

TERCERIZACION: DOS ARTICULOS NORMATIVOS SOBRE EL CASO ARGENTINO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTORICA

Ricardo J. Cornaglia

I.LA TERCERIZACION EN LA RELACIÓN LABORAL. A LA LUZ DE LA VIOLENCIA QUE DESATA.

Publicado en La ley, noviembre 2010¹

1.- LA TERCERIZACION DE LA CONTRATACIÓN LABORAL.

Lo que se denomina desde la óptica de la empresa la tercerización de servicios de la misma, desde la óptica del trabajador, (un sujeto de especial consideración constitucional en un orden protectorio), constituye la intermediación en el vínculo que responde a la apropiación de la prestación laboral cumplida.

Preferimos para abordar mejor el tema, no circunscribirnos al término tercerización, caro a las relaciones laborales de la empresa, pero limitado a las complejidades organizativas. Tratarlo como parte de la problemática de la intermediación, por cuanto ella abarca a lo anterior y endereza el enfoque tuitivo en relación al dador de trabajo² como sujeto de consideración especial.

¹ Puede consultarse del autor: **El difuso concepto de empleador como sujeto titular de la apropiación del trabajo dependiente**, en Revista de Derecho Tras la bruma de la tercerización, la responsabilidad de la empresa. La jurisprudencia de la C.S.J.N. en materia de solidaridad laboral. En revista Derecho del Trabajo de julio del 2010, año LXX, n° 7, pág. 1701. **Las agencias privadas de colocación de personal**. Doctrina Laboral y Previsional. Errepar. Febrero del 2010, p. 114 y ss. No. 294. **La confusión de los conceptos empleador y empresa y sus consecuencias**, en revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, noviembre de 2005, año XXI, tomo XIX, N° 243, p. 999. **La subcontratación de servicios por medio de cooperativas de trabajo. El control de constitucionalidad del decreto 2015/94, la ley 25.250 y el decreto 1002/99**, en revista Doctrina Judicial, La Ley, Buenos Aires, 22 de octubre de 2003, año XIX, n° 43, pág. 516.

² Debe quedar claro para el lector, que el autor considera dador de trabajo al trabajador y no a su empleador que lo que da es empleo.

Mundialmente, el fenómeno de la tercerización ha cobrado bríos con la crisis de la empresa fordista-taylorista, como modelo ideal productivo, y éstas circunstancias tienen singulares consecuencias dañinas en los países emergentes.

El fenómeno se traduce en relaciones laborales de alta violencia contenida, que cada vez estalla en peores manifestaciones. El asesinato de un joven activista social de izquierda, sucede a partir de un enfrentamiento vinculado con la tercerización de contratistas, entre ellos supuestas cooperativas de trabajo, que enfrentan a la patronal, un sindicato que se vincula con ella y representa sus intereses y los del plantel de trabajadores estables, por un lado, y los trabajadores tercerizados por el otro, acompañado de formas primarias y básicas de organización sindical, que operan desde las bases y sin contar con los derechos y riendas propios de la personería gremial reconocida.³

Es notorio que la tercerización alimenta la precarización.

A consecuencia del fenómeno de la tercerización, la mano de obra se encuentra dividida en dos grandes categorías: a) un núcleo central compuesto por asalariados permanentes y de tiempo completo, al que se le requiere polivalencia profesional y movilidad, y b): girando alrededor de la organización del trabajo a partir de ese grupo nuclear una masa cada vez más numerosa de trabajadores periféricos, que pueden trabajar o no en el establecimiento, cada vez más difuso de la principal, por cuanto la producción no necesita como antes de la gran fábrica central.

Entre los periféricos (intermediados por la tercerización), se suele dar una proporción considerable de trabajadores precarios, muchos de ellos en condiciones de interinatos prolongados en el tiempo a discreción del principal, con jornadas, horarios y salarios inferiores a los que se abonan al grupo nuclear.⁴

³ El asesinato de Mariano Ferreira, culminó con una importante movilización popular que confluyó en la Plaza de Mayo, en la que la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) y numerosas organizaciones sociales y partidos políticos, además de reclamar el debido procesamiento de los culpables, denunciaron como causa del hecho la tercerización de servicios en los ferrocarriles argentinos privatizados.

⁴ Conf.: André Gorz quien apunta que Estos 'independientes' no está cubiertos por el derecho laboral, tampoco por cobertura social, y están expuestos a todas las incertidumbres coyunturales y comerciales que la firma descarga en ellos". ..."En 1986, Wolfgang Lecher preveía que la proporción de empleos estables y de tiempo completo caería un 50% en diez años. (Véase: WSI Mitteilungen 3, 1986, Düsseldorf. Resumí el artículo de W. Lecher en *Métamorphoses du travail*, ob. cit., págs. 89-91. WSI es el instituto de investigaciones de la Confederación de Sindicatos Alemanes (DGB). En 1994, nuevas estimaciones preveían una proporción de empleos estables de tiempo completo del 30 al 40% sólo para Alemania. Gran Bretaña se sitúa ya por debajo de ese nivel. Allí, el 95% de los nuevos empleos son precarios, contra un 75 a 80% en Francia, donde el 40% de los empleos son de duración determinada y/o de tiempo parcial". (*)Gorz, André: **Misérias del presente, riquezas de lo posible**, Paidós, Buenos Aires, mayo de 2000, págs. 58-59.

Este fenómeno se caracteriza por la despersonalización del vínculo de apropiación, desvinculando jurídicamente al dador de trabajo, de su principal apropiador.

Para establecer una genuina vinculación del trabajador con el empleador, la legislación social procuró desde sus albores limitar y acotar la intermediación parasitaria del trabajo, tratando de personalizar la relación apropiativa entre el dador de tareas y el apropiador objetivo y final de las mismas.

La intermediación se produce en todas las etapas de la relación laboral y suele comenzar al inicio de ella con la selección y colocación de personal, a los efectos de su reclutamiento.

Se entiende por lo tanto como colocación del trabajador, al negocio jurídico de intermediar la relación de trabajo al momento de su inicio. A la provisión por un tercero, del personal que contrata un empleador.

Aun en los países que admiten el funcionamiento legal de las agencias de colocaciones, la orientación que tiene la legislación es la de controlar el funcionamiento de las mismas y limitarlo en cuanto al lucro que pueden alcanzar con su actividad.⁵

Otra nota característica de las regulaciones intentadas del tema, fue la vinculación que se produce entre selección y la colocación, como introductorias de la subcontratación y los abusos y fraudes que por medio de ella se realizan.

Para abordar el tema acabadamente en tema de la tercerización, es conveniente el enfoque global de la misma, partiendo de los fenómenos de la colocación, como una de las formas de la intermediación del trabajo dependiente, ya que la abstracción individualizada con propósitos pedagógicos de esos institutos, como si funcionaran en comportamientos estancos, solo sirve para desentendernos de sus fines y funciones.

Debe ser estudiados pues, en un juego relacional, pero con el mismo objetivo de personalizar al trabajo, los institutos que hacen a la colocación y la subcontratación y las formas en que se ha reconocido responsabilidades de los apropiadores para con los trabajadores, a mérito de solidaridad en los créditos.

⁵ Ejemplo de ello fue el Uruguay, donde sus normas determinaron que las agencias privadas de colocación de personal, solo podían percibir de los trabajadores, hasta un máximo del diez por ciento de los salarios de un mes y en la medida en que puedan haber justificado gastos efectuados hasta ese importe.

La legislación francesa, por decreto del 2 de marzo de 1846, prohibía el "marchandage", por "injusto, vejatorio y contrario a la fraternidad". El Code du travail (art. 32, libro I), sancionaba de nulidad el contrato con que el "sous entreprenuer" explotaba a los obreros.⁶

Comentando esas normas, Barassi anotaba que al "marchandage" le faltaban "las razones de competencia técnica y sobre todo de colaboración útil y efectiva que hacen tolerar el subcontrato de obra; se castiga pues la explotación abusiva y socialmente antieconómica. En efecto aquí el intermediario, que casi siempre es un hábil destajista, se hace subempresario no tanto para colaborar técnicamente como para especular sobre las retribuciones de los trabajadores".⁷

Hasta la era del flexibilismo laboral, acompañando a la tendencia mundial de control o prohibición de la colocación de personal en el ámbito privado o la intermediación abusiva, se manifestaron la doctrina y legislación argentina.

2.- LOS TIPOS QUE ADOPTA LA INTERMEDIACIÓN.

La intermediación en el tráfico apropiador del trabajo dependiente, se produce a partir de determinadas figuras, que actúan por mandato del principal, que delega en el intermediador funciones propias, inherentes a su actividad, por razones de diversa índole (eficiencia del intermediador, preservar el anonimato, dividir el colectivo de trabajo, principios de descentralización en la gestión, etc.).

Entre esas figuras encontramos:

- a) Las agencias de selección de personal.
- b) Las agencias de colocación de personal.
- c) Las agencias de trabajo eventual.
- d) Las agencias de trabajo temporario.
- e) La subcontratación.
- f) Las concesiones de servicios.
- g) Los contratos de distribución de productos.

⁶ Robert Castel apunta: "La contratación quedó librada durante mucho tiempo a la iniciativa de los trabajadores (en principio 'libres' de alquilarse como quisieran), a la habilidad de los '*marchandeurs*' o '*tacherons*', a la venalidad de las agencias privadas de empleo (a las que hay que añadir unas pocas oficinas municipales) y a los intentos sindicales de dominar, incluso monopolizar, los contratos. CASTEL, Robert: **Las metamorfosis de la cuestión social**, Paidós, Buenos Aires, 1º edición, 1997, pág. 331. Conf.: B. Motez, *Systemes de salaire et politiques patronales*, París, Éditions de CNRS, 1967. El *tacheron*, o el *marchandeur*, le cobraban al patrón por la ejecución de una tarea, y a su vez remuneraban a trabajadores contratados por ellos mismos. Esta práctica era muy impopular entre los obreros, y fue abolida en 1848, pero restaurada poco después, y defendida incluso por liberales, como Leroy-Beaulier, quienes veían en ella una doble ventaja: asegurar una vigilancia cercana de los obreros por parte del *tacheron*, y permitir la promoción de una especie de elite de pequeños empresarios a partir del sector asalariado (cf. P. Leroy-Beaulier, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, t. II, págs. 494-495).

⁷ Véase BARASSI, Ludovico: "*Tratado de Derecho del Trabajo*", Editorial Alfa, Buenos Aires, 1951, T. II, p. 31.

h) Los contratos de uso de licencias.

La enunciación que practicamos no agota a las figuras que cumplen esa función. En el Informe de la VI de la Conferencia de la O.I.T., que data de 1994, se enunciaron 16 tipos de agencias privadas de contratación, dividiéndolas en cinco categorías.

3.- LA INTERMEDIACIÓN EN NUESTRA EXPERIENCIA HISTÓRICA.

En la segunda mitad del siglo XIX, se instrumentó en el país una vigorosa política inmigratoria, reclutándose en Europa a los proletarios expulsados por el hambre o por la represión al servicio de la restauración imperante en aquellas sociedades.

Los inmigrantes eran contratados y reclutados por intermediadores, que les prometían un futuro distinto.⁸

La intermediación, desde sus inicios demostró profundas vinculaciones con prácticas corruptas.⁹

La contratación intermediada comenzaba en Europa y se prolongaba en el interior en las colonias agrarias. O en las grandes explotaciones agrícolas y en los ingenios.

⁸ Ver: Para 1891, un carta de lector, publicada en el órgano de prensa de la Federación Obrera Argentina, denunciaba: "Lo que aquí se sufre es indescriptible. Vine al país halagado por las grandes promesas que nos hicieron los agentes argentinos en Viena. Estos vendedores de almas humanas sin conciencia hacían descripciones tan brillantes de la riqueza del país y el bienestar que esperaba aquí a los trabajadores, que a mí con otros amigos nos halagaron y nos vinimos. Todo había sido mentira y engaño. En Buenos Aires no he hallado ocupación y en el Hotel de Inmigrantes, una inmundicia sucia, los empleados nos trataron como si hubiésemos sido esclavos. Nos amenazaron de echarnos a la calle si no aceptábamos su oferta de ir como jornaleros para el trabajo en plantaciones de Tucumán. Prometían que se nos daría habitación, manutención y \$ 20 al mes de salario. Ellos se empeñaron en hacernos creer que \$ 20 equivalen a 100 francos y cuando yo les dije que eso no era cierto, que \$ 20 no valían más hoy en día que apenas 25 francos, me insultaron, me decían "¡gringo de mierda!" y otras abominaciones por el estilo, y que si no me callaba se me iba a hacer llevar preso por la policía. Comprendí que no había más que obedecer." El Obrero, ejemplar del 29 de septiembre de 1891.

⁹ David Viñas comenta al respecto: "...los abusos a los que se prestaba el sistema (de contratación de inmigrantes) fueron numerosos: 1) las promesas incumplidas que hacían los agentes vinculados a las empresas navieras o de colonización; 2) los contratos falsos sobre los pasajes aparentemente gratuitos pero que los inmigrantes debía reembolsar a ciertos capitanes de barcos comprometidos en el negocio; 3) los enfermos que se contrataban mediante la emisión de un certificado de salud falso que pagaba el inmigrante; los enganches que se hacían de inmigrantes jóvenes con destino a colonias agrícola-militares que no tenían la menor idea de las tareas campesinas ni de las faenas castrenses, y 5) el gigantesco circuito de trata de blancas que se fue armando en ese entramado". VIÑAS, David: *De los montoneros a los anarquistas*, Carlos Pérez editor, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 161.

