

INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA*

César Arese**

Sumário: 1 Introdução; 2 La dimensão del tema; 3 Tratamientos jurídicos; 4 Empleado directo. A. La titularidad real del nexo de trabajo; B. Socio Empleado; C. Auxiliares del Trabajador; D. Contrato de trabajo de grupo o por equipo; E. Trabajo prestado por integrante de una sociedad; 5 La intermediación de mano de obra en sentido estricto (Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros); A. Tratamiento jurídico general; B. Reglamentación especial. 1. Conceptos y limitaciones en trabajo eventual; 2. Empleadores habilitados; 3. Relaciones laborales de las Empresas de Servicios Eventuales (ESE); 4. Codificación de las eventualidades; 5. Actividades especiales; 6. Controles y sanciones. 7. Relaciones colectivas; 6 Interposición y solidaridad; A. Los vastos alcances de la interposición; B. Cesión, contratación y subcontratación; 1. Círculos de responsabilidad solidaria; 2. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 3. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ). 4. Tribunales inferiores; 7 Intermediación por grupo económico; 8 La solidaridad en las franquicias; 9 Transferencias de empresas y de personal; 10 La solidaridad convencional; 11 Intermediación insolvente o fraudulenta y responsabilidad solidaria de socios controlantes y administradores sociales; A. El debate; B. Jurisprudencia de la CSJN; C. Dos cortes provinciales; 12 Breves conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

La intermediación de mano de obra es un tema tradicional en el Derecho del Trabajo ya que se conecta íntimamente, en principio, con el recurrente asunto del fraude

laboral. En ese rango de ideas se coloca la generación de figuras no laborales, precarias o simuladas como en los casos de supuestas becas, pasantías, aprendizajes, prácticas y vinculaciones pseudo autónomas. A estas formas de eliminar, oscurecer,

* Texto produzido a partir de palestra feita no II Encontro Internacional de Professores de Direito do Trabalho e II Seminário Internacional da Amatra, realizado em Campinas, em 14 e 15 de fevereiro de 2008.

** Doctor en derecho; magistrado del trabajo; profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba; especialista en temas laborales por la Universidad de Castilla La Mancha, España; Consejero Académico de la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo de las Universidades Nacional del Litoral, Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Profesor de posgrado en temas de su especialidad. Publicista y articulista.

enrarezca la responsabilidad y la identificación misma del empleador, se agregan los llamados fraudes societarios: sociedades "cáscaras" o simples fachadas; interposición societaria de fácil volatilidad y descapitalización empresarial.

Las transformaciones productivas de las últimas dos décadas han agregado nuevos motivos de preocupación. El tratamiento prioritario en el último Congreso Mundial de Derecho del Trabajo (París, 2006) del tema de la descentralización productivas y la pérdida o deformaciones de la protección laboral, revelan la universalidad de la cuestión. La fragmentación, externalización, diversificación y deslocalización productivas o la generación de redes societarias, diluyen la identificación misma del sujeto empleador que parece haber quedado nublada por la diversidad de apariencias que adquiere el fenómeno.

Un caso especial es el de los efectos de la Sociedad de la Información. El teletrabajo agrupa en Argentina a un millón de oficinas hogareñas; en Latinoamérica se venderán 3,3 millones de computadoras portátiles en 2008 lo que augura una expansión de estas formas especiales de trabajo y se estima que una cuarta parte de la población laboral mundial participará de formas de trabajo móvil para 2009¹. Se pueden advertir nuevas experiencias de desgranamientos productivos, en donde pueden convivir formas de autonomización, un neo trabajo a domi-

cilio y formas de intermediación en cadena. En este punto, los esquemas clásicos de intermediación y solidaridad convencional encuentran serias trabas para su aplicación.

En definitiva, la intermediación laboral y su institución paralela, la solidaridad contractual, es un tema polisémico que habilita a una diversidad muy grande de posibilidades. Es imposible agotar sintéticamente las posibilidades de la intermediación laboral. Se intentará un recorrido de las manifestaciones más importantes del fenómeno.

2 LA DIMENSIÓN DEL TEMA

Algunos datos valen de muestra: la empresa multinacional Manpower dedicada a la selección y contratación de personal temporario para unas 2.200 empresas clientes, es la principal empleadora de Argentina con más de 25.000 trabajadores dependientes. Proporciona trabajadores para promocionar productos, reemplazar personal de licencia, atención de clientes, campañas publicitarias, ventas, call centers, etc. En el *top ten* de compañías que más personal ocupan, figura en quinto lugar otra seleccionadora de personal con 17.780 empleados² y una empresa que selecciona y proporciona temporario personal a terceros, declaró haber gestionado 14.000 empleados y haber experimentado un crecimiento de un tercio en su actividad durante 2007, una plus marca que esperaba repetir en el año siguiente.

¹ Daniel San Giovanni, *Empleados a distancia*, La Nación, Argentina, Sec. 7, p. 1.

² Datos Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) reproducidos por el Diario La Nación (3011/07).

Esas empresas superan a los poderosos grupos empresarios de servicios (supermercados, seguridad, telefónicas, comunicaciones, etc.) y de industrias básicas (alimenticias, petroleras, acero, etc.). Hay un apunte que refuerza la dimensión del tema. Tres empresas de seguridad que normalmente emplean personal para servicios de terceros, dirigen otros 23.000 guardias y empleados administrativos.

Una organización de recursos humanos ofrece a sus 800 empresas clientes que posee un área específica para atender directamente los "servicios de tercerización" y los "telerecursos" humanos.

Naturalmente que la envergadura de la intermediación encubierta o instalada a través de la relacionada fractura o externalización productiva aparece como mucho más vasta y de difícil ponderación. De tal forma, la intermediación y la provisión de mano de obra aparece con una relevancia obvia dentro del panorama laboral.

3 TRATAMIENTOS JURÍDICOS

La cuestión de la intermediación de mano de obra puede considerarse peyorativamente como "tráfico de mano de obra" o, más amablemente, "selección de personal", "gestión de trabajadores para terceros". También es avistable como la simple interposición de sujetos empleadores.

Se admiten, a grandes rasgos, dos tratamientos jurídicos:

1) Atribución al trabajador

del carácter de empleado directo del principal.

2) Generación de responsabilidad solidaridad laboral a los sujetos principal e interpuesto.

Otra clasificación más detallada de las formas de conformación de la interposición:

1) La intermediación considerada como inexistente y que identifica a intermediario y principal como empleadores. El intermediario es solo un puente de responsabilidad hacia el principal de la relación laboral. Son las siguientes hipótesis:

a) El empleado directo.

b) El socio empleado:

c) Los auxiliares del trabajador,

d) El contrato de trabajo por grupo o equipo

e) El contrato prestado por integrante de una sociedad.

f) Intermediación en sentido estricto (Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros): 1) Trabajador intermediado como empleado directo; 2) Trabajador de Empresas de Servicios Eventuales (ESE).

