

LA DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA (anatomía y patología en Argentina)

Diego Martín TOSCA

“Hace sesenta años el español de presa, ansioso de despojar a otros de sus fortunas o ahorros, se echaba al monte, con clásico calañé y trabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones, y, montado en la ignorancia de magistrados y fiscales, escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil” (Luis Jiménez de Asua, Madrid, 1934).⁻¹

I. De la intermediación simple a la descentralización productiva. Viejas y nuevas formas de descentralización

En 1925 señalaba Alejandro Unsain que “la legislación obrera se niega a reconocer la existencia del intermediario”, no acepta la intervención en el contrato de otros sujetos que el trabajador y el obrero, citando como ejemplo de esta premisa la disposición de la derogada ley 9688 (primera ley argentina sobre accidentes de trabajo) que responsabilizaba al empleador por los accidentes de los obreros del contratista, como así también la reglamentación de la entonces ley de trabajo a domicilio 10.505, que equiparaba al intermediario con el patrón, o la prescripción del art. 6 de la ley 11.278 de protección del salario, que daba acción al obrero para dirigirse contra el contratante principal a fin de no dejarlo a merced “de un contratista irresponsable económicamente o de mala fe, que reciba el pago de la obra y no lo emplee en el pago de los jornales”².

¹ Citado por KENT, Jorge en *Corrupción y Justicia*, L.L. 4/3/98, pág. 1.

² UNSAIN, Alejandro, *Legislación del Trabajo*, Valerio Abeledo, 1925, T I, pág. 356, citado por CARCAVALLO, Hugo, *El art. 30 de la L.C.T. (sus antecedentes, alcances y problemas)*, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal Culzoni Editores, 2001-1, Santa Fe, 2001, pág. 137.

Esta posición de extremo celo o cautela frente a la participación en el vínculo individual de trabajo de intermediados o subcontratistas debe ser repensada hoy día.

Es sabido que los profundos cambios experimentados en las últimas décadas en el métodos de producción de bienes y servicios impactaron fuertemente en las relaciones laborales, tornando habitual la intervención en la contratación laboral de sujetos que, sin revestir directamente la calidad de empleador, o de beneficiarios de los servicios del trabajador, cumplen un papel relevante en el desarrollo de la contratación o de la ejecución misma del contrato. Estos supuestos se presentan, en líneas generales, en las siguientes situaciones:

- a) Cuando el trabajador es contratado por un tercero para proporcionarlo a un sujeto distinto que recibe la prestación laboral, ya sea en forma lícita o ilícita.
- b) Cuando la vinculación o contacto inicial no lo realiza el empleador, sino otro sujeto que, sin asumir en momento alguno tal calidad, selecciona y ofrece a las empresas trabajadores, para *colocarlos* en estas como dependientes.
- c) Cuando un empresario no cumple por sí mismo la totalidad de su ciclo productivo, encomendado a un tercero la realización de parte del mismo, quien a su vez contrata trabajadores cuyo obrar, directa o indirectamente, es aprovechado por el primero.
- d) En el caso que el empleador que recibe el trabajo conforma un grupo económico con otras empresas.

Si bien en esta presentación el análisis se limitará a los supuestos a) y c), -contratación de trabajadores a través de empresas de servicios eventuales y subcontratación de todo o parte de la actividad- todos los indicados pueden ser considerados³, genéricamente, como formas o modos de *descentralización productiva*, entendido este fenómeno como una manera de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas

³ Aunque corresponde hacer la salvedad de que en el caso de las agencias de colocación la descentralización o externalización se limita a la faz de selección del personal, pero que, cumplida esa mínima etapa, no tiene mayor incidencia en la ejecución del contrato de trabajo.

fases o actividades de la empresa *no consideradas competencias básicas de ésta*, con independencia de que con anterioridad las viniera desempeñando o no⁴.

Claro que debe observarse desde ya que la conceptualización dada puede pecar, a partir de la experiencia recogida en estas latitudes, de sesgada o injustificadamente limitadora, ya que no sólo se descentraliza, externaliza o terceriza (para usar los distintos vocablos con que se alude a esta acción) aspectos extraños a las competencias básicas de la empresa, sino también, y muy frecuentemente, fases de la propia y específica actividad de la misma. Es que se observa, siguiendo en esto la interesante clasificación que efectúa Pla Rodríguez, formas o *causas normales de descentralización*, como así también *causas patológicas*. Las primeras son las que resultan de las razones productivas, provenientes de la misma índole de las tareas que deben cumplirse y que pueden requerir una mayor especialidad, idoneidad o instrumentos adecuados⁵. Las patológicas, en cambio, buscan eludir responsabilidades y bajar costos, sean de carácter laboral u organizativos, sean de carácter tributario o vinculadas con la seguridad social. Aquellas causas normales de descentralización –señala el profesor uruguayo- se pueden justificar objetivamente, las segundas sólo se explican por el deseo de obtener ventajas o conveniencias⁶. Claro que esto último –optimizar el rédito- no es en si mismo criticable, por el contrario, constituye seguramente el principal objetivo del empresario en el sistema económico imperante, pero lo que sí ofrece reparos es la atención de dicha meta socavando el nivel adecuado de protección del sujeto que con su único y finito capital –su fuerza de trabajo- es partícipe necesario del logro de mayores utilidades.

⁴ RIVERO LAMAS, Juan, *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, España, 1999, Libro de Ponencias, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 23. .

⁵ Un ejemplo de esto esta dado por la exteriorización de los sistemas informáticos de la empresa cliente, que tiene lugar mediante la contratación de los mismos con una empresa auxiliar, situación en cierto modo paradigmática y trascendente ya que es la que ha dado origen a expresión *outsourcing* (Conf. Rivero Lamas, obra citada, pág. 23).

⁶ PLA RODRIGUEZ, Américo, *La descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, Cuarenta y Dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pág. 17.

La problemática en Argentina fue atendida, por las distintas fuentes que la asumieron y consideraron (desde la ley formal hasta la jurisprudencia y la doctrina) teniendo en cuenta principal y casi excluyentemente las derivaciones patológicas de la descentralización, de allí que el punto más tratado y discutido es y ha sido siempre la determinación de las diversas responsabilidades empresariales frente a los créditos del trabajador⁷.

Esto último, sin embargo, no debe impedir ver que la descentralización productiva constituye una opción empresarial absolutamente válida, con fundamento en la libertad de empresa que, conforme explica Rivero Lamas, no se limita sólo al momento de constitución de las empresas sino que se extiende también a decidir sobre sus objetivos y a dotarla de la estructura organizativa para defender su productividad y situarla en condiciones de competir, lo que supone que la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de los controles legales e interpretativos necesarios para evitar que por esa vía puedan vulnerarse derechos del trabajador⁸.

Se presenta entonces, en definitiva, y como en tantas otras ocasiones, esa constante del derecho del trabajo, consistente en la dificultad de conciliar o armonizar facultades empresariales con sustento último en el derecho de propiedad, o, si se quiere, necesidades imperiosas frente a nuevas formas de organización del trabajo, con un adecuado nivel protectorio de los intereses del trabajador.

I.1. Causas que determinan la descentralización productiva

No tomando en consideración los supuestos en los cuales la externalización de actividades o el aprovisionamiento de trabajadores a través de terceras empresas tienen una finalidad defraudatoria de los derechos de aquellos, pueden enunciarse diversas causas o motivos determinantes a coadyuvantes al proceso de descentralización⁹.

⁷ Tal vez ello pueda deberse a la aguda observación –no obstante su tono coloquial- que Néstor de Buen formulara en una intervención en la mesa redonda sobre la materia que se llevara a cabo en el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en la ciudad de Montevideo en el año 2003, cuando señaló que lo que en el hemisferio norte se discute como un fenómeno de descentralización productiva, al sur del Río Grande suele presentarse como casos de fraude al trabajador.

⁸ RIVERO LAMAS, J., obra citada, pág. 26.