Los contratos de trabajo eran ajustados por los conchabadores, quienes sacaban patentes de tales y operaban en directa relación con las autoridades. Los conchabadores, operaban en directa relación con subcontratistas como proveedores de su personal y éstos como proveedores de mano de obra en importantes empresas como por ejemplo los ferrocarriles o la industria de azúcar. Esta forma de intermediación se prolongaría en el tiempo hasta bien entrado el siglo XX.

Julio Mafud señala: “El conchabador es quien ajusta los contratos con los ingenios para ‘enganchar’ a los braceros de la zafra, el intermediario entre el ingenio y el obrero. Organiza en todos sus aspectos, el ‘tráfico humano’, y tiene agentes clandestinos o públicos para ‘la recluta’. Su cobro consiste en la proporción del veinte al treinta por ciento del jornal del bracero. Una estadística realizada en las provincias azucareras, antes de la ley 11.278 del 1925, indicó que del sesenta al setenta por ciento de los braceros que retornaban a sus hogares volvían ‘sin economías’. En el presupuesto de las provincias norteñas, abastecedoras de braceros, uno de sus recursos más importante provenía del cobro de la ‘patente de conchabadores’. De ese modo, los obreros eran explotados por los ingenios en primera instancia, por los conchabadores luego y por las autoridades de su propia provincia por último. El magro salario del bracero quedaba así descuartizado en tres partes: ingenio, conchabadores y autoridades provinciales. Para evaluar el monto que de allí se recaudaba basta decir que de Santiago del Estero emigraban 50.000 trabajadores por año, para efectuar labores temporarias en otras zonas. La liquidación final se efectuaba una vez terminada la zafra. Podía no liquidársele al bracero cuando este incurría en ‘injurias a sus superiores’, ‘provocación o huelga’, ‘encubrimiento de delitos’ (sin especificar en qué consistían), ‘inmoralidad o ebriedad’”.¹⁰

En el trabajo del puerto, a los intermediarios se los llamaba “contratadores” y lucraban de tal manera, que podían ganar en un día, lo que el estibador en un mes.

El mismo proceder se dio en la construcción de ferrocarriles. Uno de esos trabajadores, relató su experiencia personal de esta manera. “Recién al otro día vino un empresario contratista, un ingeniero alto, barbudo, y nos llevó al trabajo de desmonte en piedra dura. Allí nos dijo que trabajaríamos 10 horas al día (en el sol abrasador) y que ganaríamos \$ 1,50 al día, deduciéndonos \$ 15 al mes por racionamiento. A nuestra protesta contra este proceder arbitrario y tiránico, nos amenazó con la autoridad y la cárcel, y como allí había militares cuyo jefe ejercía las veces de autoridad, y no sabíamos a quien dirigirnos en aquella soledad e inmensa montaña, nos sujetamos y nos metimos a trabajar nomás. Después supimos que la empresa Clark contratava estos trabajos con empresarios

¹⁰ Véase MAFUD, Julio: “*La vida obrera en Argentina*”, Editorial Proyección, Buenos Aires, 1976, p. 72.

subcontratistas a buen precio, y éstos nos hacían trabajar. De tal modo, ganaban de nuestro trabajo: primero el subcontratista, después el proveedor que nos racionaba, después Clark y Cía., y después los accionistas de Londres de la compañía FCT (ferrocarril transandino)”.¹¹

Se llevaba también a cabo la intermediación abusiva en las grandes ciudades, en la casa del contratista o en la del obrero. No cesaba ni siquiera en los conventillos, cuando las tareas se llevaban a cabo en sus miserables e insalubres habitaciones. Todo el trabajo a domicilio era lucrado por los subcontratistas, al servicio de las incipientes industrias de la época.¹²

4.- LA INTERMEDIACIÓN EN LA APROPIACIÓN DEL TRABAJO.

Una nota característica de la formulación de un orden de relaciones laborales, que esté organizado tras el objetivo de independizar al trabajo de las características de la mercancía (como valor libre de intercambio), es la personalización de la relación en sí misma.

Esto hace a los vínculos entre el dador de trabajo y quienes se benefician con su apropiación, individual o conjunta, total o parcialmente.

Vínculos que se van diluyendo a partir de las intermediaciones que el proceso productivo va admitiendo. Relación que puede llegar a ser indirecta y referir a su vez a vínculos triangulares.

Para el trabajador, la relación en sí es obligadamente personal, ya que el objeto del contrato de trabajo, procurado por su contraparte, es la apropiación de su actividad humana como conducta que crea mercaderías, bienes y servicios. En este sentido el contrato de trabajo es la legitimación de la apropiación de una parte de la personalidad del trabajador. La propia de la creatividad cotidiana.

¹¹ Ver: El Obrero, números 10 y 11, del 28 de febrero y 7 de marzo de 1891.

¹² Denunciaba el periódico “El Obrero”, en su número del 28 de marzo de 1891: “Un contratista se arregla con el capitalista sobre el precio del trabajo y lo lleva a su casa. Le da trabajo a destajo en seguida a los obreros que vienen a trabajar a su casa. La casa se llama ‘sudadero’ y los obreros ‘los sudadores’, porque para ganar en salario apenas aceptable tiene que trabajar hasta sudar a torrentes... Las grandes sastrerías, zapaterías, negocios de modistas, etc., ganan pingües porcentajes por medio de este sistema infame que mata a los obreros y las obreras en corto tiempo, o al menos les arruina la salud en breve lapso”.... “El trabajo a domicilio configuraba una gigantesca pirámide. En la cúspide estaba siempre el capitalista; en las escalas intermedias el contratista; debajo, bien abajo, los obreros, obreras y ‘obreritas’. Pero la pirámide era inestable; cuando no había trabajo se desmoronaba. Los trabajadores a domicilio se quejaban porque los patronos ‘nunca les daban trabajo más que por algunos meses’; o porque ‘de la noche a la mañana nos dejan sin trabajo o mercadería’. En realidad, el obrero era un superexplotado: sin derechos, organización sindical o gremial, estaba atado al contratista, quien fijaba el precio del trabajo y el plazo de entrega”.

Por contrapartida, la situación puede no centrarse en una relación personalizada con el empleador. En la medida en que la organización de la empresa capitalista se desarrolla, la presencia personal y física del empleador cada vez se hace más abstracta e insensible.

Esto llega a ser que en materia laboral, en la gran empresa, la única relación personalizada se cumple entre la tecnoburocracia y los trabajadores. Y suele suceder que los miembros de la tecnoburocracia, asumen el rol personalizado del empleador, sin pertenecer a la categoría de los accionistas propietarios de la empresa.

Puede que los tecnoburócratas solo sean una clase más de trabajadores, que tras la figura del mandato o la gestión de negocios, asuman la gestión real personalizada de la representación empleadora. En un tráfico contraprestacional de la suma de contratos de trabajo, que constituyen a la empresa, como complejo de conductas humanas.

La vida económica depende esencialmente de un tráfico personal. Y ello obliga a mecanismos tan complejos como los de la autogestión y participación, para coherentizar un sistema que corre siempre peligro de naufragar por causas de la despersonalización absoluta, que llevan a un burocratismo ineficiente.

Es en este sentido que debe observarse el principio de la relación personalizada en el contrato laboral, como un tráfico entre hombres.

Aquí, el centro imputativo de normas que interesa como persona, en el empleador, refiere no solo a abstracciones jurídicas que conceptualizan a las asociaciones. En realidad tiene la orientación de hacer caer los velos que impiden ver detrás de las asociaciones a las personas físicas reales. Ya que ellas son las únicas que pueden tener conductas humanas, objetivo final del derecho.

El objeto del principio de la relación personalizada, procura en definitiva revelar relaciones entre personas humanas, pese a la complejidad con que esas personas, en el rol empleador, asumen legítimamente su función por medio de asociaciones.

El derecho del trabajo argentino, reconoce estos valores en la Constitución Nacional y en la Ley de Contrato de Trabajo, que a partir de la propia conceptualización del trabajo en su artículo 4°, orienta imperativamente al intérprete, a tener que respetar en primer término al trabajo "como principal objeto de la actividad productiva y creadora del hombre" y subordina a este valor lo que hace al intercambio y el fin económico.

La L.C.T. a partir de esa conceptualización de las relaciones humanas y sociales que norma, desgrana consecuentemente los conceptos de empresa.

Lo hace cuando se refiere a la interposición de personas en la relación apropiativa del trabajo dependiente que constituye el contrato de trabajo, considerándola como una práctica fraudulenta.

De ello da cuenta el texto del art. 14 de la L.C.T. 20.774 (t.o. dec. 390/76), que al regular el fraude laboral prevé:

“Será nulo 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. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”.

El legislador advierte que esta es una de las formas típicas del fraude y la simulación y si bien no está con ella ilegitimando toda intermediación, está tipificando como ilícita a la interposición a la que ella puede prestarse.

Los límites de la intermediación quedan determinados por las prácticas de la interposición.

Es a partir de esas premisas que la L.C.T. 20.744 debe ser interpretada en disposiciones como su art. 5° que refiere a la empresa; su art. 6° que lo hace al establecimiento; al trabajador, en su art. 25; de empleador en su art. 26; de socio-empleado en su art. 27; de interposición mediación y solidaridad, en su art. 29; de subcontratación, delegación y solidaridad en el art. 30; de empresas de servicios eventuales, en el art. 29 bis; de empresas subordinadas o relacionadas y solidaridad, en el art. 31 y en el Título XI, De la transferencia del Contrato de Trabajo (arts. 225 a 230).

Todas esas normas, giran a partir del art. 4°, y sus valores, tratando de operativizar el programa constitucional, que ordena a las leyes la protección del trabajador. Hacen a la construcción de un sistema de relaciones laborales, que sin dejar de legitimar la apropiación del empleador del trabajo de sus dependientes, coloque a éstos en condiciones dignas y a partir del intento de rescatar su estado de desposesión y de necesidad real.

El jurista que más influyó en la redacción de estos preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo, se trató de Enrique Fernández Gianotti, quien en un artículo que se constituye en fuente obligada en la materia, publicado a poco de la sanción de ese cuerpo normativo, supo distinguir entre intermediación e interposición, expresando que “el intermediario desarrolla, de diversas maneras, en interés de otro, una actividad tendiente al establecimiento de relaciones jurídicas entre dos o más sujetos, permaneciendo extraño a las relaciones mismas, pues quien interviene en tal carácter no asume directamente ninguna de las obligaciones o derechos que constituyen el contenido de la relación. Es una actividad meramente material, de acercamiento, como sucede con el agente”. Mientras que al caracterizar a la interposición refiere que en ella, “se reconoce a un sujeto la facultad de inmiscuirse en la esfera de otro sujeto, volcando en ella su propia actividad, supone asentimiento del propio interesado o, en casos especiales, su admisión

por el ordenamiento jurídico ... Situaciones normales de intermediación se presentan a propósito del mandato, la gestión de negocios, la comisión y la expedición”.¹³

Desde nuestra óptica la intermediación abusiva y fraudulenta se genera en la ilicitud de la interposición y la autoría común del ilícito por el principal que la permitió y el intermediador que se interpuso, obligándolos solidariamente.

El art. 14 hace caer el velo que constituye el acto ilícito de interponerse en la relación personalizada del dador del trabajo y quien se lo apropia realmente, y la solidaridad en compartida por los autores de la ilicitud a mérito de las previsiones de responsabilidad que inspiran el Código Civil (arts. 1081, 1661, 935, 942 y concs.)

Por lo expuesto no podemos compartir que la sanción que implica correr el velo de la interposición, pueda significar la cobertura para la irresponsabilidad del que se interpuso, como se sostiene en alguna doctrina.¹⁴

La creación de un sistema de producción a partir de esa programación jurídica, no deja de afectar intereses de distinta naturaleza, en muchos casos legitimados por el orden jurídico civil y comercial, al que el derecho del trabajo supera dialécticamente, por imposición constitucional de su especialidad, con sus notas de oposición.

En este sentido, es que los derechos del trabajador, emanados de la operativización del programa constitucional, tienen por razón de especialidad y notas de oposición, un rango superior a muchas otras normas legales, en especial comerciales y civiles, que tangencialmente también pluridimensionan relaciones del trabajo. Pero partiendo de otros ángulos del enfoque jurídico, que no responden al orden de valores y la lógica que la Constitución y la L.C.T. imponen.

El sistema creado, tiene coherencia y cumple una función. La de relacionar el trabajo dependiente con la estructura real económica de la empresa o conjunto de empresas que lo aprovechan y se apropian del mismo, lucrando a partir de la incorporación del mismo a bienes, servicios y mercaderías.

Pone coto a la despersonalización de la relación apropiativa del trabajo, a partir de la limitación del ejercicio del poder de intermediarla. Determina los límites del

¹³ Véase FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique: *“Incorporación de los principios del fraude laboral a la ley de contrato de trabajo”*, DT, 1975-264.