2) La intermediación a través de la cesión, contratación y subcontratación inserta dentro del concepto de actividad normal específica propia del establecimiento cedente y la intermediación ajena a la hipótesis anterior, esto es, en caso de inexistencia de unidad técnica ni comunidad de rubros de actividad.

3) La interposición a través del grupo económico.

4) Los casos de transferencia de establecimiento y de personal.

5) La interposición fraudulenta a través de empresas descapitalizadas o inexistentes.

4 EMPLEADO DIRECTO

A. La titularidad real del nexo de trabajo

La posibilidad de que el trabajador sea considerado empleado directo de quién requiere, dirige o se beneficia con sus servicios fluye ab initio de la presunción de laboralidad contractual subordinada que supone toda relación laboral dependiente, más allá de las formas.

En primer término, porque una simulación o fraude acerca de la existencia o rol de empleador, con apariencia de tal, que sostenga un carácter no laboral o que se manifieste interpuesto lleva a la

aplicación del principio de laboralidad dependiente y la nulidad de la interposición (art. 5 y 14 de Ley de Contrato de Trabajo, LCT).

En segundo lugar, porque la condición de empleador se consagra más allá del sujeto de carácter físico o jurídico, en tanto requiera los servicios del trabajador. Se opera en este caso con los conceptos de “empresario” o “empleador” para atribuir la titularidad de la relación de trabajo. En el primer caso, asume esa condición la persona física o jurídica que “dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con

el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la “empresa” (art. 5 LCT). Se considera “empleador” a “la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador” (art. 26 LCT).

De tal forma, más allá y con indiferencia por las formas, ropajes o figuras empleadas, será titular de la relación laboral el sujeto jurídico que requiera los servicios y asuma,

directa o indirectamente, abierta o encubiertamente, la relación jerárquica y la titularidad de la comunicación de instrucciones hacia el trabajador.

De otro lado, la legislación argentina adscribe a la tesis relacionista para descubrir la incubación

y desarrollo del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios dependiente implica el nacimiento del contrato de trabajo. La realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicio en favor de otra persona, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen, “hace presumir la existencia de un contrato de trabajo” lo que se debe aplicarse extensivamente “aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no

“...una simulación o fraude acerca de la existencia o rol de empleador, con apariencia de tal, que sostenga un carácter no laboral o que se manifieste interpuesto lleva a la aplicación del principio de laboralidad dependiente y la nulidad de la interposición (art. 5 y 14 de Ley de Contrato de Trabajo, LCT).”

sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio" (arts. 22 y 23 LCT).

Esta sería el primer acercamiento al tema: la posible intercalación de una persona física o jurídica se esfuma en tanto se verifican los presupuestos esenciales y básicos de la prestación laboral dependiente.

B. Socio Empleado

La otra hipótesis liminar del tratamiento de la posible generación de figuras no dependientes mediante una especie de falsa autoempleo, sería la situación de la integración como parte de una sociedad con prestación de servicios de forma personal y habitual y bajo las instrucciones o directivas de aquella. Igualmente en este caso, la condición de socio del trabajador, no le quita el carácter de dependiente de la sociedad, sujeto de la relación de trabajo y objeto de la aplicación de las normas laborales y convencionales protectorias de la prestación en relación de dependencia (art. 27 LCT).

Quedan al margen de este tratamiento los integrantes de las sociedades cooperativas de trabajo ya que, a pesar de la apariencia de su prestación de servicios dependientes, integran con ese aporte personal la esencia de la institución (Ley n. 20.337).

No obstante, la figura de "cooperativización" del trabajo dependiente ha generado resistencia por hacerse evidente en muchos casos, una simple operación de bastardeo o desnaturalización de los dignos objetivos del sistema cooperativo como al-

ternativa social frente al capitalismo lucrativo y sus selváticas reglas de juego. El fraude laboral o cooperativo consistente en su conformación o funcionamiento irregular o su actuación como empresas de provisión de servicios eventuales, de temporada o brindando servicios propios de las agencias de colocación, llevan a que los trabajadores sean considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social (art. 40 Ley n. 25.877). Es decir, la supresión del empleador aparente y que ha intermediado mediante la forma cooperativa.

C. Auxiliares del Trabajador

Otra forma de interposición y mediación laboral puede verificarse mediante figuras que pretendan desnaturalizar o desconocer la morfología personalizada del contrato de trabajo. El propio trabajador dependiente puede valerse de otros trabajadores auxiliares para la prestación de servicios, los que, de cualquier modo y salvo excepción expresa legal o convencional, serán considerados igualmente dependientes del empleador (art. 28 LCT).

Con todo, esta aparentemente simple forma de hacer surgir el nexo laboral, ha tenido su mero jurisprudencial. Es el caso conocido caso de los fleteros, es decir, titulares o propietarios de vehículos utilizados en la distribución de mercaderías, ligados al establecimiento y empleador principal por un contrato de locación de servicios o de obra

que ocupan a ayudante, conductores y peones para cumplir las funciones específicas.

El punto se relaciona con la cesión, contratación y subcontratación de estas tareas de distribución que, en realidad, involucra en el debate el régimen específico de solidaridad y controles del art. 30 de la LCT. Lo que ocurre es que, establecida la laboralidad dependiente de estos intermediarios, los trabajadores auxiliares corren la misma suerte respecto del titular de la explotación involucrada.

D. Contrato de trabajo de grupo o por equipo

El hecho de que el trabajador no contrate, no sea organizado ni dirigido directamente por el principal sino en forma intermediada o delegada, no implica

que se esfume la existencia del contrato de trabajo. Clásicamente se referencia esta hipótesis con el caso de la orquesta de música, cuyo director o representante, asume la condición de delegado para la contratación con quién se convertirá en titular de un nexo de trabajo dependiente con respecto a cada uno de los trabajadores.

La figura es aplicable a todo grupo o equipo de trabajo (común en la industria de la construcción, agrupamiento de técnicos, etc.) en que existe una suerte de “gestor”, manager, representante, profesional

o técnico que estructura el equipo. Naturalmente que las líneas divisorias respecto de la alternativa de una empresa autónoma proveedora de servicios e integrada con su propio plantel, dependerá de la prueba y el grado de traba de las relaciones entre las partes. De hecho y en definitiva, queda en el fondo y más allá de la consideración de la dependencia directa, la posibilidad de la aplicación del sistema de responsabilidad solidaria del principal.

En definitiva, el art. 101 de la LCT estima que existe “contrato de trabajo de grupo o por equipo”, cuando “se celebre por un empleador con un grupo de trabajadores que, actuando por intermedio de un delegado o representante, se obligue a la prestación de servicios propios de la actividad de aquél”. En tal caso, “el empleador tendrá respecto de cada uno de los integrantes del grupo, individualmente, los mismos deberes y obligaciones previstos en esta ley, con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo”.

