAJO P. 226,227, 230, 231, 250

cooperativa irregular P. 238

socios cooperativos P. 92, 94, 202, 210, 211, 212, 219, 221, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 237, 241, 242, 244, 245, 246, 248, 249

D

DEBER DE CONTROL P. 81, 281

DERECHO DEL TRABAJO P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 35, 36, 38, 39, 44, 53, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 71, 72, 74, 78, 79, 83, 84, 90, 91, 135, 136, 154, 157, 166, 167, 177, 178, 180, 186, 187, 189, 192, 202, 223, 225, 227, 243, 248, 250, 251, 263, 296, 298, 302, 304, 323

paradigma laboral P. 26

principio protectorio P. 24, 29, 67, 88, 114, 237, 244, 245, 263, 275, 293

DESCENTRALIZACIÓN P. 3, 5, 7, 9, 11, 12, 15, 17, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 58, 59, 60, 62, 88, 121, 136, 139, 148, 165, 166, 167, 171, 185, 186, 209

unidad técnica de ejecución P. 71, 73, 75, 140, 141, 145, 146, 149, 160, 180, 216, 280

DIVISIÓN DEL TRABAJO P. 37, 168

E

EMPLEADOR P. 3, 4, 5, 14, 20, 21, 22, 23, 36, 40, 42, 43, 45, 47, 48, 50, 52, 53, 56, 57, 59, 60, 61, 63, 66, 67, 68, 70, 84, 85, 86, 95, 96, 97, 100, 101, 103, 105, 106, 108, 109, 113, 115, 118, 119, 122, 123, 124, 126, 130, 133, 135, 139, 141, 149, 158, 159, 164, 168, 169, 176, 177, 186, 190, 191, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 206, 212, 214, 218, 227, 228, 235, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 281, 283, 284, 287, 290, 291, 292, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 322, 323, 324, 325, 328

empleador inasible P. 12

pluralidad de empleadores P. 12, 35, 44, 46, 49, 51 54, 55, 91, 92, 95, 99, 112

EMPRESA P. 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 17,18, 20, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 32, 39, 41, 42, 43, 44, 48, 49, 50, 51, 52, 56, 59, 60, 62, 63, 72, 73, 75, 77, 78, 79, 82, 84, 85, 86, 89, 91, 92, 93, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107,109, 110,111, 112, 113,114,115,116, 117, 119, 120, 121, 122, 131, 136, 139,140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 150, 153, 154, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 167, 169, 172, 173, 175, 176, 178, 179, 180, 181,182, 183, 184, 190, 197, 198, 205, 209, 211, 213, 215, 216, 217,218, 219, 220, 226, 230, 232, 233, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 247, 248, 251, 254, 255, 258, 259, 260, 267, 272, 273, 276, 277, 278, 280, 282, 284, 290, 291, 292, 294, 293, 295, 301, 309, 311, 317, 327

actividad accesoria P. 25, 87, 124, 162, 326

actividad principal P. 5, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 31, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 81, 88, 117, 124, 125, 127, 130, 135, 141, 143, 145, 149, 150, 151, 159, 160, 170, 171, 175, 178, 189, 197, 213, 215, 216, 219, 255, 258, 279, 280, 308, 310, 327

actividad subcontratada P. 178

empresas pequeñas P. 13, 14

filialización P. 37, 38, 40, 58, 61, 166

organización de la empresa P. 35, 53, 235

EMPRESARIO P. 8, 11, 42, 44, 50, 53, 56, 58, 59, 60, 71, 72, 73, 75, 82, 84, 86, 98, 99, 105, 121, 124, 131, 133, 134, 135, 142, 145, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 177, 178, 180, 181, 182, 187, 188, 189, 190, 191, 195, 196, 197, 199, 202, 203, 216, 280, 284, 310

F

FLEXIBILIZACIÓN LABORAL P. 210

FONDO NACIONAL DE EMPLEO P. 207

FRAUDE P. 4, 5, 8, 10, 15, 20, 22, 36, 43, 49, 53, 65, 66, 67, 73, 83, 84, 85, 86, 88, 90, 92,97, 98, 100, 103, 104, 105, 106, 109,110,113,115, 118,135, 159, 161, 164, 167, 170, 173, 177, 189, 199, 206, 210, 211, 218, 219, 221, 223, 226,227,231, 232, 237, 238, 242,243, 244, 248, 249, 250, 255, 263, 272, 276, 280, 321, 327