¹⁴ Ver: “Sin embargo, esta sanción implicaría imputar la relación de dependencia entre el trabajador y el empresario, desobligando al tercero interpuesto. Empero, la propia Ley de contrato de trabajo asimila esta situación a la mediación lícita prevista en su art. 29, imputándole al tercero interpuesto responsabilidad solidaria”. HIERREZUELO, Ricardo D. y NÚÑEZ, Pedro F.: *“Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 92.

derecho constitucional a ejercer la apropiación a partir de industrias lícitas. Condiciona la descentralización empresaria. La conceptualización correcta del tema que hace a la descentralización empresaria admisible por el derecho como instrumento legitimador de responsabilidades lógicas y naturales por las conductas cumplidas, reconoce una relación sistémica entre dos institutos.

- a) El de la solidaridad, que expresa reglas propias de responsabilidad objetiva, a partir del reconocimiento de actividades por parte de más de una empresa, en la apropiación común del trabajo de un dependiente de una de ellas.
- b) El del fraude laboral por simulación de la relación laboral que debía ser directa y que es ocultada por formas intermediativas.

El primer postulado de la relación personalizada en el contrato de trabajo, estuvo siempre destinado a clarificar la relación contraprestacional en sí misma, a partir del vínculo apropiativo sin admitir interferencias de intermediación abusiva.

En un análisis histórico del derecho del trabajo, la colocación del personal, fue uno de los primeros institutos que reveló la necesidad de controlar, y hasta prohibir la intermediación que despersonaliza.

La intermediación del trabajo ha sido una actividad empresarial firmemente arraigada en la economía capitalista, pero desde que los estados de derecho avanzaron a las formas constitucionales de los estados sociales de derecho, la libre contratación por medio de tercerizaciones siempre fue motivo de controles que sirvieran para paliar sus efectos nocivos.

La apropiación del trabajo dependiente por medio de un contrato de trabajo, puede generar plusvalía suficiente como para que varios apropiadores en conjunto o sucesivamente, operen en su propio beneficio.

La colocación de personal y la subcontratación de personal, son manifestaciones de la operativa de la intermediación.

Distintas etapas históricas se pueden constatar en torno a la intermediación lucrativa de la colocación de personal.

- a) Con el apoyo estatal a la inmigración y como forma de promoción de la misma, en la segunda mitad del siglo XIX, se formularon expresas políticas de contratación de trabajadores en Europa a los que se les proveía trabajo en el país.
- b) A este período le sucede una etapa de desregulación a partir del libre ejercicio de la intermediación y colocación de personal.
- c) A mediados del siglo XX, y con la sanción de la ley 13.591, se acompaña al derecho comparado y las políticas y normas de la O.I.T., que tratan de limitar y hasta prohibir la intermediación lucrativa de colocación de personal.
- d) Con la sanción de la norma de facto 21.297, que reformara a la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, por vía de la habilitación de la

subcontratación lucrativa del trabajo eventual, se desactivan las políticas de prohibición de esa actividad y se advierte la habilitación parcial de la misma.

5.- INTERMEDIACIÓN Y SEGMENTACIÓN DEL COLECTIVO DE TRABAJO EN LA EMPRESA.

Uno de los efectos más trascendentes de la intermediación del trabajo en la empresa, es la división del colectivo de trabajo en la misma.

Cuando en una misma empresa se concentran categorías de trabajadores que contribuyen al quehacer productivo de la misma, relacionados con distintos empleadores, violación del principio de igualdad de trato y de igual remuneración por igual tarea, se producen dos efectos negativos:

Existe una quiebra de la empresa como comunidad de intereses entre los trabajadores y quien es el principal beneficiario de la legitimación de la apropiación del trabajo producido.

La segmentación empresaria, implícita en la intermediación, fija relaciones de trabajo dependiente, que aíslan al trabajador de la relación responsable y total con el conjunto. Desde que por imposición de la gestión empresaria, se pasa a no reconocer la dependencia común, el consecuente correlato es la fijación del rol del trabajador a partir de una responsabilidad limitada y circunscripta artificialmente, pero con perjuicio manifiesto para la eficacia en la gestión.

Este fenómeno es apreciable desde la óptica empresaria y a partir de los valores que orientan a su lógica productiva. Pero no siempre la lógica de la producción coincide con la lógica de la maximización de los beneficios.

Los empresarios que con fines de rebajar costos laborales directos, intermedian para conseguir remuneraciones menores pese a la existencia de intermediadores a los que asocian en la explotación en común de la plusvalía; o procuran dividir la categoría profesional común a los fines de debilitar la representación y combatividad sindical; o utilizan la intermediación para eludir cargas sociales, están creando un factor de desorden económico que hará que la ventaja inmediata procurada, se transforme irremediabilmente, en pérdida futura de la capacidad de gestión, despersonalización de las relaciones con deterioro de la gestión responsable y caída de los niveles productivos.

Desde la óptica del sector de los trabajadores, la intermediación atenta contra el valor más alto con que cuentan para generar una mayor cuota de poder interno en el ámbito de la empresa: la posibilidad de unir con éxito la representación de los intereses comunes. La de resolver lógicamente y en común (democráticamente), la problemática de los intereses encontrados entre las propias categorías representadas.

Este problema, es uno de los mas complejos y trascendentes que debe enfrentar la acción sindical en lo interno de la categoría común, que sienta las bases de su propia debilidad cuando asume el rol contradictorio de dividir en su propio campo, a mérito de claudicar en la aceptación de las imposiciones empresarias, un orden jerárquico de explotación por sobre un orden jerárquico limitado por la solidaridad entre explotados.

Esto es notorio, sucede y complica cargando de fraudes y violencias contenidas, las relaciones laborales en la empresas que luego de la privatización de los servicios públicos llevadas a cabo en la década del 90, dividieron sus colectivos de trabajo y favorecieron una red de subcontrataciones y contrataciones de trabajo eventual, destinada a llevar a cabo los fines ordinarios y naturales de la prestación de los servicios concesionados.

6.- LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO.

Con la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, en el año 1974, el tema de la intermediación colocaliva en el contrato, fue tratado en el art. 31 de ese cuerpo normativo (base del actual art. 29 del t.o. del decreto 390/76).

En la Exposición de Motivos, el Poder Ejecutivo al promover la norma, se puso de relieve que los artículos 30, 31 y 33 sistematizan distintas situaciones “que han servido de base para la comisión de actos de fraude laboral”.

Se precisó que el art. 31 “se refiere a la intermediación y mediación, la que por involucrar a todos quienes utilicen trabajadores contratados o reclutados por terceros con vistas a proporcionarlos a otros, incluye las formas de “conchabo” en el reclutamiento de obreros de cosecha o zafra. Estas formas parasitarias quedan de tal modo suprimidas o reducida su intermediación al acto en sí, sin ninguna trascendencia en la relación empleador-trabajador, del modo que está configurado en los arts. 27 y 28, ya que se da por la ley una relación directa, con supresión del intermediario en la contratación, y en todo caso, y para mejor cautela a favor del trabajador, con la solidaridad que se asigna a quien contrata o recluta con quien emplea u ocupa efectivamente al trabajador. Se comprende de por sí las llamadas “empresas de servicio” al punto que se garantiza debidamente la situación jurídica y el crédito del trabajador por dichos medios”.

Estos criterio útiles para la interpretación auténtica de la norma, llevaron al siguiente texto original de dicho artículo 31 de la L.C.T. 20.744:

“Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vistas a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o la estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social”.

La norma respondía a una larga y trabajosa elaboración de la doctrina, consagrada en progresista fallos que fueron admitiendo sus presupuestos.

Con amplio sentido protectorio, la norma no distinguía en la interposición o mediación según las modalidades de contratación y ello alcanzaba al posible intento de intermediar los contratos de trabajo eventual.

La disposición superaba las dificultades que presentaba aceptar la responsabilidad del empresario principal, en un criterio subjetivo y afirmado en el reproche del fraude a demostrar o presumir.

De esta forma se relativizaba también el debate conceptual sobre la colocación e intermediación abusiva mediante subcontrataciones de los contratos de trabajo, ya que el empresario principal, siempre resultaba responsable de la conducta que generaba y lo beneficiaba, independientemente del hecho de que el trabajador titular de derechos laborales, subcontratado, figurara en su nómina de personal.¹⁵

Pese a la prohibición legal básica, y general de la colocación intermediativa, establecida en la ley 13.591 y ratificada en la Ley 20.744, un sector de intermediarios ya venía incipientemente desarrollándose en la subcontratación del trabajo eventual. En realidad ese sector operaba, en la mayor parte de los casos, fuera de los límites del contrato eventual, pero usaba su cobertura aparente, para legitimar la necesidad de su existencia.¹⁶

La maniobra se conectaba además con el uso abusivo y fraudulento de las subcontrataciones. Resultó evidente para el legislador que en el ejercicio de la industria lícita de la subcontratación del trabajo en la empresa, en muchos casos se encubrieron verdaderas formas de colocación de personal, con intermediadores que eran hombres de paja o sociedades simuladas, para que la relación verdadera entre el empresario principal y sus trabajadores se tornara indirecta. En definitiva,

¹⁵ Fallos como éste están inspirados en ese criterio: "Las empresas de servicios eventuales debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo no pueden sustraerse a la responsabilidad solidaria establecida en el art. 29 de la LCT, cuando los servicios prestados por el trabajador no revistan tal carácter, pues la excepción que resulta del último párrafo de la norma, sólo es aplicable en los casos en que efectivamente se trate de servicios eventuales". CNAT, Sala V, sent. 07/12/88, Juez Vicente Nicolás Cascelli - Horacio Vaccari - José Emilio Morell, "Lazarte, Marcos Víctor c/ S.A. Alejandro Bianchi y Compañía Ltda. y otro s/ despido".

¹⁶ Ver: "Es la eventualidad de los servicios requeridos por la empresa usuaria la que delimita el campo de acción de la empresa de servicios temporarios, por lo que cuando lo que se suministra es la prestación, por parte del trabajador, de servicios que en sí mismos no son eventuales sino permanentes, la relación cae bajo el principio general que rige a la subempresa de mano de obra: se establece una relación directa y permanente con el empresario que utilizó los servicios del trabajador, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del intermediario". CNAT, Sala X, "Cedeira, Nancy c/ EDENOR SA y otro", 29/9/2000, BD 6 - T 03148, Errepar.

para que el empresario no debiera responder por la actividad que lo beneficiaba en forma final. La conexión entre colocación de personal y subcontratación fraudulentas, lo motivó para afirmar el principio de responsabilidad objetiva por riesgo de la actividad generada, para desmotivar el uso de esas formas de contratación de personal.

Ya para entonces en complejas empresas que correspondían a la organización de medios instrumentales que debían ser coordinados a partir de actividades parciales, como lo era de la construcción, antes de la sanción de la L.C.T., la jurisprudencia se afirmó en la llamada "teoría de la realidad económica", por la que cuando el subcontratista demostraba carencia de solvencia, el principal debía responder por él.

Se admitía así, por ejemplo, la legitimidad de contratar en una obra por el contratista principal, subcontratistas que realizaran las obras de electricidad o plomería, pero si éstas subcontratistas no eran solventes en cuanto a la satisfacción de los créditos laborales de sus trabajadores, el contratista principal era declarado solidariamente responsable de satisfacerlos.

Pero en los pliegues de la jurisprudencia que resaltaba la validez del criterio que imponía la solidaridad, comenzó a debilitarse la razón de ser de la misma.

Ello sucedió en la medida en que se siguió asociando la razón de ser de dicha solidaridad, con la conceptualización del fraude y la falta de necesidad de probarlo.

Se sostenía la posibilidad de probar la existencia del establecimiento propio para operar, la profesionalidad y la solvencia del subcontratista intermediador. Se afirmaba que siendo la subcontratación un acto jurídico, proclive al fraude, organizado por el principal y el subcontratista, pero que venía a tener efectos importantes en el tercero que era el trabajador, no le incumbía a éstos la carga de la prueba de que la intermediación era fraudulenta.

Así la recogía la jurisprudencia, haciendo lugar a la solidaridad. Comentando uno de esos fallos de la Sala V de la C.N.A.T., Atilio Librandi, sostenía: "... la prueba de 'no profesionalidad', 'no establecimiento' y 'no solvencia' son hechos negativos de imposible o muy difícil prueba para los terceros. Este fallo pone las cosas en su lugar; quienes contratan deberán probar que ese acto, además de su ropaje formal, tiene una sustancia verdadera, un contenido real, que no tiene por objeto la burla de los derechos de terceros ajenos a la contratación, en especial de los obreros".¹⁷

¹⁷ Ver: CNAT, Sala V, 21/2/74, "Vázquez, Juan E. y otros c/ DO-MI-CA S.R.L." en rev. D.L. 1974, p. 91, con nota de Atilio LIBRANDI, "Requisitos formales y existencia real del subcontratista".

Era distinto sostener que la intermediación obligaba por el beneficio que generaba, a afirmar que la obligación respondía a una razón de ser que perseguía el fraude (e independientemente de quien era el responsable de probar que el mismo no existía).

En la doctrina nacional, Enrique Fernández Gianotti, con conocimiento de la doctrina italiana, que desde la época de Fusinato con sus teorizaciones sobre el caso fortuito, fue abriendo camino a los factores de atribución económica de la responsabilidad con formas objetivas contractuales y extracontractuales, se encargaba de defender la tesis amplia de responsabilidad. En ello abrevó Norberto O. Centeno, en el proyecto legislativo que terminó siendo consagrado como la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, en 1974.