La norma indica que el salario pactado “en forma colectiva” otorga derecho a cada trabajador a la participación que les corresponda según su contribución al resultado del trabajo”. Sin embargo, una interpretación sistemática de la regla obliga a advertir que, en tanto existe una pluralidad contractual labo-

“...esta aparentemente simple forma de hacer surgir el nexo laboral, ha tenido su meneo jurisprudencial. Es el caso conocido caso de los fleteros, es decir, titulares o propietarios de vehículos utilizados en la distribución de mercaderías, ligados al establecimiento y empleador principal por un contrato de locación de servicios o de obra que ocupan a ayudante, conductores y peones para cumplir las funciones específicas.”

ral individual, se debe partir de la base de la aplicación de las reglas básicas y generales sobre salario y lo que prevea en todo caso la convención colectiva del sector.

E. Contrato prestado por integrante de una sociedad

Una figura normativa que no ha tenido demasiado desarrollo jurisprudencial a pesar de su rigurosidad e indudable impacto práctico, es la del art. 102 LCT: *“El contrato por el cual una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica, se obligue a la prestación de servicios, obras o actos propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes, a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo, y cada uno de sus integrantes, trabajador dependiente del tercero a quien se hubieran prestado efectivamente los mismos”*.

Esta hipótesis legal puede ser extensible a diversidad de proveedores de servicios agrupados mediante formas societarias o asociacionales de ocasión (grupo de monotributistas, por ejemplo) y destinadas a evitar la responsabilidad y vinculación directa con el principal.

La disposición exige dos parámetros. Por un lado, descarta la eventualidad de una prestación laboral a favor del tercero beneficiario y destinatario de la actividad societaria o grupal a los fines de su consideración como dependiente directo. También aparta de esta condición a quienes son proveedores de servi-

os para diversidad de destinatarios. Ambas condiciones deben darse en forma aparentemente conjunta según la redacción de la norma y por supuesto, pueden prestarse a diversidad de interpretaciones.

El mismo art. 102, arrastra a los auxiliares del trabajador hacia la relación de dependencia en tanto se reúnan las condiciones del primer párrafo, admitiéndose excepciones por vía legal, estatutaria o convencionales. No se comprende a qué se alude en este último caso porque una convención colectiva no puede perforar el orden público general indisponible. Una CC que albergue excepciones contractuales para formas de trabajo autónomo o no contractualizado, sería seguramente nula.

5 LA INTERMEDIACIÓN DE MANO DE OBRA EN SENTIDO ESTRICTO

(Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros)

A. Tratamiento jurídico general

La intermediación en sentido estricto se verifica cuando la mediación de un empleador es expresa y pactada y merece un tratamiento normativo específico. Por definición legal, la intermediación de mano de obra no es permitida por la legislación argentina ya que en todo caso operan varios resguardos, según las reglas específicas de los arts. 29 y 29 bis de la LCT:

a) Los trabajadores intermediados de manera tal que son contratados para ser proporcionados a

terceros se consideran empleados directos del usuario principal.³

b) La solidaridad plena y amplia, laboral y de la seguridad social del contratante inmediato y de la empresa para la cual se presten servicios.

c) Régimen de control y reglamentación especial de Empresas de Servicios Eventuales (ESE), sin perjuicio de la responsabilidad solidaria.⁴

De tal manera parecería, tal como veremos en el punto siguiente, que el problema de la intermediación de mano de obra se encuentra controlado, acotado y en todo caso, desalentado por el sistema normativo.

Una contratación con el fin de proporcionar al trabajador a otro sujeto y para prestar servicios para necesidades permanentes, no se encuentra permitido como contrato intermediado. Cae por imperio de la ley y se lleva a la relación de dependencia directa con el principal.

Esto no quiere decir que no se admita la constitución de empresas especiales dedicadas a la selección de personal, es decir, a recibir el pedido de empleados, efectuar la búsqueda, seleccionarlos según las especificaciones requeridas y

proporcionarlos al usuario. En este caso, se trata de agencias de colocaciones privadas, al igual que las que cumple el estado con los servicios de empleo, las organizaciones no gubernamentales y los sindicatos, aunque perciben los honorarios por los servicios de escoger el personal apropiado a la demanda.

No se encuentra permitido mantener bajo relación de dependencia a ese personal mientras no exista causa de carácter eventual que justifique la contratación bajo una modalidad especial, distinta a la regla general de la indeterminación del plazo contractual (art. 90, 91 y conc. LCT).

Las ESE cuya habilitación está férreamente reglamentada según el tercer párrafo del art. 29, el art. 29 bis de la LCT y normas concordante, pueden mantener bajo su relación de dependencia personal proporcionado o intermediado.

B. Reglamentación especial

1. Conceptos y limitaciones en trabajo eventual

El art. 99 de la LCT establece

³ Ley de Contrato de Trabajo, art. 29: "Interposición y mediación-Solidaridad. Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o 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. Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas".

⁴ Art. 29 bis LCT. "El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquella por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término. 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 la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria".

la moldura normativa sobre la que debe actuar la empresa intermediaria en caso de existir una vinculación de carácter eventual. Es el primer foco restrictivo de la contratación por tiempo determinado como excepción a la permanencia y estabilidad contractual está en los arts. 90 y 91 LCT y 27 de la Ley Nacional de Empleo n. 24.013. Como reglas generales de las modalidades especiales de contratación que excepcionan el principio de estabilidad o permanencia laboral, el art. 90 LCT exige:

“a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración”.

“b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen”.

La trasgresión a los requisitos formales (plazo cierto instrumentado de forma escrita) y sustanciales (causalidad especial), convierte al contrato de trabajo de modalidad especial, en uno normal, es decir, por tiempo indeterminado y con acarreo de la aplicación del conjunto de reglas de protección contra el despido arbitrario.

El mencionado art. 99 es el que regula la modalidad especial de contrato de trabajo eventual: “Cualquiera sea su denominación, se considerará que media contrato de trabajo eventual cuando la actividad del trabajador se ejerce bajo la dependencia de un empleador para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, con relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo

cierto para la finalización del contrato. Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador”. Se agrega a esta definición genérica el contrato de reemplazo o suplencia (art. 69 LNE).

La modalidad especial de contratación eventual está limitada no sólo causalmente, sino en otros tres puntos vitales: a) Utilización antisindical; b) Frente a las contingencias de crisis empresaria y c) Uso excesivo o de larga duración.