⁹ Se tiene en cuenta a este fin el análisis que efectúa Rivero Lamas en la obra citada, lo sostenido por RASO DELGUE, Juan, en *Outsourcing*, Cuarenta y Dos estudios sobre la descentralización empresarial y

- Necesidad de adaptación constante de la empresa a niveles variables de producción. Al observarse mayores niveles de incertidumbre económica se considera prudente reducir costos salariales, ajustando el volumen de empleo según las necesidades de la producción. Para poder producir a medida de la demanda –el llamado *just in time*- luce apropiado el modelo de empresa que externaliza parte de su producción, ya que de este modo no debe soportar en forma permanente una estructura sobredimensionada.
- Reducción de costos: La externalización, se dice, permite reducir costos laborales y estructurales, pues el trabajo externalizado suele ser menos costoso que el interno y se ahorran costos fijos de inversión en infraestructura¹⁰.
- Mayor productividad: En tanto la externalización promueve la competencia de subcontratistas, e incluso trabajadores independientes, para ofrecer a la empresa central mejores productos a menor costo, el empresario sustituye, en determinados casos, su producción a través de la contratación o adquisición de lo que le asegure mayor productividad.
- Influencia de las tecnologías de la información. El desarrollo de los modernos sistemas de información y comunicaciones ha resultado decisivo, cuando no imprescindible, para que las empresas puedan organizar sus actividades en distintos emplazamientos geográficos, generándose el modelo de *empresa en red*, a partir del cual se articulan estrategias incluso a niveles transnacionales.
- Incremento de los servicios prestados por la administración pública. Este fenómeno ha llevado a que el Estado opte, para brindar parte de sus servicios a los ciudadanos, por contratar con empresas privadas –y por ende ajenas a su estructura- la provisión de los mismos. Esta situación, determinante de un alto grado de descentralización, no es considerado

el derecho del trabajo, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pág. 37 y sig. y lo señalado por VALDEZ DAL RE, Fernando, en *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*, D.T. 2002 A – pág. 682 y sig..

¹⁰ En cuanto a la reducción de los costos laborales debe sin embargo repararse que sólo tratándose de tareas correspondientes a actividades secundarias o no habituales de la empresa la descentralización resulta más barata que el trabajo propio, pues aquél contiene en su costo, por cierto, la plusvalía o ganancia del proveedor. Se justifica entonces, tal vez, en tareas que no son las propias y que por ello su

debidamente por el ordenamiento jurídico argentino –o, en rigor, y como se verá luego, por la interpretación jurisprudencial- a la hora de establecer las responsabilidades del Estado por esta operatoria.

II.2 Algunas consecuencias de la descentralización productiva sobre las relaciones laborales

Sin duda el proceso de descentralización ha impactado notablemente sobre las relaciones laborales, tanto el plano individual como en el colectivo, pudiéndose señalar como principales efectos los siguientes:

- Promoción del trabajo autónomo y precarización del empleo: El trabajo autónomo se ha expandido durante los últimos tiempos como consecuencia de la descentralización productiva, la utilización de esta modalidad se presenta como el instrumento privilegiado de la externalización de actividades¹¹. Esta forma de trabajo, como es sabido, carece en general de protección jurídica. Desde esta perspectiva, y considerando también que los trabajadores externalizados –aún aquellos a los cuales el subcontratista reconoce la calidad de dependientes- suelen tener una condición menos segura que la de los trabajadores internos, constituye una realidad incuestionable la precarización y estado de desprotección que a menudo trae aparejada la descentralización.
- Diferentes regímenes laborales para los trabajadores. La descentralización productiva ha alterado un dogma básico de las relaciones laborales, como lo es la uniformidad del sistema normativo de los trabajadores al servicio de un mismo empresario¹². Se produce así, al decir de Rivero Lamas, una proliferación de estatutos jurídicos de relaciones laborales para la aportación de trabajo a las empresas, concentrándose en un núcleo duro la prestación del trabajo asalariado estable vinculado a la empresa a tiempo completo, al que rodean otros anillos de trabajadores inestables y trabajadores vinculados a otras

asunción requiere un mayor costo inicial, pero no debería presentarse conveniente para obras o servicios de la propia actividad.

¹¹ Conf. VALDES DAL RÉ, obra citada, pág. 697.

¹² Conf. VALDES DAL RÉ, obra citada, pág. 692.

empresas¹³. En el caso argentino, al menos en lo que hace a la contratación de los trabajadores a través de empresas de servicios eventuales, este fenómeno ha sido atendido por el legislador con un criterio uniformador en lo que respecta a la aplicación del régimen convencional colectivo. No sucede lo propio en el caso de subcontratación de obras y servicios. No obstante ello el régimen de negociación colectiva en el que prevalece el nivel de negociación por actividad puede brindar, sin habérselo propuesto, alguna solución uniformadora.

- Impacto en las relaciones colectivas. Como ya se indicó, la descentralización productiva puede ser vista, antes que como un nuevo modelo de relaciones laborales, como una nueva forma de organización de la empresa. Se han diversificado y han proliferado pequeñas empresas, con reducido número de trabajadores, en desmedro y con evidente reducción (en número y en tamaño) de la gran empresa como organización vertical y jerárquica. Este nuevo escenario, advierte Valdés Dal-Ré, afecta la cohesión social, fundamento primordial de la acción colectiva, al disgregarse en distintos conglomerados los trabajadores con intereses comunes¹⁴. En el mismo sentido explica la doctrina uruguaya que la solidaridad obrera, base de la acción sindical, se construyó sobre la base de trabajadores reunidos durante jornadas completas de trabajo en un mismo lugar, con similares funciones y con las mismas recompensas. La moderna fragmentación de la fábrica, la competitividad de los trabajadores dependientes e independientes, la polivalencia y la desigualdad de las retribuciones ponen en crisis la solidaridad obrera, encontrando el sindicato, a partir de ello, dificultades para representar los intereses de los trabajadores, produciéndose, en consecuencia, un debilitamiento de su influencia¹⁵. La ley sindical argentina (23.551) que establece supletoriamente el número de representantes sindicales en proporción al número de trabajadores por

¹³ Conf. RIVERO LAMAS, obra citada, pág. 36.

¹⁴ Conf. VALDES DAL RÉ, obra citada, pág. 695 y sig.

¹⁵ Conf. RASO DELGUE, J., obra citada, pág. 40.

establecimiento, incentiva sin duda a disgregar centros de trabajo en procura del debilitamiento de la acción sindical.

- Dispersión de la figura del empresario real. Fragmentación de la responsabilidad empresarial. La experiencia demuestra que, observando los dos grandes campos de la actividad empresarial, producción de bienes y provisión de servicios, la externalización de tareas suele presentarse en la mayoría de los casos en estos últimos, siendo ejemplos clásicos de tercerización los servicios de limpieza, de vigilancia, de distribución de productos, de comercialización de éstos, etc.. Incluso cuando se trata de producción de bienes en sentido estricto, se presentan en mayor medida sistemas de descentralización para la elaboración de los bienes de menor cuantía, ocupándose las empresas principales de la fabricación de los de mayor valor agregado.

En tal contexto, el trabajador de la empresa que se dedica a prestar servicios o producir bienes que conforman parte del proceso productivo principal de una contratista suele tener frente a sí, a la hora de exigir la efectivización de sus créditos laborales, un empleador de escasa solvencia. El producido de su trabajo no aparece como garantía de sus créditos. Es que, en la aguda consideración de Supiot, con la descentralización productiva se han roto los términos del intercambio que afirmaron la ciudadanía social de los trabajadores en el sistema de producción capitalista: *subordinación en el trabajo a cambio de seguridad*; y, hasta el momento, no se han definido los términos de un nuevo intercambio¹⁶.

A pesar de que el fenómeno de la intermediación en general, y de la descentralización productiva en particular, data como se dijo de varias décadas atrás, transitándose ya el siglo XXI el meollo de discusión que se sigue presentando como de muy difícil resolución continua siendo, en la experiencia Argentina, la determinación de responsabilidades de los diversos sujetos intervinientes en la cadena de producción, y el alcance que debe tener tal responsabilidad.