El artículo 31 resaltó un doble orden de protección. Primero manteniéndose en la prohibición de la colocación intermediativa y la subcontratación fraudulenta. Segundo solidarizando a los principales por toda deuda por intermediación, colocación o subcontratación de personal (aún la subcontratación permitida).

Sobre este último plano operó el legislador de la dictadura militar en 1976, para debilitar ese orden protectorio, a partir de la reforma del art. 31, que en el texto ordenado del decreto 390/76, se transformó en el actual artículo 29 de la L.C.T., legitimando a las agencias de servicios eventuales y promoviendo la tercerización de servicios.

Debemos resaltar, que la excepción que implicó el tratamiento dado a las agencias de servicios eventuales, no afecta a la situación básica de la prohibición general de la intermediación y colocación. Y que la inmensa mayoría de los servicios contratados para tercerizar mediante agencias de servicios eventuales se llevan a cabo en fraude de esas previsiones de orden público, por cuanto los contratos que intermedian no son de trabajo eventual, condición legitimante para crea un vínculo intermediado válido.

En el menú de las cuestiones atinentes a las intermediaciones, el abuso de las agencias de servicios eventuales, ocupa un espacio, la subcontratación lisa y llana otro y en su seno, la intermediación por medio de cooperativas de trabajo fue desarrollándose hasta constituirse en el paradigma de la flexibilización empresaria, privada y estatal, como forma de burla descarada de la legislación social.

Desde la jurisprudencia de la Corte, no poco se hizo para alimentar el desaguado, aunque recientemente se viene tratando de recomponer algunos aspectos de la cuestión, que alcanzó su ápice a partir del continuo cuestionamiento que tuvo la doctrina.

El replanteo de la Corte, tuvo lugar el 22 de diciembre del 2009, en la causa “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros”.¹⁸

La decisión ahora adoptada por la Corte refiere al caso de un vendedor de gaseosas que cumplía sus labores durante los eventos deportivos del Club River Plate, contratado para ello sucesivamente por una serie de personas que actuaron como concesionarias del servicio prestado a la entidad deportiva, útil indirectamente para el mejor éxito de los eventos por atención brindada a los concurrentes.

Entre los meandros de las reglas que imponen la solidaridad, se puede distinguir tras la bruma de las tercerizaciones el papel que les corresponden a quienes las disponen como forma de apropiación indirecta del trabajo humano que sirve a sus fines.

En ese sentido es de esperar que llegue el momento de revalorizar en todo lo que implica el rico artículo 26 de la L.C.T., que define al empleador múltiple y que obliga a no considerar dogmáticamente los arts. 5 y 6 de ese cuerpo normativo. El contrato de trabajo tiene por uno de sus sujetos, al empleador, y éste, reconocido a partir del principio de primacía de la realidad, puede estar constituido por personas físicas y jurídicas asociadas y vinculadas solidariamente. Quienes se asocian para la apropiación, deben responder en conjunto y solidariamente por ello y a partir del principio de ajenización de los trabajadores del riesgo de empresa.

Es por eso que en el derecho positivo argentino, desde 1915 y a mérito de la sanción de la Ley de Accidentes de Trabajo 9688, se previó que para los infortunios de trabajo, el principal y los subconttatistas debían responder solidariamente. Y para esta norma no caben disquisiciones sobre el establecimiento o la empresa, o el fin específico de ésta, que son las vías por las cuales se extravía la cuestión, olvidando que el trabajador es ajeno al riesgo de la empresa y las formas que ella adopta para su propio beneficio.

Es hora de que la doctrina desactive una contradicción antinómica entre “establecimiento” (art. 6 LCT) y “empresa” (art. 5), en materia de solidaridad, para olvidar que el concepto básico que interesa en función de la teoría general de las obligaciones, a los efectos de determinar el sujeto de las mismas, es el de “empleador”, (art. 26), que termina por vincular a la persona física o conjunto de ellas, “tenga o no personalidad jurídica”.

¹⁸ El decisorio fue votado por los Ministros: Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Raúl E. Zaffaroni Carmen M. Argibay (en disidencia). El dictamen de la Dra. Marta A. Beiró de Gonçalvez, en su carácter procuradora general, aconsejaba rechazar el recurso interpuesto, manteniéndose en el encuadramiento doctrinario del caso “Rodríguez”.

Con lo que se llegó al absurdo de desvincular entre sí a los que están unidos en función del empleo de quienes con la enajenación de su trabajo, producen los bienes y servicios, que dan motivo a la cadena de producción y comercialización que lleva al mercado, lo que los trabajadores hacen.

Los vínculos de responsabilidad solidaria en función de actividades riesgosas que benefician, han sido asumidos en el derecho de los consumidores, con mucha más audacia que en otras ramas jurídicas. Pareciera que todos vamos tomando conciencia de la importancia que asume formar parte de la sociedad de consumo. De ello se puede aprender a partir del derecho del trabajo, como derecho humano de los productores reales.

Para con los consumidores el derecho de daños de la modernidad, ha receptado el reconocimiento del vínculo solidario que obliga a los integrantes de la cadena beneficiada por el consumo. La misma razón de ser vincular, que protege al consumidor, protege al trabajador dependiente, del empleador múltiple que se apropia de su labor. En ambos casos, se debe responder por el riesgo creado y a mérito de la actividad que beneficia en común.

La jibarización de la empresa en función de establecimiento, para liberar de responsabilidades solidarias al empleador es un absurdo, contradicho por el principio de ajenidad del trabajados al riesgo.

A la hora de responder no se puede hacer de la empresa, nada más que su establecimiento. Y ambos existen en materia de obligaciones en función del sujeto reconocido en la ley laboral: el empleador (art. 26), con su posible pluralidad de personas físicas y jurídicas. Menos aún, invocando con ligereza la libre contratación, ajenizar al hombre del producto final de su quehacer.

La reciente posición doctrinal de la Corte, es un paso positivo y modesto en un largo trayecto a recorrer.

En ese trajinar, desde el Congreso se ha tratado en numerosas oportunidades de pones reformular las reglas de juego que han llevado a este estado de situación en el que las situaciones de fraude provocan todo tipo de violencias agazapadas, latentes y amenazantes.¹⁹

La evolución jurisprudencial que la Corte viene llevando a cabo nos permite avizorar que por fin, nos acercamos al momento en que el contrato de trabajo comience a ser entendido como una compra de energía humana²⁰, que

¹⁹ Cuando se está redactando este trabajo en la Comisión de Legislación del Trabajo de la Cámara de Diputados de la Nación, varios proyectos vienen siendo tratados planteando modificaciones a los arts. 29 y 30 de la L.C.T. 20.744, orientados con fines restrictivos en la regulación de la tercerización,

²⁰ Ver del autor en cuanto al contrato de trabajo y su vinculación con la compra de energía el capítulo 14, “El contrato del trabajo del presente”, en su obra “Reforma Laboral. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis”, Editorial La Ley. Buenos Aires, 2001.

responsabiliza a todos los que se benefician con su apropiación. Llegará el día en que la creación (trabajo), como instrumento de liberación, no se frustre por el negocio (apropiación).

Quizás entonces, estemos en condiciones de aprender con humildad de los ejemplos que nos brinda el derecho comparado de otras naciones latinoamericanas que han tratado este tema con mayor rigor.

La constitución ecuatoriana reformada en el año 2008, prevé en su artículo 327:

“La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.”

TRAS LA BRUMA DE LA TERCERIZACIÓN LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA.

Publicado en DT 2010, julio, 1701

I. La intermediación en la apropiación del trabajo

Una nota característica de la formulación de un orden de relaciones laborales, que esté organizado tras el objetivo de independizar al trabajo de las características de la mercancía (como valor libre de intercambio), es la personalización de la relación en sí misma.

Esto hace a los vínculos entre el dador de trabajo y quienes se benefician con su apropiación, individual o conjunta, total o parcialmente.

Vínculos que se van diluyendo a partir de las intermediaciones que el proceso productivo va admitiendo. Relación que puede llegar a ser indirecta y a veces triangular.

Para el trabajador, la relación en sí es obligadamente personal, ya que el objeto del contrato de trabajo, procurado por su contraparte, es la apropiación de su actividad humana como conducta que crea mercaderías, bienes y servicios. En

este sentido el contrato de trabajo es la legitimación de la apropiación de una parte de la personalidad del trabajador. La propia de la creatividad cotidiana.

Por contrapartida, la situación puede no centrarse en una relación personalizada con el empleador. En la medida en que la organización de la empresa capitalista se desarrolla, la presencia personal y física del empleador cada vez se hace más abstracta e inasible.

La historia del movimiento obrero y de su hijo intelectual, el derecho del trabajo, es rica en testimonios de lucha contra variadas formas de intermediación, por cuanto la experiencia señaló que las mismas llevaban a intensificar la explotación.

La normativa fue receptando los reclamos obreros en forma puntual, para algunas de esas prácticas intermediativas. La legislación francesa, por decreto del 2 de marzo de 1846, prohibía el "marchandage", por "injusto, vejatorio y contrario a la fraternidad". El Code du travail (art. 32, libro I), sancionaba de nulidad el contrato con que el "sous entreprenuer" explotaba a los obreros.

Comentando esas normas, Barassi anotaba que al "marchandage" le faltaban "las razones de competencia técnica y sobre todo de colaboración útil y efectiva que hacen tolerar el subcontrato de obra; se castiga pues la explotación abusiva y socialmente antieconómica. En efecto aquí el intermediario, que casi siempre es un hábil destajista, se hace subempresario no tanto para colaborar técnicamente como para especular sobre las retribuciones de los trabajadores"(1).

La intermediación en nuestro país, con el desarrollo acelerado del capitalismo a partir de mano de obra de inmigrantes, provocó encendidas denuncias de prácticas corruptas, registradas por la literatura de crítica social (2).

En la segunda mitad del siglo XIX, la intermediación parasitaria comenzaba en Europa y se prolongaba en el interior en las colonias agrarias. O en las grandes explotaciones agrícolas y en los ingenios. Las agencias de colocación prolongaban su accionar en el de los subcontratistas y conchabadores.

Los contratos de trabajo eran ajustados por los conchabadores, quienes sacaban patentes de tales y operaban en directa relación con las autoridades. Julio Mafud señala: "El conchabador es quien ajusta los contratos con los ingenios para 'enganchar' a los braceros de la zafra, el intermediario entre el ingenio y el obrero. Organiza en todos sus aspectos, el 'tráfico humano', y tiene agentes clandestinos o públicos para 'la recluta'. Su cobro consiste en la proporción del veinte al treinta por ciento del jornal del bracero. Una estadística realizada en las provincias azucareras, antes de la ley 11.278 del 1925, indicó que del sesenta al setenta por ciento de los braceros que retornaban a sus hogares volvían 'sin economías'. En el presupuesto de las provincias norteafricanas, abastecedoras de braceros, uno de sus recursos más importante provenía del cobro de la 'patente de conchabadores'. De

ese modo, los obreros eran explotados por los ingenios en primera instancia, por los conchabadores luego y por las autoridades de su propia provincia por último.

El magro salario del bracero quedaba así descuartizado en tres partes: ingenio, conchabadores y autoridades provinciales. Para evaluar el monto que de allí se recaudaba basta decir que de Santiago del Estero emigraban 50.000 trabajadores por año, para efectuar labores temporarias en otras zonas. La liquidación final se efectuaba una vez terminada la zafra. Podía no liquidársele al bracero cuando este incurría en 'injurias a sus superiores', 'provocación o huelga', 'encubrimiento de delitos' (sin especificar en qué consistían), 'inmoralidad o ebriedad'"(3).

En el trabajo del puerto, a los intermediarios se los llamaba "contratadores" y lucraban de tal manera, que podían ganar en un día, lo que el estibador en un mes.

El mismo proceder se dio en la construcción de ferrocarriles. Uno de esos trabajadores, relató su experiencia personal de esta manera. "Recién al otro día vino un empresario contratista, un ingeniero alto, barbudo, y nos llevó al trabajo de desmonte en piedra dura. Allí nos dijo que trabajaríamos 10 horas al día (en el sol abrasador) y que ganaríamos \$ 1,50 al día, deduciéndonos \$ 15 al mes por racionamiento. A nuestra protesta contra este proceder arbitrario y tiránico, nos amenazó con la autoridad y la cárcel, y como allí había militares cuyo jefe ejercía las veces de autoridad, y no sabíamos a quien dirigirnos en aquella soledad e inmensa montaña, nos sujetamos y nos metimos a trabajar nomás. Después supimos que la empresa Clark contratava estos trabajos con empresarios subcontratistas a buen precio, y éstos nos hacían trabajar. De tal modo, ganaban de nuestro trabajo: primero el subcontratista, después el proveedor que nos racionaba, después Clark y Cía., y después los accionistas de Londres de la compañía FCT (ferrocarril transandino)"(4).

Se llevaba también a cabo la intermediación abusiva en las grandes ciudades, en la casa del contratista o en la del obrero. No cesaba ni siquiera en los conventillos, cuando las tareas se llevaban a cabo en sus míseras e insalubres habitaciones.

Todo el trabajo a domicilio era lucrado por los subcontratistas, al servicio de las incipientes industrias de la época (5).