En el primer aspecto, el art. 70 LNE indica: “Se prohíbe la contratación de trabajadores bajo esta modalidad para sustituir trabajadores que no prestaran servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical” (art. 70 LNE);

La segunda limitación articula dos órdenes normativos. La LCT (art. 217 a 224 y 247) y la LNE (art. 98 a 104) permiten al empleador repartir riesgos en caso de crisis productivas, previo cumplimiento de los requisitos sustanciales y procesales que justifiquen la aplicación de suspensiones y despidos. Sin embargo, no podrán apelar a la modalidad del contrato eventual para salvar los baches productivo: “Las empresas que hayan producido suspensiones o despidos de trabajadores por falta o disminución de trabajo durante los seis (6) meses anteriores, no podrán ejercer esta modalidad para reemplazar al personal afectado por esas medidas” (art. 71 LNE).

Finalmente, las eventualidades ligadas a las exigencias extraordi-

narias del mercado previstas la definición del contrato de trabajo eventual, ostenta dos previsiones legales limitativas: “a) En el contrato se consignará con precisión y claridad la causa que lo justifique; b) La duración de la causa que diera origen a estos contratos no podrá exceder de seis (6) meses por año y hasta un máximo de un (1) año en un período de tres (3) años” (art. 72 LNE).

La trasgresión de estas reglas traerá como consecuencia, en el plano de las relaciones colectivas, posibles acciones por práctica desleal o mala fe en la negociación colectiva (art. 53 Ley n. 23.551; art. 4 Ley n. 23.546); en el orden administrativo, sanciones contravencionales (Anexo II, Ley n. 25.212, Régimen General de Sanciones de Infracciones laborales) y en la órbita individual, la consideración de los contratos de trabajo como transmutados en por tiempo indeterminados con la consecuencia indemnizatorias ordinarias y por irregularidad registral (art. 90 y conc. LCT, LNE y 25.323).

2. Empleadores habilitados

Solo pueden constituirse como intermediarias, las ESE constituidas “con objeto único”, las que “sólo podrán mediar en la contratación de trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual” (art. 77 LNE).

Su actuación está rígidamente controlada por los arts. 29 y 29 bis LCT, los arts. 78 a 80 de la LNE, el Dec. n. 1694 de 2006 y la Resolución del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (MTESS) n. 1225 de 2007.

Por el art. 2 de la segunda norma se definen a estas empresas intermediarias: “*Se considera Empresa de Servicios Eventuales a la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas – en adelante empresas usuarias – a personal industrial, administrativo, técnico, comercial o profesional, para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato*”.

La norma fusiona los conceptos de individualidad y excepcionalidad de la actuación empresaria en este tipo de contrataciones y destino específico del este nexo especial. Como puede apreciarse el concepto admite únicamente empresas de objeto exclusivo referido a la administración de contratos de trabajo eventual según la reglamentación del art. 99 LCT.

3. Relaciones laborales de las Empresas de Servicios Eventuales (ESE)

Las empresas de servicios eventuales pueden sostener dos clases de relaciones laborales (art. 4 Dec. n. 1694/06):

- a) El personal interno que mantienen un “contrato de trabajo permanente continuo”.
- b) El personal destinado a prestar servicios eventuales para las empresas usuarias con “un contrato de trabajo permanente discontinuo”.

En el segundo supuesto, la prestación laboral no podrá ser suspendida por más de 45 días corridos o los 90 días alternados en un año aniversario. Se cuida el principio de igualdad laboral ya que conforme el art. 29 bis de la LCT y los arts. 5 y 6 de la reglamentación, el trabajador debe ser incluido en el convenio o estatuto y remuneraciones que corresponda a la empresa usuaria de destino. Puede no obstante, introducirse un *jus variandi* empresarial en cuanto al régimen y el horario laboral debido a la naturaleza mutable y ocasional de las prestaciones laborales.

Dice la norma reglamentaria: “El nuevo destino de trabajo que otorgue la empresa de servicios eventuales podrá comprender otra actividad o convenio colectivo *sin menoscabo* de los

derechos correspondientes del trabajador”. La interpretación de ese detrimento, no resulta materia fácil. Si varía el CCT varía el nivel de protección o de derechos y condiciones laborales.

El trabajador eventual puede ser destinado, por ejemplo, a una suplencia en la actividad metalúrgica y, una vez concluida, a la actividad de la construcción. En ese caso, se le aplicarán dos CCT sucesivos y con desniveles en las condiciones laborales. Los desniveles de ingresos y beneficios pueden llegar a significar un “menos-

cabo” de carácter objetivo con afectación de derechos individuales y la necesaria intangibilidad salarial. Si en cualquier trabajador una reducción salarial puede significar un autodespido o la acción de reinstalación por variación de condiciones esenciales del contrato de trabajo (art. 66 LCT), la situación de eventual es más débil en ese punto. De cualquier forma, si la disminución de derechos se topa con una trayectoria laboral fijada en determinadas condiciones, seguramente podrán ejercer las acciones defensivas de tales mejores condiciones.

Se detallan en el reglamento las posibilidades de variaciones en condiciones de trabajo: a) Se puede modificar el horario pero “el trabajador no estará obligado a aceptar un trabajo nocturno o in-

salubre, o a tiempo total o parcial cuando no lo haya aceptado anteriormente”; b) El lugar de prestación de tareas deberá estar comprendido dentro de un radio de 30 kilómetros del domicilio del trabajador.

La continuidad está garantizada por la obligación del empleador de notificar fehacientemente el nuevo destino y la posibilidad de que el trabajador se considere despedido si no se le otorgan tareas una vez transcurrido el plazo máximo de suspensión o receso laboral, previa intimación en forma fehaciente por un plazo de 24 horas.

“Los desniveles de ingresos y beneficios pueden llegar a significar un “menoscabo” de carácter objetivo con afectación de derechos individuales y la necesaria intangibilidad salarial.”

4. Codificación de las eventualidades

Se ha introducido una especie de *codificación* de las causas de contratación de personal por las empresas habilitadas (art. 6 Dec. n. 1.694/2006), las que deben ser apreciadas con criterios de proporcionalidad y justificación respecto del personal total de la empresa usuaria (art. 7º):

“a) Ante la ausencia de un trabajador permanente, durante ese período.

“b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo.

“c) Cuando se tratase de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores.

“d) Cuando deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones.

“e) Cuando se requiera la ejecución inaplazable de un trabajo para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria.

“f) En general, cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas

ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

Es claro que fuera de esta media docena de posibilidades, la aplicación del régimen de trabajador eventual a otras actividades o en otras circunstancias, lleva a que titular directo y solidario del nexo de trabajo sean responsables por la conversión del contrato de trabajo en por tiempo indeterminado. Al mismo tiempo, el trabajador o la entidad sindical representativa pueden accionar reclamando la correcta registración y eventualmente, la aplicación de la normativa persecutoria de la irregularidad registral (arts. 7 a 17 LNE y art. 1 Ley n. 25.323).

La empresa usuaria y la de servicios eventuales también podrán ser sancionadas administrativamente (arts. 20 y 25 del Dec. n. 1694/2006).