II.3 La responsabilidad solidaria como técnica jurídica protectoria frente al proceso de descentralización

Ya sea considerando que la interposición de personas en la contratación puede constituir un medio idóneo para defraudar derechos del trabajador, ya sea teniendo en cuenta en otros supuestos que quien se beneficia con el trabajo de empleados del subcontratista debe asegurar la satisfacción de los créditos de éstos, el ordenamiento reacciona en estos casos - que en detalle se analizarán luego - imponiendo al tercero que interviene en el vínculo una responsabilidad solidaria junto con el empleador o, derechamente, sindicándolo como empleador directo.

Cabe entonces recordar que la *solidaridad* es un mecanismo legal a través del cual cualquier acreedor puede exigir a cualquier codeudor el cumplimiento íntegro de la prestación, como consecuencia del título constitutivo o de una disposición legal, con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de la prestación (conf. art. 699 Código Civil).

En el derecho del trabajo, de acuerdo a lo adelantado y a las hipótesis que enseguida se desarrollarán, la solidaridad es siempre *pasiva y legal*. Esto significa la existencia de una pluralidad de deudores y un solo acreedor (el trabajador) y que la causa fuente es la ley, de allí viene impuesto el carácter solidario de la obligación.

Debe sin embargo observarse que, al menos en el sistema argentino, cuando se afirma que la solidaridad es siempre legal, se está utilizando este concepto como opuesto a la otra fuente de la solidaridad, la autonomía individual, y ello por cuanto no es común que el trabajador que tiene frente a sí a diversos sujetos que intervienen en la contratación logre convenir un compromiso de responsabilidad solidaria de parte de estos. Pero sí se observa que desde otra fuente heterónoma a los sujetos del contrato individual, desde la autonomía colectiva, se han establecido prescripciones en materia de solidaridad dignas de mención. En algún caso la cuestión fue tratada por los actores sociales exorbitando sus propias facultades, ya que las partes del convenio impusieron una obligación solidaria a sujetos que no formaron parte del mismo¹⁷. Pero se observan supuestos que no merecen reparos legales, en

¹⁶ Informe Supiot, citado por Rivero Lamas en obra citada, pág. 67.

¹⁷ En tal sentido se observa el Convenio Colectivo de Trabajo Nro. 281/96, convenio de la actividad de limpieza o maestranza, que en su artículo 64 prescribe que “Toda persona física o jurídica, incluyendo los organismos y empresas del Estado, que contrate o subcontrate los servicios de una empresa de limpieza,

los cuales el propio sujeto empleador convino límites estrictos para actuar como subcontratista, asumiendo además su responsabilidad solidaria en los casos de contratación de trabajos con terceros dentro de su ámbito.¹⁸

El efecto principal del carácter solidario de la obligación es que, conforme la previsión del art. 705 del Código Civil, el acreedor está facultado para exigir a cualquiera de los codeudores solidarios, a alguno de ellos o a todos conjuntamente, el cumplimiento íntegro de la prestación. Sin embargo, doctrinaria y jurisprudencialmente hay quienes sostienen que no resulta admisible formular el reclamo al deudor solidario que, por no haber ocupado el lugar formal de empleador no reviste la calidad de deudor principal, sin hacerlo conjuntamente contra el obligado directo¹⁹. Otros, con una postura que se presenta como más adecuada al régimen único de solidaridad previsto por los arts. 699, 705 y conc. del Código Civil, opinan que es posible dirigir el reclamo o acción judicial contra cualquiera de los deudores solidarios, en forma individual o conjunta²⁰. Esta tesitura no sólo observando las únicas normas

será solidariamente responsable con ella de todo incumplimiento de esta última respecto de las disposiciones legales y todas las previstas en la presente convención colectiva de trabajo”. La crítica que evidentemente puede hacerse a este modo de imposición de responsabilidad solidaria está dada por el hecho de que los sujetos colectivos impusieron mediante el convenio una obligación a quienes no han sido parte del mismo. Sin embargo podría argumentarse en defensa de este modo de imposición de responsabilidad solidaria, altamente protectorio en una actividad en la cual se observa gran precariedad, que los terceros contratantes de empresas de limpieza están convalidando con el acto de contratación del servicio el alcance hacia terceros de la cláusula convencional.

¹⁸ Ejemplo de este supuesto se aprecia en el art. 54 del C.C.T. 302/98, aplicable al personal de maestranza, técnico sin cargo, administrativo y de oficinas de administración de la industria del petróleo y gas privado, que establece, en primer lugar, un compromiso del empresario petrolero, el de no contratar con terceros trabajos o tareas permanentes asociadas a los procedimientos técnicos de la industria petrolera privada en determinadas áreas en las que normalmente los trabajos son realizados por las empresas en su ámbito, directamente con personal propio y para cuya ejecución tengan disponible el equipo requerido. Y por otra parte, se convino que las empresas serán solidariamente responsables de las obligaciones laborales y provisionales originadas en las relaciones entre el personal de sus contratistas con éstos, por los trabajos que se ejecuten dentro de su ámbito. El convenio colectivo se presenta en este caso como un instrumento idóneo para prevenir la subcontratación no debidamente justificada y para, en cualquier caso, mantener la responsabilidad solidaria del beneficiario último del trabajo.

¹⁹ Se ha dicho en este sentido que corresponde rechazar la demanda laboral incoada contra un codemandado en carácter de responsable solidario si el actor ha desistido de la demanda contra su empleador directo, ya que no puede condenarse a los deudores accesorios si no se condena también al principal, por cuanto en estos casos se impone sólo una extensión de la responsabilidad y su presupuesto esencial es que haya mediado condena del empleador directo (C.N.A.T., Sala I, Sentencia del 04/09/2003 en autos “Domínguez, Walter c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A.”).

²⁰ En esta línea se ubica lo resuelto por la Sala VI de la C.N.A.T. mediante Sentencia del 24 de junio de 2004 en la causa “Mónaco, Hernán Roberto c/ Tecno Consult S.A. y otros” donde se dijo que nada impide la condena al deudor solidario a pesar de no haberse continuado la demanda contra quien el deudor principal, pues como en el derecho laboral no existe un concepto de solidaridad específico cabe acudir al derecho común, y en nuestro régimen jurídico sólo existe una solidaridad pasiva, que es la que faculta al acreedor a reclamar la totalidad del crédito a cualquiera de los deudores solidarios (art. 699, 705 y conc. del Código Civil) por lo que no tiene cabida la categoría especial de solidaridad impropia o imperfecta, y

regulatorias en la materia, las del derecho civil, es la ajustada al régimen vigente, sino que es la que permite al acreedor laboral, en el actual estado del régimen de concursos y quiebras en Argentina, mantener la discusión y resolución del conflicto ante el juez natural y especial –el juez laboral-. Ello por cuanto, de acuerdo a la ley falencial – ley 24.522, art. 133 – en caso que uno de los codemandados –que suele ser justamente quien aparece como empleador directo- se encuentre fallido, sólo es posible proseguir la causa ante el juez laboral desistiendo la acción contra el fallido. En consecuencia, de adoptarse la primera postura mencionada –la de sostener que no es posible determinar la responsabilidad del deudor solidario sin establecer conjuntamente la del principal- se obliga al trabajador a someterse en todos los casos al rigorismo del proceso falencial.

III. Relaciones laborales triangulares. Anatomía del sistema argentino

Se ha de considerar en esta presentación la evolución en el sistema legal argentino de dos formas típicas, y bien diferenciadas por cierto, del proceso de descentralización. La primera se presenta cuando el ciclo productivo no es llevado a cabo por trabajadores propios del titular de la explotación, sino provistos por un tercero. El otro supuesto a tratar constituye un grado mayor de externalización, es el que se presenta cuando el empresario principal se desliga en forma total de parte de su actividad, encomendándosela a otro productor con quien establece una vinculación comercial.

III.1 Suministro de mano de obra.

a) Contratación de trabajadores permanentes

El supuesto de contratación laboral triangular más simple que puede observarse es aquel en el cual el trabajador es contratado por un tercero que no utiliza directamente sus servicios, sino que lo envía a otra empresa que recibe la prestación laboral.