Por eso es que en las nacientes del derecho del trabajo, Alejandro Unsain señalara "la legislación obrera se niega a reconocer la existencia del intermediario"(6).

Esas formas de intermediación se prolongarían en el tiempo y todavía en el presente se practican en actividades como la agraria con cosechadores y en cuadrillas de carga y descarga o estibadores portuarios. En el presente, las prácticas de intermediación se han sofisticado, al par del protagonismo alcanzado por la tecnoburocracia especializada en recursos humanos, gran promotora de la intermediación y los negocios que ella genera.

Esto llega a que en materia laboral, en la gran empresa, la única relación personalizada se cumple entre la tecnoburocracia y los trabajadores. Y suele suceder que los miembros de la tecnoburocracia, asumen el rol personalizado del empleador, sin pertenecer a la categoría de los accionistas propietarios de la empresa o derivan tercerizaciones que van diluyendo el perfil de la empresa y haciendo más difuso al colectivo de trabajo, tras las formas de artificiales divisiones.

Puede que los tecnoburócratas solo sean una clase más de trabajadores, que tras la figura del mandato o la gestión de negocios, asuman la gestión real personalizada de la representación empleadora. En un tráfico contraprestacional de la suma de contratos de trabajo, que constituyen a la empresa, como complejo de conductas humanas.

La vida económica depende esencialmente de un tráfico personal. Y ello obliga a mecanismos tan complejos como los de la autogestión y participación, para coherentizar un sistema que corre siempre peligro de naufragar por causas de la despersonalización absoluta, que llevan a un burocratismo ineficiente.

Es en este sentido que debe observarse el principio de la relación personalizada en el contrato laboral, como un tráfico entre hombres. El tráfico corresponde al recorrido que sigue la energía humana (trabajo) en su apropiación. El principio que inspira a la solidaridad laboral como instituto protector del trabajo y su creador, es que los beneficiados directos o indirectos de la apropiación de esa energía que se incorpora al valor de bienes y servicios creados, deben responder por la actividad apropiadora en conjunto.

Aquí, el centro imputativo de normas que interesa como persona, en el empleador, refiere no solo a abstracciones jurídicas que conceptualizan a las asociaciones. En realidad tiene la orientación de hacer caer los velos que impiden ver detrás de las asociaciones a las personas físicas reales. Ya que ellas son las únicas que pueden tener conductas humanas, objetivo final del derecho.

El objeto del principio de la relación personalizada, procura en definitiva revelar relaciones entre personas humanas, pese a la complejidad con que esas personas, en el rol empleador, asumen legítimamente su función por medio de asociaciones.

El derecho del trabajo argentino, reconoce estos valores en la Constitución Nacional que ordena en su artículo 14 bis proteger al trabajo y el trabajador y cuando por primera vez se sancionó una malograda ley de contrato de trabajo, en la década de 1960, en una generosa disposición arbitrariamente ventada, se intentó consagrar una simple prescripción de solidaridad entre principales e intermediarios.

En ello consistió 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 (7).

Como se advierte, el legislador frustrado de la década del 60, veía tras el velo de la relación de dependencia formal, la relación de empleo real entre el principal y el trabajador intermediado. La reconocía como tal, afirmado en las pautas del contrato de trabajo realidad y por sobre las formas propias del derecho comercial.

La protección intentada consagrar, era intensa y alcanzaba a cualquier forma de intermediación por vía de contratistas y subcontratistas.

Se trataba así de conceptualizar una relación laboral compleja, desarrollada en lo que se ha llamado la triangulación de la misma.

Estaba claro entonces que en materia de solidaridad laboral, la principal razón por la que los principales deben responder por las deudas de sus subcontratistas, es que al delegar en terceros los servicios que hacen a su actividad, generan una actividad lícita, pero deben responder por las deudas contraídas con los trabajadores que aún intermediado actuaron en su beneficio. Estos en su desempeño, no dejan de ser dependientes en condiciones similares de la relación que mantiene el mandatario o el gestor en relación con el mandante. Y como se sostenía en el derecho romano, quien se beneficia con el "commodum", debe cargar con el "periculum".

Aún sin ilícitos cometidos por el subcontratista, las deudas de éste que queden impagas, deben ser abonadas por el principal, a mérito de la ajenidad del riesgo del trabajador en la empresa principal que terminó apropiándose de su trabajo y por sobre la circunstancia de que el subcontratista figure como empleador en la relación formal de empleo.

Estos antecedentes pesaron cuando en 1974 se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, que no fue tan lejos como el intento anterior, pero modestamente recogió de la jurisprudencia imperante entonces lo mejor de sus disposiciones (8).

En la exposición de motivos del proyecto que se transformara en la Ley 20.744, se sostuvo: "El artículo 32 contempla el caso de la contratación y subcontratación, que es necesariamente distinta de la prevista en el artículo 31. No se prohíbe la contratación y subcontratación, siempre que la misma fuese real. Si mediase simulación (caso del artículo 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 constituyen 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 art. 6°.

Para entender acabadamente la sistemática de ese cuerpo normativo en la materia, debe valorárselo como consagratorio de los derechos constitucionales y sus principios y a partir de la propia conceptualización del artículo 4°, que orienta imperativamente al intérprete, a tener que respetar en primer término al trabajo "como principal objeto de la actividad productiva y creadora del hombre" y subordina a este valor lo que hace al intercambio y el fin económico.

Estas consideraciones generales que hacen a caracterizar la relación de trabajo subordinada a partir del principio de primacía de la realidad y desvinculada de las formalidades con que suele dotársela, son necesarias para mejor entender el fenómeno de la tercerización de la empresa y las formas que suele adoptar. La L.C.T. 20.744 (t.o. dto. 390/76) a partir de esa conceptualización de las relaciones humanas y sociales que norma, desgrana consecuentemente los conceptos de empleador (art. 26) como uno de los sujetos del contrato de trabajo y subsidiariamente y como categorías comprendidas en el mismo, el de empresa (art. 5) y luego el de establecimiento (art. 6). Lo hace cuando se refiere a la interposición de personas en la relación apropiativa del trabajo dependiente que constituye el contrato de trabajo, considerándola como una práctica fraudulenta.

De ello da cuenta el texto del art. 14 de la L.C.T. 20.774 (t.o. dec. 390/76), que al regular el fraude laboral prevé: "Será nulo 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. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley". El legislador advierte que ésta es una de las formas típicas del fraude y la simulación y si bien no está con ella ilegitimando toda intermediación, está tipificando como ilícita a la interposición a la que ella puede prestarse.

Los límites de la intermediación permitida quedan determinados por las prácticas de la interposición.

II. Los tipos que adopta la intermediación

La Ley 20.744, dictada en 1974, mantuvo vigente en el orden jurídico nacional a la ley 13.593, que sentó como premisa la prohibición de la colocación de personal en terceras empresas a título oneroso y la colocación de personal se produce al ingreso y durante la vigencia del contrato de trabajo, por lo que toda intermediación lucrativa está en principio vedada como una práctica fraudulenta.

Las intermediaciones adoptan variadas formas.

La intermediación en el tráfico apropiador del trabajo dependiente, se produce a partir de determinadas figuras, que actúan por mandato del principal, que delega

en el intermediador funciones propias, inherentes a su actividad, por razones de diversa índole (eficiencia del intermediador, preservar el anonimato, dividir el colectivo de trabajo, principios de descentralización en la gestión, etc.).

Entre esas figuras encontramos:

- a) Las agencias de selección de personal.
- b) Las agencias de colocación de personal.
- c) Las agencias de trabajo eventual.
- d) Las agencias de trabajo temporario.
- e) La subcontratación.
- f) Las concesiones de servicios.
- g) Los contratos de distribución de productos.
- h) Los contratos de uso de licencias.

La enunciación que practicamos no agota a las figuras que cumplen esa función.

En el Informe de la VI de la Conferencia de la O.I.T., que data de 1994, se enunciaron 16 tipos de agencias privadas de contratación, dividiéndolas en cinco categorías. En la primera categoría se incluía a las agencias de colocación y en la segunda a las agencias de servicios eventuales. Y esto no deja de ser nada más que una de las múltiples variantes que adopta la empresa moderna en la apropiación del trabajo dependiente, operando a través de terceros.

III. La interpretación sistemática de la normativa de la L.C.T. que regula la solidaridad en la intermediación

Es a partir de esas premisas que la L.C.T. 20.744 debe ser interpretada en disposiciones como su art. 5° que refiere a la empresa; su art. 6° que lo hace al establecimiento; al trabajador, en su art. 25; al empleador en su art. 26; al socio-empleado en su art. 27; a la interposición mediación y solidaridad, en su art. 29; a la subcontratación, delegación y solidaridad en el art. 30; a las empresas de servicios eventuales, en el art. 29 bis; a las empresas subordinadas o relacionadas y solidaridad, en el art. 31 y en el Título XI, De la transferencia del Contrato de Trabajo (en sus arts. 225 a 230).

Todas esas normas, giran a partir del art. 4°, y sus valores, tratando de operativizar el programa constitucional, que ordena a las leyes la protección del trabajador. Hacen a la construcción de un sistema de relaciones laborales, que sin dejar de legitimar la apropiación del empleador del trabajo de sus dependientes, coloque a éstos en condiciones dignas y a partir del intento de rescatar su estado de desposesión y de necesidad real.

El jurista que más influyó en la redacción de estos preceptos de la L.C.T. 20.744, fue Enrique Fernández Gianotti (requerido por Norberto Centeno a esos efectos), quien en un artículo que se constituye en fuente obligada en el estudio de la materia, publicado a poco de la sanción de ese cuerpo normativo, supo distinguir entre intermediación e interposición, expresando que "el intermediario desarrolla,

de diversas maneras, en interés de otro, una actividad tendiente al establecimiento de relaciones jurídicas entre dos o más sujetos, permaneciendo extraño a las relaciones mismas, pues quien interviene en tal carácter no asume directamente ninguna de las obligaciones o derechos que constituyen el contenido de la relación. Es una actividad meramente material, de acercamiento, como sucede con el agente". Mientras que al caracterizar a la interposición refiere que en ella, "se reconoce a un sujeto la facultad de inmiscuirse en la esfera de otro sujeto, volcando en ella su propia actividad, supone asentimiento del propio interesado o, en casos especiales, su admisión por el ordenamiento jurídico ... Situaciones normales de intermediación se presentan a propósito del mandato, la gestión de negocios, la comisión y la expedición"(9).

IV. Las razones de ser de la solidaridad laboral

La caracterización de la empresa en el derecho del trabajo, como centro de imputación de normas que hacen a las responsabilidades solidarias, reviste gran amplitud.

Para el sujeto de especial protección constitucional que es el trabajador, los vínculos de solidaridad que corresponden a las relaciones que mantienen en forma directa o indirecta con los apropiadores de sus tareas, no pueden ser circunscriptos a los límites formales del derecho comercial y societario, con los que no caben analogías.

Los estatutos de una sociedad anónima, el contrato social de cualquier sociedad comercial lejos están de reflejar los límites reales de la actividad apropiadora del trabajo asalariado que ella emprende. Es el derecho del trabajo el que capta a esa realidad en toda su complejidad y sus normas generadoras de responsabilidades no pueden quedar acotadas por una estructura institucional, que en lo jurídico sólo sirve, en muchos casos, para disimular una complejidad económica que la trasciende.

Caracterizando estos procesos, Juan Carlos Fernández Madrid sostiene: "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".

"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. En estos supuestos se atribuye responsabilidad al grupo económico o a la empresa matriz en forma directa 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"(10).

Como se advierte, las normas que imponen la solidaridad laboral en principio vinculan a los trabajadores con todos los que intervienen en la apropiación de su trabajo producido, sin límites de intermediación o segmentarización empresarial. La razón de ser de ello se encuentra en el principio de que quien se beneficia con una actividad es natural que responda por la misma. En ésta, como en muchas otras materias, la doctrina del riesgo profesional demostró su fecundidad.

V. Concentración empresarial. Los límites de la tercerización de la empresa en cuanto a su responsabilidad solidaria laboral

La concentración del poder económico en la sociedad, culmina en lo que politicólogos y filósofos, han señalado como el peligro del gobierno del mundo por el imperio económico.

Este fenómeno, que debilita a las naciones o las muestra como nunca en la relación dependiente que guardan, va acompañado de la presencia de las más poderosas empresas que ha llegado a conocer la historia económica. El presupuesto de algunas de ellas supera al de muchas naciones. No conocen límites geográficos para su accionar y operan en todos los sectores estratégicos para el desarrollo.

Las grandes empresas tienen por característica tener presencia mundial y operar a partir de grupos económicos. Son regidas por una tecnocracia que como clase se independiza cada vez más de los accionistas que las soportan o lucran con ellas.

Como es de suponer, tal poder constituido trata de actuar sin más límites que los que se impone a sí mismo. No responde al principio republicano de que a mayor poder debe resultar más control.

Esta ideología de la irresponsabilidad, resiste los intentos de los consumidores cuando estos procuran la reparación de daños de todos los eslabones de la compleja actividad productiva y comercial que se beneficiaron en conjunto con la actividad en que éstos fueron dañados y también resisten los embates de los trabajadores, que con su quehacer creador integraron esa misma actividad económica en una de sus etapas y reclaman el reconocimiento del quehacer conjunto que se benefició con la apropiación de sus tareas.