5. Actividades especiales

El Dec. n. 1694/2006 prevé la situación especial de los trabajadores de los llamados “eventos temporarios de las actividades de publicidad y promoción” cuyo crecimiento en los últimos años es obvio y que permanece en gran parte en la irregularidad.

En su art. 8 se indica: “*Cuando el empleador requiera de trabajadores para destinarlos a prestar servicios en eventos temporarios de exhibición, promoción o venta de sus productos, ya sea en ferias, congresos, conferencias, exposiciones o programaciones, deberá optar por: a) contratarlos y registrarlos como trabajadores propios con las modalidades permitidas en la Ley de Con-*

trato de Trabajo n. 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones; o b) contratar sus servicios a través de una empresa de servicios eventuales, adecuando esta contratación a las normas que regula esta última actividad; o c) subcontratar el evento a terceras empresas, cuya actividad sea de publicidad y promoción⁵".

Esta prescripción excede la reglamentación referida estrictamente a empresas de servicios eventuales e incluye programación de las posibilidades de los empleadores frente a esta especial forma de trabajo ocasional. Se introduce aquí la alternativa de procurar la contratación con empresas del ramo de la publicidad y promoción, no aclarándose si en este caso, las vinculaciones tienen carácter de permanentes o eventuales. En todo caso, se genera la responsabilidad solidaria de comitente y proveedor de trabajadores según el art. 30 de la LCT.

6. Controles y sanciones

Las reglamentaciones del Dec. n. 1294/2006 (arts. 11 a 25) y la Res. n. 1225/2007 del MTESS contienen un meticuloso sistema de control de funcionamiento de las ESE en los aspectos constitutivos, documentales, registrales, informativos y sancionatorios.

Es interesante resaltar que, según el art. 12 del primer reglamento, se implanta un doble sistema de ingreso de aportes y contribuciones.

Las empresas usuarias se constituyen en "agentes de retención de las obligaciones derivadas de los regímenes de la Seguridad Social", lo que implica que, al liquidar los costos del servicio, se hacen responsables del ingreso de aquellos fondos. Las ESE son obligadas ante los sindicatos por "cuotas sindicales, los aportes empresariales y las retenciones a los trabajadores que resulten del convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad de la empresa usuaria".

Esta duplicidad de actuación parece asegurar la imposibilidad de que en definitiva se perjudique a los trabajadores en el sensible aspecto de la antigüedad previsional y, a la vez, procura un mayor control sobre el cumplimiento de las obligaciones solidarias. Esta responsabilidad puede alcanzar no sólo a las indemnizaciones por despido, sino también a la sanción del art. 2 de la Ley n. 25.323 referida al agravamiento por omisión de su pago y a la sanción conminatoria del art. 132 bis de la LCT cuando se ha omitido el ingreso de aportes previsionales del trabajador (*CSJMendoza, "Michiels, Oscar c/ Impel SRL y ot.", 27.3.2007*).

7. Relaciones colectivas

Los trabajadores de empresas de servicios eventuales deben ser encuadrados dentro del convenio

⁵ Agrega la norma: "En este caso la contratante deberá, además de cumplir con los recaudos del artículo, 30 segundo párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo n. 20.744 (t.o. 1976), retener las contribuciones con destino a la Seguridad Social que deban efectuarse por los trabajadores destinados a la promoción, exhibición y venta de sus productos, conforme a la normativa que a tal efecto dicte la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (A.F.I.P.), entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN".

colectivo que rige la usuaria donde presta servicios. La representación sindical la ostenta la entidad que tiene ámbito de actuación en la empresa de destino (art. 29 bis de la LCT). La disposición se manifiesta como antidiscriminatoria entre trabajadores permanentes y eventuales, desalentando una imaginable especulación con los costos labores inferiores que pudiera significar un enmarque convencional distinto. No resuelve naturalmente, los perjuicios de los sucesivos cambios de convenio ni de representación sindical.

Respecto del primer tema, no podría suscribirse un CCT de trabajadores de servicios eventuales que los exaccionara de los mejores beneficios del convenio de destino. Pero a la vez no habría obstáculo para que los trabajadores eventuales estructuren su propio convenio y asociación sindical atendiendo a las especialidades de su desempeño laboral.

En cuanto al tema convencional, no habría objeciones posibles para un convenio de rama o empresa que contemplara cláusulas especiales, articuladas o coordinadas con respecto al acuerdo colectivo que se aplica en su destino laboral. El problema se presenta por la cuestión del sujeto negociador empresario, ya sea de las empresas usuarias o de las empresas de servicios eventuales y por la superposición eventual de convenios conforme la duración del contrato de provisión de servicios eventuales y la prestación de servicios concretos.

En lo que hace a la representación sindical, es obvio que los trabajadores eventuales padecen ines-

tabilidad sindical. La movilidad en el destino laboral, conspira contra la posibilidad de la representación y participación sindical de los trabajadores eventuales.

El art. 26 del Dec. n. 1694/2006 instituyó un "Observatorio de Buenas Prácticas en materia de servicios eventuales" de carácter paritario y participativo destinado a recibir denuncia, recibir los informes de inspección de trabajo, conciliar en las controversias que le sean presentadas, etc. Se trata de un organismo novedoso y paritario que, por el lado de los trabajadores, estará integrado por los "sindicatos con personería gremial con ámbito de actuación personal en la actividad principal de la empresa usuaria" y tienen sede fijada en Capital Federal. La conformación democrática y representativa no aparece muy clara ya que la actividad de las empresas de servicios eventuales se desarrolla en todo el país y en todo tipo de actividades y empresas.

6 INTERPOSICIÓN Y SOLIDARIDAD

A. Los vastos alcances de la interposición

La intermediación o interposición del sujeto empleador puede resultar de manera ampliada a través de diversidad de supuestos tratados básicamente a través del instituto de la solidaridad laboral. La cuestión está ligada al fenómeno definido de manera corriente como descentralización y deslocalización productivas y que tiene una gran variedad de manifestaciones prácticas y jurídicas.

Según el relevamiento de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social presentado ante el XVIII Congreso Mundial de la Derecho del Trabajo (Paris 2006), son especialmente proclives a esas estructuras los sectores de telefonía y comunicaciones; industria automotriz; suministro de electricidad; atención de la salud en sanatorios y hospitales; obras sociales; bancos; empresas de transporte público de pasajeros (buses, trenes, aviones, buques); entidades deportivas; asociaciones civiles; hotelería; televisión por cable; empresas petroleras; barrios cerrados o countries y estaciones de servicio.