G

GRUPO ECONÓMICO P. 15, 50, 93, 94, 95, 96, 98, 100, 101, 102, 104, 106, 109, 111, 112, 114, 115, 158, 327

H

HABILITACIÓN P. 125, 126, 217, 324

HOLDINGS.
Vease GRUPO ECONÓMICO

I

INTERMEDIACIÓN P. 5, 10, 68, 102, 116, 157, 175, 176, 179, 181, 183, 184, 187, 190, 209, 218, 219, 221, 223, 225, 226, 227, 234, 236, 237, 242, 243, 245, 251, 254, 255, 256, 262, 263, 264, 266, 268, 269, 272, 277, 281, 282, 283, 284, 290, 292, 294, 302, 304, 311, 321, 326, 327

INTERMEDIARIO P. 4, 102, 122, 158, 175, 176, 177, 184, 254, 267

J

JOINT VENTURE P. 107

O

OBJETO SOCIAL P. 70, 75, 228, 231, 234, 280

OBLIGACIONES MANCOMUNADAS P. 55, 57

OBLIGACIONES PREVISIONALES P. 212

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO P. 5, 209, 213, 215, 219, 221, 228, 229, 234, 239, 240, 242, 243, 244, 246, 249, 250

OUTSOURCING P. 6, 7, 10, 39, 40, 60, 62, 63, 185, 190

P

PERSONA JURÍDICA P. 3, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 95, 99, 104, 106, 113, 220, 263

PERSONALIDAD JURÍDICA P. 38, 39, 46, 49, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 93, 95, 96, 98, 101, 103, 106, 166, 184

PERSONA FÍSICA P. 45, 47, 48, 52, 57, 95, 97, 105, 211, 232

POOLS P. 98

PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD P. 84, 88, 94, 99, 108, 112, 326, 328

PROCEDIMIENTO LABORAL P. 192

cosa juzgada P. 198, 199, 200, 290

PROCESO PRODUCTIVO P. 7, 14, 20, 38, 39, 40, 65, 73, 77, 121, 127, 157, 158, 162, 218, 225, 245, 263

PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR P. 5, 6, 17, 27, 242, 309, 310

PRUEBA P. 80, 82, 103, 106, 114, 115, 129, 134, 140, 143, 145, 177, 195, 221, 229, 236, 273, 280, 281, 283, 297

carga de la prueba P. 32, 69, 81, 96, 104, 105, 113, 197, 238, 249, 264, 284, 286, 294, 298, 309

R

RÉGIMEN NACIONAL DE JUBILACIONES Y PENSIONES P. 206, 207, 229

RELACIÓN DE DEPENDENCIA P. 3, 11, 16, 21, 26, 29, 33, 35, 38, 39, 43, 45, 46, 48, 54, 61, 91, 94, 100, 104, 106, 110, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 142, 144, 149, 158, 170, 171, 177, 183, 185, 186, 196, 208, 209, 213, 214, 215, 218, 219, 220, 222, 226, 228, 229, 233, 234, 235, 242, 245, 266, 276, 283, 294, 296, 310, 311, 323, 327

trabajadores en relación de dependencia P. 4, 7, 13, 17, 20, 22, 23, 30, 31, 32, 93, 123, 126, 163, 176, 178, 197, 207, 210, 211, 221, 231, 232, 247, 256, 265, 282

tutela del dependiente P. 6

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA P. 5, 6, 8, 9, 10, 12, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 30, 31, 32, 37, 38, 40, 49, 52, 57, 62, 63, 68, 72, 75, 81, 82, 84, 92, 97, 98, 101, 102, 105, 106, 114, 115, 117, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 131, 133, 134, 136, 140, 141, 144, 145, 148, 150, 151, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 167, 170, 173, 175, 176, 179, 181, 182, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 194, 195, 198, 199, 201, 205, 209, 210, 215,