La hipótesis considerada, que es objeto de regulación por el art. 29 de la L.C.T., es sin duda la que más a mano se presenta cuando alguien pretende

que en la práctica conduce a disminuir la responsabilidad del deudor indirecto o vicario en perjuicio del acreedor.

utilizar la fuerza de trabajadores eludiendo los riesgos propios de la contratación. Ante ello el ordenamiento reacciona de un modo que frustra el resultado buscado por quien pretendía defraudar, puesto que quien recibe los servicios del empleado será empleador directo, con todas las consecuencias que ello acarrea. La norma legal, por otra parte, no deja indemne a quien se prestó a este modo de contratación, ya que dispone que el tercero contratante responderá solidariamente frente al trabajador por todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y los que se deriven de la seguridad social. La ley, cabe destacarlo, habla de que *los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten servicios* responderán solidariamente, pero la imposición de responsabilidad solidaria en verdad sólo era necesaria en relación al tercero, pues la empresa usuaria tiene la responsabilidad directa que surge del carácter de empleador que le asigna el primer párrafo del citado art. 29.

b) Participación en la contratación de agencias de colocación

La provisión de mano de obra realizada mediante las llamadas agencias de colocaciones ha sido prohibida en un primer momento por la O.I.T. en caso de tener finalidad lucrativa, a través del Convenio Nro. 34 sobre Agencias Retribuidas de Colocación de 1933, ratificado por Argentina por ley 13.591. Sin embargo la actuación de las mismas fue, con ciertos límites y en determinadas condiciones, admitida posteriormente por la legislación.

En efecto, en 1949, se celebró en el seno de la misma organización internacional el Convenio 96, que contiene dos partes bien diferenciadas, proponiendo a los miembros la ratificación de una u otra. La parte II mantiene los lineamientos prohibitivos de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, como lo hacía el Convenio 34. En cambio la parte III, que fuera la ratificada por Argentina a través de la ley 24.648, autoriza y reglamenta el funcionamiento de estas últimas.

A influjo y con sustento en este convenio internacional se dictó el Decreto 489/2001 P.E.N., que reglamenta la actuación de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, como así también la de aquellas que no tengan fin de lucro. Establece una serie de requisitos mínimos indispensables para la actuación de las primeras, y posibilita que cuando

procuren un empleo a un trabajador perciban de este, por única vez, en concepto de retribución y gastos, una suma no superior al equivalente al 10 % de su primera remuneración mensual bruta, la que deberá ser abonada por el trabajador en el plazo de 72 horas de haber percibido la misma (art. 10 inc. c del Anexo I del Dec. 489/2001).

Es dable finalmente señalar en cuanto a este punto que en el seno de la O.I.T. se adoptó en el año 1997 el Convenio 181 sobre Agencias de Empleo Privado, incluyendo en este concepto a toda persona física o jurídica que preste servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse - es decir, las precedentemente consideradas como *agencias de colocación* - y las que presten servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución, es decir, las denominadas *empresas de servicios eventuales*.

La particularidad de este reciente convenio es que prohíbe cobrar a los trabajadores, directa o indirectamente, algún tipo de honorario o tarifa, por lo cual la eventual ratificación del mismo por parte de la República Argentina debería llevar a reconsiderar los términos del citado decreto 489/2001, que al permitir el cobro a los trabajadores de una tarifa por la colocación colisiona manifiestamente con los términos del convenio, tornando inconstitucional la norma interna (conf. art. 75 inc. 22 Constitución Nacional).

c) Contratación de trabajadores a través de empresas de servicios eventuales

En el texto originario de 1974 la Ley de Contrato de Trabajo no consideró en modo alguno la actuación de las denominadas empresas de servicios eventuales o servicios temporarios, es decir, aquellas que contratan trabajadores para enviarlos a prestar servicios a un tercero (empresa usuaria) para que cumplan tareas de naturaleza eventual. En consecuencia esta triangulación también caía bajo el régimen general de intermediación, que asignaba carácter de empleador al usuario del servicio del trabajador.

Ante la irrupción fáctica del fenómeno, el legislador toma nota de la cuestión en el año 1976, a través de la ley 21.297, exceptuando de aquella

previsión a la contratación efectuada a través de empresas de servicios temporarios. Y en un nuevo y definitivo (por el momento, claro está) tratamiento de la cuestión, la ley 24.013, en el año 1991, establece que los trabajadores contratados a través de empresas de servicios eventuales no serán considerados empleados directos de la persona para la cual presten el servicio siempre que se cumplimenten dos requisitos:

- que la proveedora de mano de obra sea una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad de aplicación. El decreto 342/92 regula los requisitos de habilitación y funcionamiento de estas empresas, entre los que se cuenta el de constituir una persona jurídica de objeto único, estar inscriptas en el registro que al efecto lleva el Ministerio de Trabajo de la Nación y caucionar determinada suma de dinero en garantía del cumplimiento de sus obligaciones laborales y frente al régimen de seguridad social. Y

- que la contratación tenga por finalidad que el trabajador desempeñe, en la empresa usuaria, servicios eventuales, es decir, aquellas que el art. 99 de la L.C.T. considera como justificantes de una contratación eventual (servicios extraordinarios del giro empresarial, determinados de antemano, o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, cuando, en ambos casos, no pueda preverse un plazo cierto de finalización). A su vez el art. 3ro. de la reglamentación (Dec. 342/92) menciona algunas circunstancias en las cuales resulta aceptable este tipo de contratación, como ser para cubrir ausencias de empleados permanentes, licencias o suspensiones (debe tratarse de ausencias cuya fecha precisa de finalización no se conoce, pues de ser así debería recurrirse a la contratación a plazo fijo) o incremento de la actividad de la empresa que requiera en forma ocasional un mayor número de trabajadores.

Cuando estas condiciones están presentes la situación no se rige por la regla general del art. 29 de la L.C.T.. Sin embargo, a fin de otorgar un real marco protectorio al trabajador, el art. 29 bis establece que en estos casos la empresa de servicios eventuales (única empleadora) y la empresa usuaria, responderán solidariamente frente al trabajador por todas las obligaciones laborales y las derivadas del régimen de seguridad social. Esta previsión resulta sin duda trascendente y desalienta –lo que no está mal- la contratación de trabajadores a través de empresas de servicios eventuales, pues al imponerse en todos los casos responsabilidad solidaria a la empresa usuaria

pocos son los beneficios que puede obtener echando mano a esta triangulación.

Por otra parte, corrigiendo una interpretación doctrinaria que se había esbozado con anterioridad a la normativa actual, el legislador dispuso que, respecto de la empresa de servicios eventuales, el trabajador reviste la calidad de empleado *permanente discontinuo*. Esto quiere decir que frente a estas empresas la vinculación es por tiempo indeterminado, con prestaciones que pueden ser discontinuas, en los límites que marca la reglamentación (art. 6 dec. 342/92).

También en protección del trabajador, y en salvaguarda del principio de igualdad, el art. 29 de la L.C.T. establece que el trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la convención colectiva, será representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad o categoría en que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria.

Resta señalar, como consecuencia de lo ya indicado sobre las condiciones de admisibilidad de la contratación de trabajadores a través de empresas de servicios eventuales, que si las exigencias consignadas no se cumplen (es decir, si la empresa que realiza la contratación no está habilitada como tal, o si, como muchas veces sucede, los servicios para los cuales es conchabado el dependiente no son realidad de naturaleza eventual sino permanentes) la situación cae en la regla general del art. 29, y la empresa usuaria no será mera responsable solidaria, sino considerada empleadora directa²¹.

III. 2 Delegación de establecimiento y subcontratación de servicios.

El otro supuesto de relación laboral triangular a considerar es sin duda el resultado más elocuente de los profundos cambios que experimentaron los procesos productivos de bienes y servicios en las últimas décadas, con el consiguiente impacto en las relaciones laborales.