El estudio indicaba que las tareas delegadas pueden ser el zanjeo, colocación de caños, y tendido de cables (empresas de telefonía, y empresas que prestan servicio de internet); el tendido de cables es contratado también por las empresas de televisión por cable; el servicio telefónico para atención de clientes que incluye reclamos, pagos de facturas, consultas, etc. (empresas de servicios en general); impresión y distribución de guías telefónicas (empresas de telefonía); venta telefónica de pasajes (empresas de transporte aéreo); limpieza (es gene-

ralizada la contratación del servicio de limpieza, sin que se destaque ningún sector específico); vigilancia y seguridad; provisión de autopartes y ensamble de las mismas (industria automotriz); colocación y mantenimiento de medidores (empresas de electricidad, gas y agua); facturación (muchas empresas delegan en terceros su facturación sin que se destaque ningún sector en particular); servicios de informática (bancos, sanatorios, estudios de profesionales, etc.); servicio de comedor; tareas de mantenimiento, etc.

De estas variadas fuentes materiales surgen de manera permanente, planteos relativos a la identificación del real empleador y a las responsabilidades de las personas principales e interpuestas en la relación de trabajo.

B. Cesión, contratación y subcontratación

1. Círculos de responsabilidad solidaria

La legislación referente a la cesión (total o parcial), contratación, subcontratación y delegación de establecimientos establecida en el art. 30 LCT⁶ establece **dos círculos**

⁶ **Art. 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad.** Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno

de responsabilidad entre el empleador principal y el interpuesto, delimitados por la "actividad normal y específica propia del establecimiento" ("A.N.E.P.E."), según la expresión legal.

La esfera más observada normativamente y en la que se presume la solidaridad, es la que involucra esa actividad ya que el cedente o contratante principal está obligado al control de los contratistas o subcontratistas respecto del cumplimiento de las normas relativas al trabajo y la seguridad social, tanto de modo genérico como mediante pautas especiales de la norma. Según la norma, la omisión de control documental de la principal sobre empresa delegada, hace surgir su responsabilidad solidaria de forma automática.

De otro lado, las actividades delegadas que no conciernen a la ANEPE están en principio exentas de generar responsabilidades solidarias, salvo que se verifique fraude o incumplimiento laboral por parte del empleador directo delegado. La multiplicidad de lecturas de lo que debe entenderse por ANEPE y la laxitud normativa ha sido puesta en cuestión por la jurisprudencia, reticente para admitir la degradación de la responsabilidad de los empleadores dirigen, organizan y se benefician con la actividad laboral.

El incremento de las hipótesis de descentralización, fragmenta-

ción y delegación productiva ha exitado la actividad jurisdiccional de tal forma que se generó, especialmente a partir de la década del noventa una profusa doctrina acerca de esos círculos de responsabilidad.

2. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el contexto de transformaciones económicas estructurales dentro de la economía regional, debate sobre la fragmentación productiva ocupó arduamente a la doctrina y jurisprudencia nacional de la década del noventa. No obstante, la coherencia de los pronunciamientos producidos en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales inferiores mantuvieron diversidad de criterios, frente a un espectro de posibilidades de aplicación normativa igualmente diversa.

En «*Rodríguez, Juan c/ Cía Embotelladora Argentina SA*» (15.4.1993), la CSJN desestimó la responsabilidad solidaria de una empresa de bebidas gaseosas con respecto a sus distribuidoras. Sostuvo que para que nazca la responsabilidad del art. 30 LCT es necesaria 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 al art. 6º del mismo ordenamiento laboral. Fue llamativo en el fallo, la apelación al balance de

plimiento de alguno de los requisitos harán 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 resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley n. 22.250".

economía y derecho en la aceptación de la solución dada al caso. En el caso se dio prioridad al concepto de libertad económica y libre circulación de las mercancías.

Por la misma época y con igual integración de sus miembros, el alto tribunal sostuvo en (CSJN «*Luna, Antonio c/ Agencia Marítima Rigel SA y otros*» (2/7/1993): «(...) las directivas del art. 30 LCT no implican que todo empresario deba responder por las relaciones laborales que tengan todos aquellos otros empresarios con quienes establece contratos que atañen a la cadena de comercialización o producción de bienes o servicios que elabora. El sentido de la norma es que las empresas que, teniendo una actividad propia, normal y específica y estimando conveniente o pertinente no realizarla por sí, en todo o en parte, no puedan desligarse de sus obligaciones laborales, mas sin que corresponda ampliar las previsiones de tal regla...»

En la misma dirección se pronunció el alto cuerpo en las causas «*Aguirre, Jorge A. y otros c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros*» (2.7.1993); «*Gauna, Tolentino y otros c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros*» (14.3.1995); «*Sandoval, Daniel O. y otro c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros*» (18.7.1995) y «*Vuoto, Vicente y otro c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros*» (25.6.1996).

A finales del siglo pasado, la CSJN desestimó la solidaridad contractual en el caso de la tradicional entidad representativa de los productores agropecuarios, la Sociedad Ru-

ral. Precisamente, indicó que al ser ese su carácter es ajena a la prestación de servicios gastronómicos a cargo de una concesionaria co demandada. En «*Escudero, Segundo y otros c/ Nuave A SA y otro*» (14.9.2000) sostuvo que esa evidencia desautoriza la consideración del carácter de «actividad normal y específica propia del establecimiento...», en el marco de una «...unidad técnica de ejecución...» entre una empresa y su contratista (arts. 6 y 30 de la LCT). Asimismo, la actividad gastronómica coadyuvante se dirigió a brindar «una estada gratificante» en el predio de la entidad rural, no es fundamental para su actividad.

En igual sentido, se pronunció en «*Fernández c/ Buenos Aires Magic*» de 2002, donde entendió que el despliegue por la contratista de una actividad coadyuvante a la actividad principal (en este caso el Club deportivo Boca Juniors), no es suficiente como establecer la solidaridad prevista en el art. 30 LCT.

La nueva conformación de la CSJN (desde el año 2004) no se ha pronunciado explícitamente, a pesar de que ha venido revisando –en algunos casos por mayoría– el conjunto de criterios laborales de la anterior línea jurisprudencial expuesta en los fallos de referencia. Sin embargo en «*Páez, Augusto y otro c/ Sindicato del Seguro de la República Argentina y otros*» (18.10.2006) se desestimó un recurso interpuesto por la demandada, pretendiendo la revocación de una sentencia dictada por el TSJ de Córdoba en la que se había condenado solidariamente a un sindicato y una obra social en for-

ma conjunta con el concesionario del hotel de su propiedad.

La única disidencia fue la del Vocal Ricardo Lorenzetti que fijo su observación sobre le concepto de ANEPE. Estimó que el art. 30 LCT “establece un primer requisito que es la existencia de un supuesto delimitado por subcontratación o contratación de trabajos o servicios que correspondan a su actividad normal y específica. En el presente caso, no se trata de cesión total o parcial del establecimiento ni tampoco de subcontrato, sino de la simple contratación de servicios prestados por un tercero. En la cesión del establecimiento se trata de una modificación subjetiva por cambio de la figura del empleador, pero los créditos y deudas se transmiten como una posición contractual global, lo que justifica la solidaridad pasiva del cedente y del cesionario”.