217, 218, 219, 221, 225, 227,242, 243, 251, 255, 262, 263, 264, 266, 268, 272, 277, 281, 282, 283, 284, 292, 293, 296, 302, 304, 308, 310, 311, 321, 326, 327

deudor solidario P. 66, 67, 135, 202, 203, 256, 257, 267, 269, 279, 285, 288, 289, 290, 294, 295, 297, 299, 300

responsabilidad solidaria del sujeto interpuesto P. 157

semi-dependencia P. 13

S

SERVICIOS EVENTUALES P. 38, 48, 187, 218, 232, 254, 258, 279

SIMULACIÓN P. 20, 22, 65, 66, 83, 84, 85, 86, 159, 189, 221, 226, 238, 255, 272, 276

SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL P. 4, 5, 7, 9, 12, 16, 21, 23, 24, 25, 26, 32, 35, 38, 39, 44, 49, 52, 53, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 79, 81, 88, 90, 99, 101, 103, 123, 124, 125, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 157, 158, 159, 179, 186, 189, 190, 192, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 215, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 229, 230, 231, 232, 239, 251, 259, 284, 291, 292, 293, 304, 308, 311, 323

SUBCONTRATACIÓN P. 6, 8, 9, 12, 17, 18, 21, 22, 23, 31, 32, 37, 38, 40, 63, 68, 72, 81, 84, 85, 102, 115, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 136, 144, 148, 157, 158, 159, 161,164, 167, 175, 176, 179, 181, 182, 184, 187, 188, 189, 190, 195, 201, 209, 210, 255, 272, 273, 274, 277, 281, 293, 302, 310, 326

SUBCONTRATISTA P. 4, 10, 11, 14, 21, 23, 25, 26, 30, 31, 32, 81, 82, 84, 85, 102, 107, 123, 124, 125, 130, 131, 132, 133, 134, 158, 159, 161, 164, 170, 171, 173, 178, 179, 181, 183, 184, 190, 191, 198, 202, 210, 215, 219, 237, 258, 276, 277, 281, 282, 284, 293, 296, 308, 310, 311

SUBSIDIOS P. 110, 207.

T

TERCERIZACIÓN P. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 25, 30, 31, 33, 37, 38, 39, 40, 59, 65, 83, 86, 88, 91, 117, 119, 121, 127, 129, 135, 139, 146, 148, 153, 155, 165, 166, 167, 170, 171, 173, 182, 183, 184, 185, 194, 206, 225, 233, 243, 246, 256, 309, 310, 311

empresa empleadora P. 86, 317

medios de producción P. 85, 236

responsable directo P. 86, 218, 255, 266, 267, 286

responsable principal P. 257, 286

tercerización vertical P. 127

trabajadores tercerizados P. 89, 122, 205, 209, 210

unidad técnica de ejecución P. 140

vicario P. 67, 130, 195, 257, 261, 267, 269, 271, 273, 284, 286, 291, 300, 304

TERCERIZACIÓN LABORAL. *Véase* TERCERIZACIÓN

TERCEROS P. 5, 25, 37, 38, 39, 40, 42, 73, 74, 77, 78, 82, 84, 86, 90, 104, 106, 107, 117, 121, 122, 131, 132, 143, 144, 145, 150, 151, 157, 158, 159, 160, 171, 172, 176, 186, 190, 194, 196, 197, 201, 212, 216, 218, 220, 226, 231, 233, 236, 237, 241, 242, 243, 244, 251, 256, 258, 259, 264, 265, 266, 267, 268, 273, 274, 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 294, 295, 296, 298, 302, 303, 308

TRABAJADORES P. 4, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 38, 39, 40, 42, 43, 46, 49, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 62, 65, 66, 68, 70, 74, 76, 81, 86, 87, 88, 89, 91, 93, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 113, 114, 115, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 139, 140, 147, 157, 158, 159, 161, 163, 166, 168, 169, 170, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 190, 191, 195, 196, 197, 201, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 251, 252, 254, 255, 256, 257, 258, 261, 262, 264, 266, 267, 268, 269, 270, 273, 276, 277, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 291, 293, 294, 295, 296, 299, 300, 301, 308, 309, 310, 311, 317, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328

trabajadores españoles P. 5, 13

trabajadores estables P. 13

TRABAJO AGRARIO P. 223, 256, 321, 322, 325, 326, 328

condiciones de seguridad e higiene P. 323, 324, 325

defensa y protección de los derechos de los trabajadores P. 323

responsabilidad solidaria por los créditos laborales P. 327

TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO V*ease* CESIÓN DEL ESTABLECIMIENTO

U

UNIDADES PRODUCTIVAS P. 6, 58, 168