²¹ Debe tenerse presente, además, que al considerarse el caso como un supuesto de empleador directo no existe ninguna dificultad para accionar sólo contra la empresa usuaria. No se está en presencia –o no es sólo eso– de un deudor meramente solidario, respecto del cual se ha dado el debate antes señalado referido a la necesidad de demandar siempre, conjuntamente, al deudor principal o directo.

Si en los comienzos del industrialismo y durante gran parte de su desarrollo lo habitual era que un empresario cumpliera por sí mismo, con sus medios de producción, la totalidad o casi totalidad del proceso, en los últimos tiempos se ha generalizado un modelo muy distinto de producción que, ya sea por razones económicas, por la complejidad de las modernas tecnologías que exigen especialidad, o por meras políticas de conveniencia empresaria, tiende a *tercerizar* o *descentralizar* parte del ciclo de producción.

Estas situaciones, que como se indicó al comienzo no pueden ser vistas en sí mismas como fraudulentas o ilícitas, fueron especialmente contempladas por el legislador a fin de salvaguardar el derecho del trabajador. Se ha procurado en general otorgar una garantía adicional al empleado del subcontratista - empresa a la cual se encomienda la realización de parte de un proceso mayor - consiste en responsabilizar solidariamente al empresario principal por las incumplimientos de aquél frente al empleado.

Lo propio sucede cuando el titular de un establecimiento, manteniendo dicha titularidad²², cede todo o parte del mismo a un tercero, supuesto en el cual se responsabiliza a aquél frente a los empleados de este último.

Si en el caso de descentralización antes analizado –contratación de trabajadores a través de empresas de servicios eventuales- el sistema jurídico argentino ha seguido una oscilación pendular, partiendo de un extremo de prohibición de la actividad, desplazándose hacia el otro, en el cual se posibilitaba la actuación de terceros contratantes sin adoptarse mayores recaudos para proteger los intereses del trabajador, hasta consolidarse en el actual y –permítase la valoración- equilibrado punto medio en que se reglamenta la actividad teniendo en consideración la necesidades de ambas partes de la ecuación productiva, no sucede lo propio en materia de subcontratación de obras y servicios.

En este último caso el camino recorrido ha dado siempre pasos erráticos, disfuncionales en una primera etapa para las necesidades del

²² Se destaca especialmente esto porque en caso que opere también la cesión de la titularidad del establecimiento la cuestión pasa a regirse por las normas que regulan la transferencia de establecimiento, aún cuando se trate de una transferencia temporaria (arts. 225, 228 y conc. L.C.T.).

empleador y francamente desprotectorios en las últimas regulaciones para los intereses del trabajador²³.

Luego de algunos antecedentes de aplicación a determinadas materias – como la previsión del art. 6 de la ley 9688 de accidentes de trabajo, que responsabilizaba al empleador por los accidentes de los obreros del contratista, o la prescripción del art. 6 de la ley 11.278 de protección del salario, que daba acción al obrero para dirigirse contra el contratante principal- o de vigencia sólo para determinada actividad -como la reglamentación de la ley de trabajo a domicilio 10.505, que equiparaba al intermediario con el patrón- la primera disposición general de responsabilidad en materia de subcontratación estuvo dada por el art. 32 de la Ley de Contrato de Trabajo, en su texto de 1974. Así se distinguían dos situaciones, estableciéndose frente a cada una de ellas diversas consecuencias.

Se mencionaba en primer término el caso en el cual la contratación de obras, trabajos o servicios correspondiese a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro del ámbito de este. En este supuesto, la consecuencia era que el trabajador contratado por el contratista o subcontratista quedare constituida con el principal.

La segunda hipótesis contemplada fue la de contratación o subcontratación de obras o trabajos o cesión parcial o total del establecimiento o la explotación para la realización de obras o prestación de servicios que hagan a la actividad principal o accesorio. En este caso se obligaba al empresario principal a exigir a los contratistas o cesionarios el cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social y lo responsabilizaba solidariamente por las obligaciones que estos mantuvieran frente a los trabajadores.

Tan sólo dos años después, en 1976, la ley 21.297 aplica una doble mutación, elimina del presupuesto fáctico de la norma la contratación de servicios que hagan a la actividad accesorio, y deroga también la consecuencia más gravosa, la de considerar al empresario principal empleador de los trabajadores del subcontratista.

²³ Resulta elocuente de esto el título elegido por Mario Ackerman para un trabajo en que se analiza el tema: *Antes y después de Rodríguez (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa)*, Revista de Derecho Laboral, 2001-1, Rubinzal – Culzoni, Sante Fe, 2001, pág. 191 y sig.

Así el nuevo precepto, contenido en el art. 30 de la L.C.T., se refiere a:

1) El supuesto en que un empresario ceda total o parcialmente a otros el establecimiento habilitado a su nombre. Se trata, como ya se indicara, del caso en que la cesión del establecimiento - sea total o parcial - no implica, a su vez, la transferencia hacia el cesionario de la titularidad sobre el mismo, porque si así fuera, la situación no se rige por el artículo 30 en análisis, sino por las disposiciones de los arts. 225 y siguientes de la L.C.T. que se ocupan de la transferencia del establecimiento.

2) El caso, que mayores dificultades interpretativas ha generado, en el cual se contrata o subcontrata, mediante cualquier acto, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito.

La discusión, como es sabido, se ha dado en relación a qué debe entenderse por *actividad normal y específica propia del establecimiento*. Ha sido este uno de los puntos más debatidos entre los casos en los cuales el derecho del trabajo establece responsabilidad solidaria de un sujeto distinto al empleador.

Las posturas esgrimidas pueden sistematizarse del siguiente modo.

- Una *postura amplia*, que propone que por actividad normal y específica propia debe entenderse no sólo la actividad principal, sino también las secundarias o accesorias, siempre que estén integradas en forma permanente al establecimiento. No se encontrarían incluidas en consecuencia las extraordinarias o accesorias.

- Frente a esta se esboza una *posición restrictiva*, que entienden que en la expresión en ciernes sólo deben incluirse aquellos servicios o trabajos que estén íntimamente relacionados con la actividad de la empresa, y que no se pueden escindir de la misma sin alterar el proceso productivo.

La evolución legislativa antes indicada parecería llevar a la conclusión de que, habiéndose eliminado como presupuesto fáctico de la norma la subcontratación de trabajos accesorios, el caso de extensión de responsabilidad se encuentra limitado a aquellos supuestos de subcontratación de servicios correspondientes a la propia actividad, en sentido estricto²⁴.

²⁴ Un antecedente jurisprudencial de muy reciente data resuelve los alcances de la normativa en análisis considerando dicha evolución –o involución tal vez- legislativa, al afirmarse que la actividad accesoria o

Si bien ambas posturas merecieron acogimiento doctrinario y jurisprudencial, en este último terreno la cuestión parece haber sido zanjada en el máximo nivel jurisdiccional argentino a favor de la postura restrictiva presentada en segundo término.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió el 15/4/93 en la causa "Rodríguez, Juan R. c/ Cia. Embotelladora Argentina S.A. y otro" fijando un criterio de interpretación que restringe el ámbito de aplicación del dispositivo. Lo hizo estableciendo las siguientes pautas:

- Deben comprobarse rigurosamente los presupuestos fácticos del art. 30 para apreciar la existencia de solidaridad.

- La norma no se ocupa, y por lo tanto no resulta aplicable, de los casos de los llamados "contratos de empresa" como ser de concesión, distribución y franquicia.

- Es condición insoslayable para la aplicación del dispositivo que exista una "unidad técnica de ejecución" entre la empresa y su contratante, para lo cual debe observarse la actividad real de cada una de éstas y no el objeto social expresado en sus estatutos.

- La extensión de responsabilidad sólo tiene lugar, en consecuencia, cuando se trata de servicios contratados que complementan la *actividad normal* de la empresa y exista una unidad técnica de ejecución.

- Deben tutelarse severamente los derechos del trabajador en los supuestos en los cuales la subcontratación sea sólo la apariencia para evadir la responsabilidad laboral.