Agregó que en el subcontrato, hay un contrato principal y uno derivado lo que permite al acreedor del subcontratista accionar contra el deudor del contrato principal, dada la coincidencia de objetos y dependencia unilateral. En cambio, cuando se trata de un contrato que celebra una parte con otra, la regla es que no hay acción directa de los empleados la segunda respecto de la primera, porque se aplica el principio del efecto relativo. Las múltiples contrataciones que puede realizar una empresa con terceros, están sujetas a la responsabilidad limitada que deriva de lo pactado entre ellos y de la circunstancia de que ningún acuerdo que celebre una de

ellas con terceros puede perjudicarla (art. 1195 del Código Civil)”.

Concluyó indicando que debe realizarse una “interpretación estricta de esa norma es clara toda vez que es una excepción a la regla general del derecho común” y que una interpretación laxa de la idea de ANPEE “borraría toda frontera entre la delegación laboral, en la que la predomina el control sobre el hacer de la persona, con⁷ los vínculos de colaboración gestaría, en los que el control, aunque existe, es sobre la prestación. La subordinación jurídica, económica y técnica del trabajador se dan, en el caso, respecto de los concesionarios del servicio de hotelería, quienes, por otra parte, son lo titulares del interés, lo que es claramente diferente de la delegación gestaría en la que no se da ninguno de esos elementos”.

3. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ)

Se pronunció en forma retrictiva respecto de la solidaridad en casos de limpieza en “*Pierotti, Rosa c/ Nor Limp*” (25.8.2000) y “*Santucho, Donato c/Tercor SRL*” (1.12.2000); vigilancia en «*Giménez, Juan J. C/ Eugenio Navarro*” (14.11.2000), mantenimiento en «*Pereyra Julio c/ Automaq 99 y ot.*” (18.04.2001); «*Stay José Ramón c/ Auto Maq*» (2000) y «*García, José L. c/ Se. Ma. Tec. de Karina Dévora Oviedo y/u otro*” (2003) y servicios gastronómicos en fábrica en «*Rodríguez Aldo c/ Francisco Ballester y otro*” (28.7.2000) y

⁷ Se indicó en este fallo: “Actividad normal y específica propia es la definitoria, habitual y permanente de la empresa. El mantenimiento industrial es autónomo y escindible, no hace a la unidad técnica de ejecución”.

«*Ponce, Juan Domingo c/ Francisco Ballester y otro*» (25.06.2002).

En «*Aliendro Angel C/ CAT. Arg. S.A. Cargo, SISA UTE y/u Otra*» (7.3.2006), se afirmó que “la mera circunstancia de que la principal organice su actividad de ensamble de automotores (Renault Argentina SA), encomendando el re-trabajo del material metálico importado a otra firma específicamente dedicada a ese servicio, no habilita que se le endilgue inadecuada fragmentación de su proceso productivo.⁸ Se trata simplemente de una asistencia que si bien es necesaria para el producto final, no la vincula a las obligaciones laborales del contratista que se la brinda. Actividad normal y específica propia es la definitoria, habitual y permanente de la empresa. La actividad delegada es autónoma y escindible, no hace a la unidad técnica de ejecución”.

Empero, en “*Del Castillo Héctor Noe c/ Etesa e Itron S.A.*” de 2005, se hizo lugar a la solidaridad de dos empresas entre las que había una unidad técnica de ejecución ya que cada una de ellas asumió la concesión que la Municipalidad de Córdoba para la otorgó para la administración integral del sistema de cobro y pago del transporte urbano de pasajeros. Se entendió aplicable las responsabilidad solidaria del art. 30 LCT al verificarse que la empresa demandada solidariamente tenía como ob-

jeto la distribución y recaudación de cospeles y tarjetas electrónicas y por lo tanto las actividades relacionadas o vinculadas, mediante concesiones, licencias o permisos de explotación, tornándose una actividad propia, normal y específica de la empresa aunque hubiese encargado su realización a la otra codemandada. De todos modos, limito la responsabilidad al tiempo en que las dos empresas responsabilizadas mantuvieron el contrato que las relacionaba.

En los mencionados autos «*Páez, Augusto y otro c/Sindicato del Seguro de la República Argentina y otros*» 18.10.2006 se confirmó la sentencia que había condenado a una sindicato y su obra social como propietarios de un hotel y en forma solidaria con el concesionario de su explotación.

4. Tribunales inferiores

Como se dijo, la controversia jurisprudencia, abarca prácticamente todo el país y seguramente, deberán pasar varios años para que se llegue a cierta uniformidad o línea de acuerdo. Merece destacarse no obstante, la doctrina sentada por el Fallo Plenario 309 de las CNAT en «*Ramírez, María Isidora c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro s/ despido*» (3.2.2006) adoptando el criterio amplio establecido en el art. 705⁹ del Código

⁸ La actividad de la Unión Transitoria de Empresas (UTE) contratada por Renault SA era la reparación de piezas de chapa abolladas o dañadas, mientras que la de la demandada es la fabricación y ensamble de automóviles.

⁹ Art. 705 CC: “El acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos. Pueden exigir la parte que a un solo deudor corresponda. Si reclamasen el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamarlo contra los demás. Si hubiesen reclamado sólo la parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división, respecto de un deudor, podrán reclamar el todo contra los demás con deducción de la parte del deudor libertado de la solidaridad”

Civil para el ejercicio de las acciones ligadas a las obligaciones solidarias.

Este fallo allanó las posibilidades de que el trabajador ejerza acciones en forma indistinta en contra del obligado principal o vicario en las relaciones laborales alcanzadas por los resguardos solidarios en caso intermediación laboral. En otras palabras, el trabajador puede demandar al obligado principal o solidaria de manera conjunta o separadamente. Ello era particularmente problemático cuando el deudor primario ingresaba en un proceso falencial obligando al trabajador a litigar en sede comercial sin poder perseguir al responsable solidario.

Sin embargo, se verifican largos y cruzados torrentes de pronunciamientos si se trata de analizar los casos de las responsabilidades del titular de establecimiento donde se prestan

servicios gastronómicos que no se corresponde con el objeto específico de la explotación; la distribución, promoción y venta de productos (especialmente en el caso de la venta de telefonía celular) y los extendidos servicios de vigilancia y limpieza, entre otros sectores en conflicto.

7 INTERMEDIACIÓN POR GRUPO ECONÓMICO

Ya se alertó sobre la cláusula antifraude general del art. 14 de la LCT que pone en observación las normas contractuales no laborales, la interpo-

sición de personas o la utilización de cualquier medio para la elusión de las reglas protectorias laborales. Sin embargo la complejidad de las relaciones económicas, comerciales y financieras ha generado un enmarañado sistema de conexión, muchas veces fuera del alcance de los operadores jurídicos laborales. La vieja unidad productiva dirigida por una persona, un grupo de personas o una sociedad, parece haberse convertido en algunos casos en vagas redes o cadenas de sociedades, muchas facilitadas por la laxitud de la legislación societaria.