El derecho de daños de los consumidores y de los trabajadores, es el terreno donde esta lucha se cumple.

La solidaridad que sirve al efecto de responsabilizar a los poderosos y solventes, de las conductas que llevan a cabo sus operadores insolventes, pero están

determinadas por las principales, aunque tiene sus orígenes para el estudio en el derecho romano, ya para nada responde a esas realidades pretéritas.

Nuevas necesidades determinan la existencia de las nuevas instituciones del derecho. La solidaridad de los trabajadores y los consumidores, recorre caminos superadores y necesarios de transitar.

Cuando esas nuevas formas de responsabilidad quieren ser encorsetadas tras los patrones de la culpa, como factor excluyente de la atribución de responsabilidad, las cuestiones que se suscitan no alcanzan a ser solucionadas.

La responsabilidad por la actividad económica que beneficia, tiene razones de ser, a las que noción subjetiva tradicional no alcanza.

Uno de los sitios propicios para el debate en esta materia es la tercerización de la empresa, con sus múltiples formas que acompañan a la realidad. La subcontratación, la concesión, el franchising, difícilmente pueden ser entendidos como fuentes de responsabilidad conjunta para formas triangulares de solidaridad, si en lugar de entenderse la cuestión desde la visión de las responsabilidades que nacen de la licitud, se lo hace únicamente a partir de las que responden a la ilicitud.

El instituto de la solidaridad laboral para buena parte de la doctrina y jurisprudencia se encuentra empantanado en la confusión entre esas dos alternativas de atribución responsabilidad distintas y la confusión pasa por no profundizar las responsabilidades que surgen del obrar lícito, existiendo una resistencia manifiesta a aceptarlas y una transmutación permanente de sus variantes.

Esa técnica de transmutación confusa y nada inocente, fue la que siguió el legislador de facto de la norma mal llamada ley 21.297.

El antiguo art. 32 de la Ley 20.744, en 1976 sufrió una importante mutilación por vía de la norma de facto 21.297, transformándose en el art. 30 de la L.C.T., en la versión del t.o. del decreto 390/76. Comenzó así la regresión al respecto.

La reforma del año 1976, plasmó este texto para el art. 30 de la L.C.T.:

Artículo 30. "Subcontratación y delegación solidaridad.

"Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, 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 que sea el acto estipulación que al efecto hayan concertado".

La reforma del gobierno de facto, hizo confuso el esquema de responsabilidad objetiva reconociendo la carga de tener que responder ante la utilización de la intermediación. Suprimió las previsiones que hacían al derecho colectivo del trabajo. Pero mantuvo la orientación general en materia de solidaridad por el uso de la intermediación.

Pero los tiempos que llegaron fueron los propios de la desregulación regresiva y no faltaron los que dando a los conceptos "actividad normal y específica propia del establecimiento", un sentido retaceante, solo admitían la solidaridad en los casos de empresas que cumplían sus fines accesorios y coadyuvantes si estos eran imprescindibles para que se pudieran cumplir las actividades principales (11).

Las piruetas a que se ve impulsada la jurisprudencia laboral argentina, a partir de interpretar a regañadientes esa reforma desprotectoria, se hicieron evidentes. En doctrina, Justo López, Norberto Centeno y Juan Carlos Fernández Madrid, sostenían que "por actividad normal y específica propia en los términos del art. 30 de la L.C.T. no debe entenderse solo la actividad principal en el sentido de que lo principal se le suele oponer a la accesorio, sino que la expresión abarca también a aquellas actividades que pudieran ser calificadas como secundarias o accesorias, con tal que estén integradas permanentemente al establecimiento"(12).

Conforme a esta posición, es que actividades tan específicas, como el transporte y la vigilancia, cuando se subcontrataban, si quedaron insertas en el giro natural del establecimiento en las que se cumplían, atribuían responsabilidad solidaria al principal, en la medida en que el juez que interpretaba el derecho vigente, tenía presente las fuentes que antes detallamos.

Como la reforma de 1976, ha sido confirmada de hecho pese a su manifiesta violación al principio de progresividad, la barca siguió navegando por mares tumultuosos y no faltaron quienes recorrieron los causes propios de la regresividad durante largas décadas.

La cuestión se agravó en épocas signadas por la ideología propia de la revolución conservadora y la Corte tomó cartas en el asunto, asumiendo el discurso propio de esa corriente.

Durante un largo período, la jurisprudencia de la C.S.J.N., faltando a sus deberes como guardiana de la Constitución, rindió culto a la irresponsabilidad empresaria, tras el sueño economicista de procurar a mérito de los derechos de los trabajadores, asegurar inversiones extranjeras. Se contribuyó de esa forma a crear las condiciones operativas para que un empleador prebendario no tuviera que responder por las actividades que realiza en su beneficio.

El fallo por excelencia representativo de esa tendencia jurisprudencial, que rigió descarnadamente en la última década del siglo XX, lo dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 15 de abril de 1993, en la causa "Rodríguez, Juan Ramón c/Compañía Embotelladora Argentina y otros" (Fallos: 316: 713).

Respondía a una política económica en boga, y a poco de su dictado, el gobierno presentó un proyecto de ley para la reforma laboral, que en una de sus disposiciones trataba de consolidar en el derecho positivo esa doctrina de Corte (13).

Cuando se dictó "Rodríguez", el debate en cuanto el alcance de la solidaridad en los múltiples casos de tercerización de la actividad de la empresa, era intenso, pero puede objetivamente sostenerse que buena parte de las sentencias de entonces avanzaban con una concepción amplia de la solidaridad como instrumento de protección del crédito de los trabajadores (14).

En lo sustancial el fallo "Rodríguez" resolvió a mérito de interpretar al art. 30 de la L.C.T. 20.744 (t.o. dto. 390/76) que no correspondía reclamar responsabilidad solidaria por créditos laborales de un empresario que suministrare a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución (15).

La decisión refería a los 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 un tercero al que delegan parte de su actividad, sin contraer riesgo crediticio alguno, desligándolo de responder ante los trabajadores que el intermediario emplea (16).

Se entendió por parte de la Corte en su integración de 1993, que el artículo 30 de la L.C.T. no constituía fundamento suficiente para responder solidariamente ante los créditos de un trabajador, cuando se daba la relación vincular entre Pepsicola y su embotelladora, de la que era dependiente el actor, aunque ambas evidentemente integraban la cadena de elaboración, distribución y venta del mismo producto, del que la primera era titular de la marca.

Con este decisorio, algunos autores supusieron que se aquietaban las aguas controvertidas de la jurisprudencia a partir de un "quietus" que el decisorio pretendía imponer, exorbitando el órgano su competencia, con lo que sólo se consiguió que a niveles inferiores de la jurisprudencia el debate se enconara.

La doctrina de la Corte, resultó impertinente. Quince años más tarde, ha sido dejada de lado, cuando lejos de un "quietus", en la materia se estaba produciendo un desafío a un criterio que además de provenir de la incompetencia del Tribunal que lo sostuvo, se apoyaba en débiles fundamentos.

En una primera etapa la Corte no se apartó del criterio sentado en 1993. Por largos años empresas principales se refugiaron en su doctrina para evadir créditos

de los trabajadores que las subsidiaron. Se había mantenido la Corte en sus trece, en fallos como "Luna, Antonio R. C. Agencia Marítima Rigel S.A."(17), "Gauna, Tolentino y otros c. Agencia Marítima Ringel S.A y Nidera Argentina S.A. y otros"(18), "Mendez, Oscar Cleofé c. Seven Up Concesiones S.A. y otro"(19), "Vuotto, Vicente y otro c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros"(20), "Sandoval, Daniel Orlando y otro c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro"(21), "Benítez, Julio Daniel y otros c. Empresa Compañía Argentina de Petróleo S.A. y otro"(22), "Escudero, Segundo R. y otros c/Nueve A S.A."(23), "Dubo Pedernera, Carlos Alberto y otra c. Jozami, Alfredo y otro"(24), "Encinas, Marcelino c. Francisco Ballester y otro", Fallos 321: 2294 (25), "Barreto, Roberto Marcelo c. Instituto Rosembluch S.A. y otros"(26) o "Fernández, Juan R. c. Buenos Aires Magic S.R.L. y otros"(27).

Que la cuestión lejos de haberse aquietado se había arrevesado, dio cuenta la Ley 25.013, que reformuló el segundo párrafo del artículo 30 de la L.C.T. 20.744, ya reformado por la norma de facto 21.297, tratando de fortalecer los deberes de control del principal sobre los intermediarios que recluta. La razón de ser se relaciona con el incremento del fraude, que se ve favorecido por las intermediaciones, promovidas por las interpretaciones que desvincularon a los principales de las responsabilidades que les incumbían (28).

La reforma de la Ley 25.013, en el año 1998, tampoco pudo cambiar las condiciones objetivas de la tercerización promocionada a partir del debilitamiento de la responsabilidad objetiva de los principales, a lo que el fallo "Rodríguez", siguió contribuyendo.

Pero entrado el siglo XXI, al cambiar la Corte en su integración, gradualmente se fue alterando el criterio de adhesión a la doctrina sentada. Los que empecinadamente seguíamos llevando la cuestión a su decisión por medio de recursos federales propios del art. 14 de la Ley 48, advertíamos que los mismos eran rechazados a mérito del art. 280 del C.P.C. y C., sin mayores consideraciones que su mención, pero al mismo tiempo sin invocar la vigencia de una doctrina que perduraba, por no ser debatida. Nuestra indignación (cabe el término), tenía una doble causa: por un lado no se debatía los argumentos vertidos en defensa del orden constitucional y se nos negaba la excepcional apertura del recurso, por el otro, para sostener lo que se nos ocurría insostenible, se había hecho lugar a la excepción. Esta situación frustrante finalmente cedió.

Esto sucedió acompañando tácitamente, criterios de tribunales del trabajo que manteniendo viejas posiciones, se atrevieron a sostener que "Rodríguez" no era de obligatorio acatamiento y siguieron interpretando al art. 30 en función de la solidaridad entre el principal y los terceristas.

El instrumento procesal paradójicamente lo constituyó el art. 280 del C.P.C. y C. Le bastó a la Corte aplicar su discrecional (tantas veces arbitraria) plancha que le permite ingresar a los temas sólo cuando se les reconoce trascendencia

institucional, pero esto terminó por herir a fondo la sustentabilidad del criterio "Rodríguez".

Esto se hizo notorio en el año 2006, a partir del cual por esa indirecta vía se terminó por convalidar sentencias que desafiaban la doctrina "Rodríguez"(29). Duro trago debió ser el cambio de doctrina sentada, en función de mantener las formas tradicionales con que el más Alto Tribunal guardando el debido respeto a las integraciones anteriores, consagró cambios de este tipo y envergadura. Pero por fin se hizo y bien hecho está.

Resultaba contradictorio mantener el criterio regresivo, cuando la misma Corte, a partir del año 2004, en los fallos "Castillo", "Aquino" y "Milone"(30), hizo gala de haber abandonado los criterios propios del economicismo en materia de interpretación y aplicación de los derechos sociales.

En distintos trabajos desde entonces (31) recalcamos que la doctrina "Rodríguez", resultaba incompatible con el sólido pensamiento sostenido a partir de septiembre del 2004 y finalmente, un lustro después, el cambio se produjo.

VI. El cambio operado en la doctrina de la Corte

El cambio se instrumentó con el fallo dictado por la Corte el 22 de diciembre del 2009, en la causa "Benítez, Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero SA y otros"(32), que viene a provocar un saludable cambio de criterio en la doctrina asumida por ese Alto Tribunal, contradiciendo la adoptada en 1993, en el ya citado caso "Rodríguez", explicitando la razón de ser de los casos resueltos hasta ahora en términos del art. 280 del C.P.C.y C.

Con este nuevo fallo, la Corte profundiza y da coherencia a su pensamiento en materia de derechos sociales, lo que bueno es destacar, desde el año 2004, la viene prestigiando.

El recurso de hecho que dio lugar a la resolución, que comentamos, fue planteado contra una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX, que confirmó la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó a la empleadora 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.

Contra la petulancia de "Rodríguez", tratando de imponer un "quietus" amilanante para los tribunales inferiores, la nueva doctrina jurisprudencial es una humilde apuesta democrática a la inquietante actitud vigilante que deben de tener todos los jueces en ejercicio honesto del control difuso de constitucionalidad. Aquellos que hacen del valor seguridad el más alto, harán repicar sus campanas de la crítica. Preferirán la engañosa paz de lo arbitrariamente establecido, a la construcción trabajosa de un cambio a construir.

La decisión ahora adoptada por la Corte refiere al caso de un vendedor de gaseosas que cumplía sus labores durante los eventos deportivos del Club River Plate, contratado para ello sucesivamente por una serie de personas que actuaron como concesionarias del servicio prestado a la entidad deportiva, útil indirectamente para el mejor éxito de los eventos por atención brindada a los concurrentes.

La Corte concluyó que los criterios asentados en "Rodríguez", perdieron validez en cuanto en este se estimaba procedente asentar una interpretación del citado artículo 30, con el propósito "de afianzar la seguridad jurídica", "contribuir al desarrollo del derecho en la materia" y "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".