No obstante estas rígidas condiciones impuestas por el Máximo Tribunal para aceptar la extensión de responsabilidad hacia el contratante principal²⁵, la cuestión sigue distando mucho de ser pacífica en las diversas instancias jurisdiccionales, en las que se sigue observando la consideración de los

secundaria fue excluida expresamente por la reforma, que restringió el campo de actividades en que se produce la solidaridad (C.N.A.T., Sala I, Sentencia 108.930 del 31/08/2004 en autos "España Miranda, Héctor Segundo y otros c/ Sodexho Argentina S.A. y otro").

²⁵ Interpretación restrictiva que se observa también en otras latitudes donde rige un modelo similar. En efecto, al analizar el Tribunal Supremo de España, en pronunciamiento del 24 de noviembre de 1998, el concepto de "propia actividad" contenido en el art. 42 del E.T., sostuvo que el mismo se refería sólo a las actividades *inherentes*, esto es, a las tareas que correspondan al ciclo productivo de la empresa principal, excluyéndose a las actividades instrumentales, por más que pudiesen considerarse *indispensables* para el ciclo.

diversos criterios antes esbozados sobre lo que debe entenderse por *actividad normal y específica propia*²⁶.

La norma en análisis, finalmente, establece estrictos deberes a cargo del empresario principal para el caso en que se configuren los presupuestos fácticos que contempla. El dispositivo prescribe que el cedente o contratante deberá exigir a los cesionarios y subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social, estableciendo, no obstante ese postulado general, la exigencia de ciertos recaudos específicos por parte de los cesionarios o subcontratistas como ser el C.U.I.L. de cada uno de los trabajadores que presten servicios, las constancias de pago de las remuneraciones, los comprobantes de pago al sistema de seguridad social, etc.

El incumplimiento de los deberes impuestos al principal o cedente por el art. 30 activará su responsabilidad solidaria frente a los trabajadores del subcontratista o cesionario.

La observación de tan puntuales obligaciones, impuestos por la última reforma legal en la materia (art. 17 de la ley 25.013) con un claro sentido fiscalista antes que protectorio de los intereses del trabajador, no significa en modo alguno una limitación –otra más- de los presupuestos de responsabilidad.

Es cierto que la norma activa la responsabilidad ante el incumplimiento de esos controles, lo que podría llevar a pensar que si se cumplimentan, aún tratándose de un caso de subcontratación de actividad normal y específica propia, no existe solidaridad del principal. Pero debe entenderse que el deber de control y exigencia por parte del contratante principal o del cedente constituye un deber de resultado, no una mera obligación de medio²⁷, por lo que no podría eximirse de la responsabilidad solidaria que endilga la norma alegando que conminó infructuosamente al subcontratista para que diera cabal cumplimiento a los requisitos de la norma, o que lo omitido escapaba a su

²⁶ Puede observarse al respecto la detallada guía jurisprudencial que realiza Ana María Molas en T. y S.S. 1999 pág. 698, donde se presentan 72 casos referidos a la materia, agrupados por actividades o servicios, y fácil resulta apreciar las disímiles y contradictorias posturas adoptadas por los distintos tribunales.

²⁷ Así lo entendió la jurisprudencia al indicar que “la exigencia de adecuado cumplimiento de las normas que el artículo impone al principal respecto del contratista, es una obligación de resultado y no de medio, por lo que el primero no puede eludir su responsabilidad acreditando haber dirigido al subcontratista alguna exhortación formal en tal sentido” (C.N.A.T., Sala III, Sentencia 78.476 del 18/5/99 en autos “Untoiglich, Vanesa c/ Radiodifusora Esmeralda S.A. y otro s/ Despido”-

esfera de control. En consecuencia, si cualquiera de las obligaciones contractuales o legales no fueron satisfechas, el principal alcanzado por el ámbito de aplicación de la norma deberá responder solidariamente frente a los trabajadores/acreedores del subcontratista, sin perjuicio de las acciones de repetición que luego pudiere ejercer contra este último.

IV. Patologías o deformaciones de la descentralización (e intento de algunas medicinas)

Se han señalado, al enumerar algunas de las consecuencias que genera sobre las relaciones laborales el proceso de descentralización productiva, varios efectos disvaliosos para los intereses del trabajador derivados del fenómeno. En este último tramo del análisis se observará de qué modo se presenta la problemática en la experiencia argentina en el desarrollo de los dos modos de descentralización considerados.

En lo que respecta a la contratación de trabajadores a través de empresas de servicios eventuales, se indicó ya y es válido reiterarlo como conclusión, que la legislación marcó un rumbo zigzagueante que fue desde la prohibición de esta forma de contratación, o lo que es lo mismo, la consideración de la empresa usuaria de los servicios del trabajador como empleadora directa, hasta la autorización de funcionamiento de las empresas de servicios eventuales desobligando absolutamente a las usuarias con el cumplimiento de requisitos meramente formales (período que transcurrió entre la ley 21.297 -1976- y la ley 24.013 -1991-). En la actualidad la regulación parece haber alcanzado un punto óptimo, como ya se explicó, en lo que hace a la responsabilización de las dos empresas que intervienen en el negocio frente a los créditos del trabajador. Del mismo modo, en tanto el art. 29 bis de la L.C.T. prevé que el trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por el convenio colectivo de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria, se observa resguardado el principio de igualdad en esta materia. Eso más allá que el análisis de los repertorios jurisprudenciales de cuenta de que en los hechos no siempre se respetan las pautas legales²⁸.

²⁸ Así, en la causa “Benitez, Marcelo Daniel c/ Atlántida Cochrane S.A.” resuelta el 14/9/99 por la Sala III de la C.N.A.T. se demostró, accediéndose en consecuencia al reclamo por diferencias salariales, que el

Si se observa alguna carencia en la garantización de acceso del empleado eventual a cargos sindicales electivos en la empresa usuaria, en el derecho a crear sus propias organizaciones –la norma legal vigente dice que será representado por el sindicato que actúa en la usuaria, pero bien puede darse el caso de intereses diferenciados que justifiquen el agrupamiento sindical de los trabajadores de la empresa eventual-, y en lo que hace al derecho a la formación profesional, derechos todos estos cuya garantización exige el Convenio 181 de O.I.T. sobre las agencias de empleo privado que la República Argentina estaría en vías de adoptar²⁹.

Mucho más preocupante se presenta la situación en lo referido a la subcontratación de obras o servicios.

En este aspecto, como se indicara, en el plano legislativo se ha experimentado, con fuerte aval jurisprudencial, una real cirugía mayor sin anestesia³⁰, y no es que no haya existido la necesidad de reforma –la extensión del presupuesto legislativo de 1974, que responsabilizaba al empresario principal por cualquier tipo de subcontratación exigía sin duda modificaciones- sino que, lo que resulta inadmisibles por el tipo de derechos en juego, se borró de un plumazo la norma protectoria y antifraude –tal vez disfuncionalmente protectoria- sin encontrar un debido reemplazo.

Ello por cuanto el concepto de *actividad normal y específica propia*, a más de su excesiva vaguedad, no se ha mostrado eficaz, por su afán limitativo, para abarcar situaciones que requerían protección.

En tal sentido se manifiesta Valdés Dal Ré, con sustento en los trabajos de Cruz Villalón, Llano López y Orihuel Perez de los Cobos, al denunciar la inadecuación de la noción de *propia actividad* como condición de aplicación del régimen jurídico de solidaridad, es esa una noción que deja fuera de tutela, precisamente, a los colectivos de trabajadores más vulnerables a la utilización de la descentralización con fines de degradación de las condiciones de trabajo, a aquellos trabajadores que prestan su actividad en ciertas empresas del sector

trabajador eventual percibía salarios inferiores a trabajadores permanentes de la empresa usuaria que cumplían idénticas tareas. El diferente modo de contratación no fue considerado, con razón, como una circunstancia objetiva que justificare la diferenciación.

²⁹ Así lo expresan los considerandos del Decreto 489/2001 sobre agencias de colocación.

³⁰ Echando mano a una triste expresión, muy utilizada por el ex presidente argentino de la década del 90 para referirse a transformaciones económicas que, más allá de su acierto o error en ese aspecto, afectaban impiadosamente la estructura social.

servicios (limpieza, seguridad, vigilancia) que se encuentran a menudo descapitalizadas, sin más utillaje que el que brinda su mano de obra no calificada³¹.

La misma crítica efectúa Rivero Lamas en su célebre informe cuando señala, citando a Alonso Olea, que la expresión legal *propia actividad* no pudo ni puede tener un criterio delimitador, pues se trata de una expresión que no tiene gran sentido, porque todas las obras y servicios que como tal contrata un empresario son expresión de su *propia actividad*. A partir de ello, lo que constituya para cada empresa propia actividad no puede ser controlado judicialmente, ya que dependerá exclusivamente de las decisiones estratégicas adoptadas por el empresario ejerciendo la libertad de empresa. En definitiva, sostiene, si algún valor delimitador del régimen de responsabilidades empresariales pudo tener el criterio legislativo sobre *propia actividad*, hoy resulta vacío de contenido, salvo que se pretenda reconducir su significado a las actividades subcontratadas que se ejecutan dentro de las instalaciones de la empresa³².

Este último dato de referencia –que las actividades se desarrollen en el propio establecimiento del principal- es tomado por la jurisprudencia argentina que exige, para extender responsabilidad, una *unidad técnica de ejecución* entre empresario principal y subcontratista³³. Resulta sin embargo una circunstancia inaceptablemente limitadora en el marco de las modernas tecnologías, en el cual el principal bien puede encomendar a otro el cumplimiento de parte de su ciclo productivo no obstante el desplazamiento geográfico que los separe.

Otra inexplicable restricción se observa en lo que hace a la subcontratación de obras o servicios por parte de la administración pública. La jurisprudencia ha rechazado la aplicación de la normativa que extiende responsabilidad solidaria (el mencionado art. 30 L.C.T.) señalando que el Estado no puede ser considerado empleador en los términos previstos en la Ley de Contrato de Trabajo, salvo en las situaciones de excepción que la misma prevé, por lo que mal puede ser alcanzado por una responsabilidad

³¹ VALDES DAL RÉ, F., *obra citada*, pág. 691.

³² Conf. RIVERO LAMAS, J., *obra citada*, pág. 51 y sig.

³³ Caso Rodríguez, Juan c/ Compañía Embotelladora Argentina antes citado, y los que siguieron la línea allí fijada.

solidaria que sólo es inherente a esta clase de sujetos del contrato de trabajo³⁴. Tal segregación resulta criticable desde diversas ópticas de análisis. En primer término, en el plano estrictamente jurídico, se sustenta en un grave error conceptual, pues el hecho de que, por extensión de responsabilidad, se obligue al Estado a afrontar una deuda que un empleador privado con quien realizó una subcontratación mantiene con su trabajador, no convierte al Estado en empleador de derecho privado, por lo que no se presenta óbice para aplicar la normativa laboral de derecho privado. Por otra parte, y ya desde el plano axiológico, es claro que resulta tan digno de protección el crédito del trabajador sea que el contratista principal revista la calidad de sujeto del derecho privado sea que esté constituido por un ente público.

Se ha señalado asimismo como una de las consecuencias más gravitantes de la descentralización, los efectos que se producen en relación al régimen normativo aplicable a los trabajadores de las diversas empresas que, conformando una red, participan del proceso. Se adelantó también que, siendo muy común observar en la experiencia Argentina que la subcontratación de obras o servicios se efectúa para cumplir la propia actividad del contratista principal, cuando se aplica a este determinado convenio de actividad, el mismo será aplicable también, como regla general, a los empleados del subcontratista. Sin embargo se viene vislumbrando en los últimos tiempos, sobre todo en el área de las empresas prestatarias de servicios públicos –empresas privadas que asumieron los servicios que anteriormente cumplían empresas públicas.- maniobras tendientes a “descolgarse” del convenio de actividad, en general más favorable, hacia convenios de servicios de muy inferior nivel protectorio, provocando con esto agudas desigualdades en trabajadores de la misma actividad del principal. Cabe citar a modo de ejemplo la jurisprudencia que declaró improcedente el encuadramiento que la empresa prestataria del servicio ferroviario realizó del personal propio dedicado a tareas de limpieza, en el convenio de esta última actividad, y no en el propio de la actividad ferroviaria, más favorable para los trabajadores³⁵.

³⁴ C.S.J.N., Sentencia del 9/2/89 en autos “Valdez, Luis Armando c/ Andes Investigaciones S.R.L. y otro” y más recientemente C.N.A.T., Sala III, Sentencia 86.561 del 23/3/2005 en autos “Díaz, Lorena c/ Servicios Auxiliares S.A. y otro”.

³⁵ C.N.A.T. Sala X, en sentencia 6.297 del 30/4/97 dictada en la causa “Mansilla, Juan Castor c/ Trenes de Buenos Aires S.A. s/ Diferencias Salariales”

En una patología aún más grave, se desarrolla estos días en Buenos Aires un conflicto colectivo de trabajo en el cual trabajadores que prestan servicios de seguridad en líneas de Subterráneos, reclaman su inclusión en el convenio de actividad, ya que consideran ficticia y carente de real sustento fáctico y jurídico la aplicación de convenios propios de los servicios de seguridad a los cuales se los remite por tener tal carácter sus empleadores –es decir, estar constituidos como empresas de seguridad- cuando se trata, según denuncian, de organizaciones constituidas o conformadas con capitales del mismo grupo propietario de la concesión de los subterráneos, con el exclusivo fin de segregarlos del convenio de actividad más favorable.

Claro que el convenio colectivo de trabajo puede erigirse, desde otra perspectiva, en un instrumento sumamente útil para evitar los efectos disvaliosos de la descentralización. Se ha señalado al considerar las diversas fuentes que pueden imponer responsabilidad solidaria el caso de los acuerdos colectivos que contemplaron la situación. Y lo interesante está dado no sólo por esto último, por la determinación de responsabilidad ante el hecho consumado, sino principalmente por la posibilidad de que los actores sociales logren un compromiso de abstención de segregación del proceso productivo o de servicios, aunque más no sea en sectores determinados que, por su naturaleza, pueden ser afrontados adecuada y razonablemente por el titular de la explotación.

Es sabido que el fenómeno de la *deslocalización* del trabajo, que se traslada con avidez hacia mercados en los cuales factores económicos o de franca desprotección laboral reducen estos costos sensible y escandalosamente, no parece poder ser controlado por la legislación nacional. El ejemplo clásico de los llamados “call center” transnacionales, a partir de los cuales un telefonista ubicado en un país de bajo costo laboral brinda servicios a usuarios de muchas otras naciones del orbe en los cuales el valor de su trabajo sería muy superior, basta como muestra de la problemática³⁶. Pero sí puede ser la negociación colectiva el instrumento a través del cual se logren avances

³⁶ La empresa Microsoft ofrece a los adquirentes de su producto Windows XP un servicio telefónico a través de un “0800” para la activación del sistema. Ello se concreta a través de la empresa Teleperformance Argentina, que desde un call center ubicado en Buenos Aires brinda servicios a usuarios de 25 países de América Latina. De este modo Microsoft tiene un solo call center en lugar de 25 y ahorra

en esta materia. Los sujetos colectivos pueden, mediante los múltiples y variados mecanismos que ofrece la negociación, fijar en común vallas, funcionales a ambas partes, que frenen la segmentación de la empresa hacia plazas más atractivas en costos³⁷.

Este panorama, ya de por sí alarmante, se ve agravado por el hecho de que, al menos en las pautas hasta ahora vigentes emanadas del máximo tribunal de justicia en la Argentina, el discutido concepto no es interpretado a la luz o como uno de los mecanismos de efectivización del principio protectorio, sino teniendo en mira la vinculación entre los aspectos comerciales y el derecho del trabajo, contemplando la estabilidad de las relaciones jurídicas (se refiere a las mercantiles, no a las laborales) de modo de no soslayar la imprescindible previsión de riesgos que se tienen en mira al contratar y realizar inversiones³⁸.