En esta materia el más Alto Tribunal, volvió a cabalgar sobre la ancestral doctrina federalista en la que se apoya, que le veda constituirse por la materia que le compete, en órgano de revisión de los tribunales del país a los que se les está reservada la función de ser los órganos competentes para interpretar y aplicar el derecho común.

Llegó en consecuencia a sostener que no siendo válida esa doctrina sentada en "Rodríguez", no sostenida por su actual integración en su interpretación de auto limitarse como intérprete del derecho común, mal pueden los tribunales inferiores desligarse de su carga de ser ellos los que interpreten y apliquen ese derecho. Concluyó: "5) Que, en suma, cabe entender configurada la "inconveniencia" de mantener la ratio decidendi de "Rodríguez, Juan Ramón c/Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" (Fallos: 316:713) para 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 esto pone nuevamente en discusión la validez de los argumentos esgrimidos antes en "Rodríguez" para definir la aceptación o el rechazo de la solidaridad, cuando en ese caso se sostuvo el rechazo de la acción de solidaridad porque no se había podido probar la existencia de "una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión (el art. 30), al art. 6° del mismo ordenamiento legal". Se infería entonces del fallo, que la solidaridad dependerá de la prueba de esa unidad, referida al establecimiento, que está precisado en el art. 6° de la L.C.T. como un segmento de la empresa, que hace a sus fines. Con lo que se debía concluir que si se probaba la vinculación, la solidaridad se imponía.

El criterio seguido en esa jurisprudencia, está afirmado en una conceptualización propia del derecho de las sociedades, pero con el mismo se resuelve un conflicto intersubjetivo atinente al derecho del trabajo, que opera a partir de valores y principios generales que le otorgan sistematicidad y resultan ajenos al derecho societario comercial. Este último puede transformarse en el derecho de la

empresa, pero éste está reñido frontalmente con el derecho del trabajo, porque esta rama constituye un orden tuitivo que protege de los trabajadores precisamente de sus empleadores, siendo la empresa el instrumento que les sirve a sus fines.

La problemática de la asociación de las personas físicas y jurídicas, en función de los vínculos que responden a la apropiación en común del trabajo de sus dependientes, posee normas de derecho positivo propias y expresas en su texto, que vinculan las responsabilidades solidarias.

Una de ellas es el rico artículo 26 de la L.C.T., que define al empleador múltiple y que obliga a no considerar dogmáticamente los arts. 5 y 6 de ese cuerpo normativo. El contrato de trabajo tiene por sujeto al empleador y éste, a partir del principio de primacía de la realidad, encuentra que el art. 26 prevé que ese sujeto pueden serlo múltiples personas físicas y jurídicas, lo que hace que la asociación de las mismas las relaciones solidariamente. Quienes se asocian para la apropiación, deben responder en conjunto y solidariamente por ello y a partir del principio de ajenización de los trabajadores del riesgo de empresa.

Es por eso que en el derecho positivo argentino, desde 1915 y a mérito de la sanción de la Ley de Accidentes de Trabajo 9688, se previó que para los infortunios de trabajo, el principal y los subcontratistas debían responder solidariamente.

En "Rodríguez" y sus seguidores, absurdamente y abrevando en las posiciones más restrictivas de la doctrina de la época, el vínculo para determinar la existencia de la solidaridad, trató de anclárselo en la noción difusa del "establecimiento", para de los límites del mismo, desentrañar cuales son las actividades que pueden llevar a la atribución de responsabilidad.

Se procuró con ello crear una contradicción antinómica entre "establecimiento" (art. 6 LCT) y "empresa" (art. 5), en materia de solidaridad, para olvidar que el concepto básico que interesa en función de la teoría general de las obligaciones, a los efectos de determinar el sujeto de las mismas, es el de "empleador", (art. 26), que termina por vincular a la persona física o conjunto de ellas, "tenga o no personalidad jurídica". Con lo que se llegó al absurdo de desvincular entre sí a los que están unidos en función del empleo de quienes con la enajenación de su trabajo, producen los bienes y servicios, que dan motivo a la cadena de producción y comercialización que lleva al mercado, lo que los trabajadores hacen.

Desde un enfoque tan reñido y artificioso de la vinculación causal, fue natural que entre supuestos progresistas y reaccionarios, se terminara debatiendo si la actividad del establecimiento que compromete a la empresa, es la principal o la secundaria, o la coadyuvante, o la inherente o la necesaria. Y al final, en cada uno de los anclajes de la competencia calificatoria, podemos ver que los jueces siguen repartiendo responsabilidad o irresponsabilidad, según el caso y para declarar hoy, lo que mañana es revisado.

En el análisis de la casuística, la diferencia de "Rodríguez" con "Benítez", significativa para la crítica de ambos decisorios, pasaría por la titularidad del establecimiento donde trabajaba el demandante.

En el primero, el titular no cedía el establecimiento físico con que contaba la franquiciante. En el segundo el concesionario operó en el establecimiento del principal (la cancha de River).

De estas diferencias sutiles, se ha tratado de hacer mérito argumental, cabalgando sobre el art. 5° de la L.C.T. una previsión que constituye una definición no prescriptiva de sanciones, contra otras previsiones del orden jurídico positivo, también propias de definiciones y otras más, que no califican, pero sí prescriben sanciones.

La cadena de producción y venta de un producto, al cual contribuye a producir un trabajador, se integra por sucesivos operadores del mismo, unidos por vínculos asociativos, para beneficiarse con la comercialización final del mismo en el mercado. Para terminar vendiendo la gaseosa, es necesario contar con la licencia para explotar el extracto con el que se la fabrica, producirlo, transferirlo, fabricar la bebida, envasarla, distribuirla, transportarla, venderla, cobrarla y participar en común de una campaña de venta que genere demanda en el público. Ninguna de esas etapas deja de depender de las otras en términos económicos y los trabajadores que producen bienes y servicios en común, están tan vinculados con el sistema de producción y venta, como lo están los consumidores.

Para vender gaseosas en una cancha de fútbol, también hay que someterse a condiciones objetivas complejas, bastamente reglamentadas, en función de compartir las ganancias y ventajas de la actividad generada, a la que contribuye el trabajador como último eslabón de una cadena.

Los vínculos de responsabilidad solidaria en función de actividades riesgosas que benefician, han sido asumidos en el derecho de los consumidores, con mucha más audacia que en otras ramas jurídicas. Pareciera que todos vamos tomando conciencia de la importancia que asume formar parte de la sociedad de consumo. De ello se puede aprender a partir del derecho del trabajo, como derecho humano de los productores reales.

Para con los consumidores el derecho de daños de la modernidad, ha receptado el reconocimiento del vínculo solidario que obliga a los integrantes de la cadena beneficiada por el consumo. La misma razón de ser vincular, que protege al consumidor, protege al trabajador dependiente, del empleador múltiple que se apropia de su labor. En ambos casos, se debe responder por el riesgo creado y a mérito de la actividad que beneficia en común.

Otro aspecto revela debilidad conceptual en la línea argumental en la que se enrolara "Rodríguez" y la jurisprudencia que lo escoltaba, refiere a la vinculación que se le adjudica al art. 30 de la L.C.T., con el art. 6° de ese mismo cuerpo

normativo, pero éste vínculo además guarda relación con otras normas que completan su sentido. Son ellas los artículos 5° y 26° en especial éste en su conceptualización del empleador múltiple, como sujeto del contrato.

El art. 6°, existe en función del 5° La valoración del establecimiento, (art. 6°) tiene lugar en función de la empresa, (art. 5°).

La apertura de la empresa en función de establecimiento, para liberar de responsabilidades solidarias al empleador es un absurdo, contradicho por el principio de ajenidad del riesgo del trabajo.

A la hora de responder no se puede hacer de la empresa, nada más que su establecimiento. Y ambos existen en materia de obligaciones en función del sujeto reconocido en la ley laboral: el empleador (art. 26), con su posible pluralidad de personas físicas y jurídicas.

De la riqueza de esa prescripción normativa, tan poco valorada por la doctrina y la jurisprudencia, surge claramente, que el sujeto de las obligaciones laborales, no es la empresa, ni el establecimiento, sino el empleador, un concepto que abarca a ambos y debe ser el eminentemente determinante de las responsabilidades de las partes.

A los efectos de sistematizar la solidaridad es la empresa como tal, la que diluye los límites del establecimiento y no al revés, como la Corte, sin análisis lo había planteado en el caso, exorbitando su competencia en la interpretación y aplicación del derecho común laboral. Y las dos (empresa y establecimiento), se asumen en el sujeto pasivo de la obligación solidaria que los une en función del vínculo que responde a la apropiación conjunta del trabajo, el empleador, que puede llegar a ser más de una empresa y múltiples establecimientos. Un sujeto al que la primacía de la realidad, permite no considerar por tal, únicamente en función de los recibos que se le otorgan al trabajador o los libros en los que se le tiene registrado.

En resumen, para decidir sobre la solidaridad, es el empleador como sujeto jurídico pasivo de obligaciones (como centro de imputación de normas y en los términos del derecho del trabajo y no del comercial), el que debe orientar el análisis para decidir hasta que punto esa actividad lícita (que se produjo con del esfuerzo del trabajador, volcado en el producto final vendido), obliga para con quien en términos formales no figura en la plantilla del personal, pero en términos económicos contribuyó al resultado final productivo.

En este sentido la Corte pecó primero por dar relevancia a lo secundario (el art. 6°), en menoscabo de lo principal (el art. 5°) e ignorar la básico y trascendente, (el art. 26) y aunque de todo ello no se desdijo en el presente fallo, si actuara hipotéticamente en sede originaria en la materia, debería hacerlo, si no quiere por respeto al ancestro empecinarse en el error.

A los efectos de la solidaridad, lo que importa es "la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos". Conceptos estos, que definen a partir de dicho art. 5º, los límites de la empresa en el derecho del trabajo y la potencialidad de poder actuar con tanta amplitud en la apropiación del trabajo asalariado, al punto de ser un empleador que pueda reunir a más de una empresa. Para apropiarse legítimamente de las facultades creativas del trabajador, pero también, para responder por ello.

En el caso "Rodríguez", como es de público y notorio y lo sabe el consumidor de gaseosas, fabricadas por marcas norteamericanas, la envasadora, actuaba bajo la dirección de pautas impuestas por la casa matriz, titular de la marca, para vender productos de su marca y realizar los fines económicos comunes. En el caso "Benítez", como lo puede llegar a conocer cualquier aficionado al fútbol, el vendedor sólo podía trabajar en la medida en que quedaba subordinado directamente al complejo organizativo del Club principal.

Esto hace a la naturaleza de la relación contractual de la licenciataria de una marca, que para poder utilizarla, debe de ajustar su actividad económica a los fines de la principal, hasta el más mínimo detalle o al poder de dirección ejercido por un club para organizar los espectáculos deportivos que programa. La programación de la producción, la distribución, la comercialización y la propaganda, se hacen a partir de la pauta común y en función del rol dominante de la casa matriz, ejercido por vía de contrataciones sucesivas, que sirven para consolidar la existencia del poder de ésta. Lo mismo sucede en otro plano análogo, con referencia a quehacer de la entidad deportiva.

Constituir en irresponsable, a quien ejerce el poder dominante del proceso económico al que el trabajador contribuyó con la dación de sus tareas, es contrario a la más elemental lógica guiada por el criterio de que se debe responder por los actos propios, en materia de daños, aún también por los actos lícitos, en la medida en que ellos benefician.

En una economía de consumo, los concesionarios, o los franquiciantes, en función de los ingentes recursos de propaganda, crean e influyen la demanda que permitirá el resultado final de la colocación y venta del producto elaborado en común con las licenciatarias o concesionarias, en una secuencia en el tiempo, que lejos de independizarlas, las reúne en una unidad productiva y comercial. En definitiva, en una empresa en común.

Y esto es fácil de advertir cuando se piensa en función del consumidor de una bebida gaseosa. El cree y sabe que en alguna medida, además de contratar con el comerciante minorista, está teniendo una relación comercial con esa empresa. Por lo general ignora quienes están en el medio del proceso económico, pero sí sabe con quién tiene la relación principal. Supone que lo que consume está garantizado por el titular de la marca y a esto contribuyó en forma evidente la abrumadora propaganda hecha por ésta.

Resulta más evidente aún, si se reconoce que la explotación total de la gaseosa, se produce por un grupo de unidades de producción y comercialización, que se constituyen en un claro ejemplo de concentración empresaria. Con una dirección unificada, con vigencia de acuerdos de complementación, y pese a una estructura jurídica de aparente igualdad, que no puede disimular la realidad. Ya que existe una situación de hegemonía de una de las partes societarias que el derecho no puede ignorar.

La Corte durante quince años, pasó por alto todo eso, llevada por la inercia de un impulso irracional. Hoy se reivindicó y al elegir el caso para teorizar al respecto y producir el cambio de doctrina lo hizo a partir de un caso en el que un club deportivo concesionó la venta de bebidas en la cancha de fútbol, en una de esas tercerizaciones a las que suelen acceder agrupaciones internas o barras bravas.

El vendedor de gaseosas de la cancha de River, sabe y su cliente también, que ambos están más unidos o enfrentados con la entidad deportiva, que con la posible concesionaria del servicio. La concesión intermediativa de un servicio no es de por sí un acto ilegal o de fraude. Para lo que nos interesa y tuvo que llegar a interesar a la Corte, es un acto lícito que responsabiliza solidariamente. Observada la cuestión con ligereza, parecería que el trazo fino de la norma individualizada que constituye la sentencia "Benítez", sólo tendría efectos económicos con referencia a los límites del derecho a la libertad de contratación, pero detrás de la espesa bruma que crea la cuestión de la solidaridad responsable, está el respeto al trabajo asalariado como tal, como apropiación de la energía humana. Fijando límites equitativos a las consecuencias de los negocios que se llevan a cabo en consecuencia del mismo y por supuesto, condicionando a las prácticas fraudulentas que muchas veces tras ellos se llevan a cabo.

La evolución jurisprudencial que la Corte viene llevando a cabo nos permite avizorar que por fin, nos acercamos al momento en que el contrato de trabajo comience a ser entendido como una compra de energía humana (33), que responsabiliza a todos los que se benefician con su apropiación. Llegará el día en que la creación (trabajo), como instrumento de liberación, no se frustre por el negocio (apropiación).

(1) Véase BARASSI, Ludovico: "Tratado de Derecho del Trabajo", Editorial Alfa, Buenos Aires, 1951, T. II, p. 31.

(2) David Viñas comenta al respecto: "...los abusos a los que se prestaba el sistema (de contratación de inmigrantes) fueron numerosos: 1) las promesas incumplidas que hacían los agentes vinculados a las empresas navieras o de colonización; 2) los contratos falsos sobre los pasajes aparentemente gratuitos pero que los inmigrantes debían reembolsar a ciertos capitanes de barcos comprometidos en el negocio; 3) los enfermos que se contrataban mediante la emisión de un certificado de salud falso que pagaba el inmigrante; 4) los enganches que se hacían de inmigrantes jóvenes con destino a colonias agrícolas-militares que no tenían la menor idea de las tareas campesinas ni de las faenas castrenses, y 5) el gigantesco circuito de trata de blancas que se fue armando en

ese entramado". VIÑAS, David: De los montoneros a los anarquistas, Carlos Pérez editor, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 161.

(3) Véase MAFUD, Julio: "La vida obrera en Argentina", Editorial Proyección, Buenos Aires, 1976, p. 72.

(4) Ver: El Obrero, números 10 y 11, del 28 de febrero y 7 de marzo de 1891.

(5) Denunciaba el periódico "El Obrero", en su número del 28 de marzo de 1891: "Un contratista se arregla con el capitalista sobre el precio del trabajo y lo lleva a su casa. Le da trabajo a destajo en seguida a los obreros que vienen a trabajar a su casa. La casa se llama 'sudadero' y los obreros 'los sudadores', porque para ganar en salario apenas aceptable tiene que trabajar hasta sudar a torrentes... Las grandes sastrerías, zapaterías, negocios de modistas, etc., ganan pingües porcentajes por medio de este sistema infame que mata a los obreros y las obreras en corto tiempo, o al menos les arruina la salud en breve lapso".... "El trabajo a domicilio configuraba una gigantesca pirámide. En la cúspide estaba siempre el capitalista; en las escalas intermedias el contratista; debajo, bien abajo, los obreros, obreras y 'obreritas'. Pero la pirámide era inestable; cuando no había trabajo se desmoronaba. Los trabajadores a domicilio se quejaban porque los patrones 'nunca les daban trabajo más que por algunos meses'; o porque 'de la noche a la mañana nos dejan sin trabajo o mercadería'. En realidad, el obrero era un superexplotado: sin derechos, organización sindical o gremial, estaba atado al contratista, quien fijaba el precio del trabajo y el plazo de entrega".

(6) Ver UNSAIN, Legislación del trabajo, t. 1, p. 356.

(7) Sostenía la norma vetada: "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 subcontratista, de la suma a que ha sido condenado".

(8) El texto original (hoy modificado) de la L.C.T., era el siguiente: Art. 32. "Subcontratación y delegación. Solidaridad. 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 accesorio, 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 por 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 se haya concertado. "Cuando se contrate o subcontrate, cualquiera sea el acto que le de 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".

(9) Véase FERNANDEZ GIANOTTI, Enrique: "Incorporación de los principios del fraude laboral a la ley de contrato de trabajo", DT, 1975-264.

(10) Ver: Juan Carlos Fernández Madrid, en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", La Ley, T 1 , pág. 919.

(11) En esa línea de interpretación respectiva Manuel Vázquez Vialard, "Tratado de Derecho del trabajo", t. 2, p. 358 y conchs.

(12) Ver de esos autores Ley de Contrato de Trabajo Comentada, t. 1, p. 258 y ss. Era de singular importancia abreviar en el pensamiento de Centeno, por cuanto había sido el autor del anteproyecto de la Ley 20.744, contando con la especial colaboración de Enrique Fernández Gianotti en los temas de solidaridad y fraude.

(13) Fue para entonces que sostuvimos que tanto el fallo de la Corte como es proyecto del ejecutivo, pecaban ..." por enrolarse en una lamentable tendencia actual, influida por un economicismo pro-empresario, que pretende reformular cada una de las instituciones del derecho protectorio de los trabajadores, atacando sus principios generales y desmembrando esta rama jurídica, resintiendo su sistematicidad. Sistematicidad que tiene razón de ser y se desprende del art. 14 bis de la Constitución Nacional y no se trata de una artificiosa construcción jurídica, sino simplemente de la única vía racional de plasmación operativa de esa norma fundamental". Ver del autor: "Concentración empresaria. Contrato de franquicia. Solidaridad laboral y segmentarización de la empresa", en revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, diciembre de 1993, año IX, n° 100, tomo VII, pág 1032.

(14) Eran fallos que imponían la solidaridad a las empresas madres de las bebidas gaseosas, entre muchos otros, éstos que tomamos como ejemplos de posiciones similares al que se revocaba: a) "Corresponde declarar la solidaridad en los términos del artículo 30 L.C.T., entre Crush y Citrícola Aña Cua, en tanto el primera produce el concentrado que se usa para elaborar la gaseosa, adquiriendo de la segunda el aceite esencial que resulta indispensable para fabricar ese concentrado, teniendo en cuenta que era la única proveedora a la que Crush compraba dicha materia prima". CNAT, Sala II, "Amar, Fernando c/Citrícola Aña Cua", sent. N° 68.919 del 13/9/91. b) "La empresa que fabrica la bebida gaseosa y la que la embotella y distribuye, integran un genuino grupo empresario beneficiándose una y otra con el trabajo prestado por los operarios, confundiéndose el concepto de actividad normal y específica de las mismas, resultando procedente la aplicación del artículo 30 L.C.T. CNAT, Sala IV, "Peloso, Juan c/Cía. Embotelladora Argentina S.A.", sent. N° 66.449 del 22/10/91. c) "Si la distribución (o desplazamiento de un producto se asume como prestación accesoria de otra, que es la principal, no existe contrato de transporte sino una típica relación laboral y la elaboradora de una gaseosa (Coca Cola) y la que se dedicaba al transporte y distribución de dicha bebida, deben responder solidariamente ante los reclamos del trabajador que prestaba servicios repartiendo el producto". CNAT, Sala II, "Agüero, Segundo c/Auxiar S.A. y otro", sent. N° 68.904 del 12-VIII-91.

(15) En ese decisorio se revocó una sentencia de la Sala VI, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que hacía lugar a la solidaridad por deudas laborales, de dos sociedades anónimas vinculadas por cumplir distintas etapas de

la fabricación y venta de un producto básico de ineludible uso para la producción de una marca internacional de bebidas gaseosas.

(16) La decisión hizo la salvedad de que esto debía ser sin perjuicio de los derechos del trabajador en supuestos de fraude.

(17) Fallos 316: 1609. En este caso se revocó una sentencia que condenaba a una firma exportadora, que había subcontratado servicios de estibaje portuario, que se consideraron ajenos a la "actividad normal y específica del establecimiento", llegándose a la conclusión que el art. 30 se aplicaría solo en los casos en que esos presupuestos tuvieran lugar. CSJN, del 2 de julio de 1993, DT, 1993-B- 1407.

(18) CSJN, 14 de marzo de 1995, T y SS 1995-351.

(19) CSJN, 23 de noviembre de 1995, ver Sistema de Jurisprudencia de la CSJN (<http://Intranet.pjn.gov.ar:99/index1.html>).

(20) CSJN, 25 de junio de 1996, Fallos 319: 1114, T y SS, 1997-26.

(21) CSJN, 18 de julio de 1995, T y SS 1995-785.

(22) CSJN, 16 de marzo de 1999. Fallos 322: 440. En esta sentencia se liberó de responsabilidad solidaria a la principal una empresa petrolera por las deudas laborales de la contratista que llevaba a cabo el transporte de agua y cañerías. T y SS 1999-660.

(23) CSJN, 14 de septiembre del 2000. En este caso fue liberada de responsabilidad solidaria la Sociedad Rural Argentina, por las deudas contraídas por el concesionario del servicio de gastronomía que operaba en el Predio Ferial de Palermo, que pertenece a la entidad concesionante. Se vinculó a los arts. 6 y 30 de la L.C.T. y se llegó a la conclusión de que la principal no tiene por actividad normal y específica la prestación de servicios de gastronomía, en el marco de una unidad técnica de ejecución.

T y SS 2001-131.

(24) Ver: <http://Intranet.pjn.gov.ar:99/index1.html>

(25) CSJN, 25 de agosto de 1998, Fallos 321: 2294. Se liberó de responsabilidad solidaria a una firma automotriz, por los créditos laborales contraídos por el titular de un servicio de gastronomía concesionado por ésta.

(26) CSJN, 9 de agosto del 2001, DT 2002-A-67.

(27) CSJN, 19 de noviembre del 2002, Lexis-Nexis Laboral y Seguridad Social, fasc. Quincenal, N° 3, 2003, p. 219 y s. Un prolijo sumario de la mayoría de esos fallos reseñados en el párrafo que se está anotando, hasta el año 2003, lo puede encontrar en lector en la obra ya citada de Hierrezuelo y Núñez.

(28) El segundo párrafo del art. 30 de la L.C.T. 20.744, con la reforma de la ley 25.013 pasó a tener esta redacción:

"Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberá exigir además a sus cesionarios 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.

"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 insertas en este artículo serán aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250".

(29) En "Páez, Augusto y otro c. Sindicato del Seguro de República Argentina y otros", sentencia del 18 de octubre del 2006; "Herrera, Nerio Felipe c. Degac S.A. y otro", sentencia del 10 de abril del 2007; "Markarsi, Javier Martín c The Security Gropu S.A. y otro", sentencia del 8 de mayo del 2007; "Fiorentino, Roxana María Luján c. Socialmed S.A. y otro", sentencia del 29 de mayo del 2007; "Ledesma, Héctor D. c. Manco, Osvaldo y otro", sentencia del 5 de junio del 2007", se fue desgranando una zaga de múltiples decisiones de este tenor, las que provocaron que al reseñarlas Sofía Kesselman, titulara un trabajo "El que calla otorga: a propósito de los últimos fallos de la CSJN en materia de solidaridad en casos de contratación o subcontratación", publicado en Actualidad Revista Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, 2008.

(30) Ver: C.S.J.N. en: a) "Castillo c. Cerámica Alberdi S.A.", sentencia del 7 de septiembre del 2004, publicada con nota del autor de este artículo, titulada "El acceso a la jurisdicción en las acciones por infortunios laborales ante el juez natural", en el diario La Ley del 28 de septiembre del 2004, p. 3 y ss.; b) "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA S.A. s. despido", sentencia del 14 de septiembre del 2004; c) "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.", sentencia del 21 de septiembre del 2004; d) "Milone, Juan c. Asociart S.A s/accidente", sentencia del 26 de octubre del 2004.

(31) Señalando críticamente que aún después de la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, apartado 1 de la Ley 24.557, se seguían reivindicando en votos de los magistrados de la Corte los argumentos propios del economicismo recogidos en la sentencia "Gorosito" y la vinculación que esta doctrina ya entonces abandonada en materia de la LRT, tenía por antecedente "Rodríguez", sostuvimos: "El antecedente invocado, sigue carriles totalmente contrarios a los que en lo fundamental la inspiran y es pariente ideológico del caso "Gorosito", con el que guarda relación y coherencia. La Corte tarde o temprano tendrá que elegir entre el discurso adoptado en "Gorosito" y su antecedente "Rodríguez c. Embotelladora", por un lado y el que expuso en septiembre del 2004 en "Castillo" y "Aquino", por el otro. Mantener las dos doctrinas es constituirse en estado de esquizofrenia y ello tiene graves consecuencias para los litigantes." (Ver: "Un debate actual: pluridimensión de responsabilidades versus acción excluyente", publicado en el diario "La Ley" del 5 de julio del 2006, año LXX N° 128, p. 1).

(32) El decisorio fue votado por los Ministros: Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Raúl E. Zaffaroni Carmen M. Argibay (en disidencia). El dictamen de la Dra. Marta A. Beiró de Gonçalvez, en su carácter procuradora general, aconsejaba rechazar el recurso

interpuesto, manteniéndose en el encuadramiento doctrinario del caso "Rodríguez".

(33) Ver del autor en cuanto al contrato de trabajo y su vinculación con la compra de energía el capítulo 14, "El contrato del trabajo del presente", en su obra "Reforma Laboral. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en la Crisis", Editorial La Ley. Buenos Aires, 2001.