Hace ya varios años Justo Lopez enseñaba, distinguiendo los casos de intermediación fraudulenta de los supuestos de subcontratación, que no deben confundirse las reglas de solidaridad que atribuyen responsabilidades indirectas a verdaderas empresas por razones de política protectoria, con los casos de fraude en los que el empresario que aporta personal a otra organización no es en realidad empresario. Este último supuesto se rige, en Argentina, por el art. 14 LCT, ya que la interposición configurada sólo ocultaba una relación directa entre quien se beneficia con la mano de obra y los trabajadores.

Explicaba también que el contratista que carece de elementos propios como para ser calificado de empresa, es un mero "suministrador de mano de obra", dando lugar a un supuesto de simulación de contrato de carácter plenamente ilícito. Para que exista relación laboral, la misma debe darse entre un trabajador y una organización empresaria, considerándose tal a la que posea organización instrumental de medios personales, materiales o

hasta un 50 % de su estructura ("Un nicho donde la Argentina paso a ser muy atractiva", nota del diario La Nación de Buenos Aires, edición del 29/10/2002).

³⁷ Una experiencia en tal sentido se aprecia en el caso de la empresa Bosch, ubicada en la cercanías de Lyon, Francia, donde en el año 2004 se celebró un referéndum para decidir si se aceptaba un aumento de una hora en la jornada semanal de trabajo sin modificación salarial. Si no se obtenía el voto favorable de los trabajadores –que efectivamente se obtuvo- parte de la producción se trasladaría al extranjero (información del diario Página 12 de Buenos Aires, edición del 28/05/2005, pág. 17).

³⁸ Considerando 7 del fallo dictado por la C.S.J.N. el 2/7/93 en "Luna, Antonio Rómulo c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros".

inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos o benéficos en el marco de la cual se inserta el trabajo como medio productivo, lo ordena y dirige a fin de prestar un servicio o producir un bien, aprovechando sus beneficios a cambio de un salario. Por eso, cuando el sujeto interpuesto ("testaferro" unipersonal o no), carece de tales visos de organización, la teoría de la primacía de la realidad lleva a desestimar esa figura aparente, ese sujeto que se interpone con ropajes que lo hacen parecer verdadero empleador, para dejar al descubierto la auténtica relación que se tiende entre el obrero y la empresa que lo inserta en su organización y aprovecha su trabajo³⁹.

Teniendo en cuenta tales premisas, deben articularse suficientes mecanismos de control por parte de las autoridades públicas en lo que respecta a la real solvencia de los sujetos dadores de trabajo. Tal criterio ha sido esbozado como guía para la reforma del art 42 del E.T., propiciando para una futura regulación la necesidad de garantizar que las empresas contratistas y subcontratistas dispongan de una real estructura empresarial⁴⁰. En la Argentina el régimen particular de la industria de la construcción dispone –más allá de la aplicación también de la normativa general, art. 17 ley 25.013- que quien subcontrate responderá solidariamente si el subcontratista no se encuentra inscripto en un registro especial de la actividad (art. 32 ley 22.250), registro que supone –desde la teoría legal, claro está- cierto control de las autoridades respectivas. Sin perjuicio de ello, invariablemente la jurisprudencia ha resuelto que no obstante el cumplimiento de la formalidad, opera la solidaridad si el subcontratista no está constituido como un verdadero empresario, con suficiente solvencia y medios propios.

Hasta tanto ello suceda, no debe soslayarse como pauta interpretativa la consideración de la envergadura del subcontratista de servicios a la hora de delimitar la responsabilidad del contratista principal. De este modo se podrá esclarecer al menos –lo que no es poca cosa- si se trata de una contratación o subcontratación con empresas o de un vulgar fraude a la ley⁴¹.

³⁹ Conf. LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, T I, pág. 256 y sig.

⁴⁰ RIVERO LAMAS, J., *obra citada*, pág. 52.

⁴¹ Esta importante distinción se observa en el fallo dictado por la Sala VI de la C.N.A.T. el 20/8/2003 en la causa "Ragona, Gladis Beatriz c/ Comunicaciones Digitales S.A. y otro", como así también en "Lorenzo, Juan Ramón c/ Supermercados Norte S.A." del registro de la Sala II de la C.N.A.T., sentencia del 25/09/2002.

La evaluación de la responsabilidad solidaria del empresario principal suele discutirse con real interés para el trabajador acreedor del subcontratista cuando este deja de actuar en el mercado, no dejando rastros sobre los cuales efectivizar los créditos. Se ha entendido que el vaciamiento de sociedades, o cierre del establecimiento comercial, sin recurrirse al procedimiento legal de disolución y liquidación, hace responsables personal y solidariamente a los socios del ente⁴². Idéntico razonamiento puede seguirse para establecer responsabilidades de quien mantuvo fuertes vínculos contractuales con el subcontratista desaparecido, aprovechando el producto de la fuerza de trabajo de sus empleados, sin tomar los mínimos recaudos para asegurar el cumplimiento de los derechos laborales de éstos.

La moderna teoría del derecho de daños justifica la responsabilidad solidaria que se pregona.

En efecto, la responsabilidad civil, fundada en sus clásicos factores atributivos a título de culpa o dolo, e incluso del más moderno factor objetivo de atribución, no se presenta en muchos casos como la respuesta más adecuada al disvalioso fenómeno del *daño*.

Ante ello, y partiéndose de la premisa de que todo daño debe ser reparado, se ha elaborado en los últimos años una *teoría general de la reparación* que estudia la problemática desde la perspectiva del dañado y del daño y no exclusivamente a partir del dañador, apareciendo así en escena nuevos factores de atribución de responsabilidad, como ser la equidad (art. 907 Código .Civil), la buena fe (art. 1.198 C.C. y 63 L.C.T.), el ejercicio abusivo de los derechos (art. 1071 C.C.)⁴³.

Cuando un trabajador no puede percibir su acreencia en razón de la insuficiencia patrimonial de la persona, física o jurídica, para la cual prestó servicios, obviamente esa deuda no queda, en rigor, “impaga”. Es pagada o asumida, paradójicamente, por el propio acreedor, ya que éste es el que sufre el deterioro patrimonial que significa haber cumplido con su prestación y no haber recibido la compensación contractual o legalmente correspondiente.

⁴² C.N.A.T., Sala I, Sentencia 108.890 del 23/02/2005 en autos “Carrizo, Ana c/ Meral Service S.R.L. y otro”.

⁴³ Conf. GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría General de la Reparación de Daños*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Buenos Aires, 1999.

Frente a esto, cuando su fuerza de trabajo fue aprovechada por un tercero que actuó como contratista principal de los servicios, parece mucho más adecuado, en el marco teórico reseñado, que el daño sea afrontado por dicho tercero, que sin duda obtuvo provecho de la subcontratación, y sin perjuicio de las acciones de repetición que pueda ejercer contra éste, que por el dependiente del subcontratista, que por cierto no participó en las ganancias del emprendimiento.

Dada la ya explicitada insuficiencia del concepto de actividad normal y específica propia para aprehender situaciones que piden a gritos protección, las precedentes pautas pueden servir de herramienta en todo caso dudoso en el que se vislumbre un inaceptable menoscabo del derecho del dependiente. Esta circunstancia se presentará en todos los casos de subcontratación de obras o servicios, *propios o no de la actividad*, en lo cuales el contratista principal no demuestre haber adoptado los mínimos recaudos que le son exigibles al buen hombre de negocios para asegurarse que su desarrollo empresario no se sustenta en contrataciones con terceros que venden su competitividad en desmedro de los derechos de los trabajadores que ocupa.

En definitiva, hay una nueva realidad que atender, la descentralización productiva. Nuevas herramientas para utilizar, el mayor control de la real solvencia de los sujetos que participan en el proceso, esto a fin de pensar en remedios y no conformarnos con la autopsia que supone la determinación de responsabilidades solidarias. Y como siempre, la salvaguardia de un principio rector: la protección del trabajador.