“Sin embargo, se verifican largos y cruzados torrentes de pronunciamientos si se trata de analizar los casos de las responsabilidades del titular de establecimiento donde se prestan servicios gastronómicos que no se corresponde con el objeto específico de la explotación; la distribución, promoción y venta de productos (especialmente en el caso de la venta de telefonía celular) y los extendidos servicios de vigilancia y limpieza, entre otros sectores en conflicto.”

La ley de Sociedades n. 19.550 prevé el régimen específico en los arts. 31 a 34, indicando limitaciones para las participaciones societarias, las participaciones recíprocas, el control y vinculación societaria y las especialidades de los socios aparentes, ocultos y socios de socios.

La dirección normativa se orienta hacia separación o independencia societaria frente a los terceros. Pero a la vez, los principios de libertad asociacional y de comercio, sumados a los nuevos entramados económicos en los ámbitos transnacionales y nacionales y las propias previsiones legales societarias y fiscales, admiten los sistemas de interrelación empresarios.

La posible sustracción de responsabilidades o de la descapitalización de las empresas que se convierten en primer empleador del trabajador, ocultando una intermediación destinada a velar la presencia

de una empresa o empleador real no expuesto, alertan a los controles legales. Sin embargo, el bisturí normativo no llegaría sino a introducirse en caso de anomalías societarias.

El tratamiento laboral, corre por cuenta del art. 31 LCT: «*Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria*».

La norma parece exigir dos requisitos, aparte del mero control o relación societarios: la conformación de un conjunto económico de carácter permanente y la existencia de maniobras fraudulentas y conducción temeraria que, naturalmente, produzcan perjuicios laborales o de la seguridad social. Se ha dicho que aquel control debe significar un dominio y una relación jerárquica permanente, un concepto respaldado doctrinariamente y jurisprudencialmente.¹⁰

Sin embargo, el concepto debe tomarse con flexibilidad y atendiendo a la realidad de cada situación concreta. Las cuantificaciones de permanencia y dominio pueden adquirir carácter relativo. Por ejemplo, las vinculaciones de control episódicas son idóneas para incidir total o parcialmente en el perjuicio laboral; el dominio o control puede ser parcial y sin embargo producir el mencionado perjuicio laboral. La complejidad de las relaciones sociales lleva a que no siempre se entiendan claramente determinadas decisiones adoptadas por grupos. Menos aún por parte del trabajador que queda sin puesto cuando la empresa controlada, empleadora y que cumple un rol intermediario se encuentra vaciada y no hay posibilidades de encontrar nexos permanentes y de control que satisfagan su crédito de manera solidaria.

En todo caso, como se dijo, hay que apelar a los principios de protección y primacía de la realidad laboral y a los conceptos básicos de empleador real y de fraude laboral (arts. 14 bis CN, arts. 5, 6, 14, 26, 29 y conc. LCT), para encontrar en el tejido intersocietario el hilo de responsabilidad solidaria que lleva al real empleador.

¹⁰ Reseña incluida en el informe nacional argentino ante el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Paríais, 2006, producido por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo: OTAEGUI, "Rev. de Derecho Comercial", n. 115, año 20, p. 79; FERRO ASTRAY, "Empresas vinculadas", Bs. As., 1961; CURA, José María, "Las sociedades controladas...", DT 1991 p. 232; LOPEZ, Justo, "Ley de contrato comentada", en López y otros, Bs. As. 2. ed., t. 1, p. 375; VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Tratado de derecho del Trabajo", t. 2, p. 366, Bs. As., 1. ed.; CNAT Sala VIII, 6.12.1996, Gilio Hugo y Otros c/ Kanmar S.A. y Otros, DT 1997-A p. 762; id. 19.5.1998, Corti Jorge c/ Beiro Goma SRL y Otros, DT 1988 B p. 1298, TSS 1988-856; CNAT Sala VI, 30.9.85, Muller Klauss c/ Casa Denk Aceros Boehierit S.A.; DT 1986-A p. 182; CNAT Sala V, 12.7.1996, Brancaloni, Liliana c/ Serono Argentina S.A. y otros, TSS 1999-35; CNAT Sala II, 19.12.2000, Fasanella, Juan c/ Establecimientos Miron S.A. y Otros; id 29.9.1994, Bulesich, Antonio c/ Industrias Algodoneras Unidas S.A., JA 1996-1-136; CNAT Sala X, 20.11.2000, Romanazzi, Pedro c/ Capacitación y Desarrollo S.A., DT 2001-A 808; 16.7.1999; Alcaraz Antonia c/ Huss SRL, dt 2000-90; CNAT Sala VIII, 29.5.1989, Aguirre Siméon c/ Gardelick Antonio, DT 1989-B, 1360; CNAT Sala IX, 20.5.1998, Kacnelson, Raul c/ Bimeda S.A. y Otros, DT 1999-693; c Tribunal de Trabajo n. 3, Lomas de Zamora, 10.8.1992, Martínez, José c/ Caserio Terenzi e Hijos S.A.C.I., etc.

8 LA SOLIDARIDAD EN LAS FRANQUICIAS

¿El contrato entre franquiciante u otorgante de una marca o denominación comercial, derechos de industrialización, promoción, comercialización y distribución y métodos operativos o asistencia productiva, por un lado, y el franquiciado o tomador de esos derechos, implica una forma de intermediación respecto de los trabajadores del último contratante respecto del primero generando responsabilidad solidaria?

La creciente y sofisticada relación contractual que se implanta entre ambas puntas de la relación llega a identificarlas. Ambos ostentan iguales productos o servicios; se mimetizan locales, vestimenta de personal, procedimientos de comercialización o fabricación, etc.

No existe una reglamentación específica laboral de un fenómeno de reciente data. Parecería que la línea divisoria para la aplicación de los arts. 30 y 31 LCT en términos de solidaridad contractual, pasa por distinguir una simple vinculación comercial y una relación asociativa, de control o de unidad técnica económica y comercial.

Si el franquiciado actúa como unidad empresaria autónoma, con inversiones, establecimiento, dirige su explotación, asume controles directo, riesgos y se atribuye ganancias, el sistema de coordinación que lo une al titular de la marca no debería implicar necesariamente una mera intermediación. En todo caso, el franquiciante impone condiciones que no son esenciales al giro de la explotación sino una asistencia y coordinación técnica y organizativa impuesta a cambio de la conservación de la explotación de la marca. En este caso, la solidaridad opera por vía de los arts. 30 o 31 LCT. Ese fue el resultado por ejemplo de "*Pereyra Liliana María del Milagro c/ Arista, Marcelo Daniel y otro*" (21.9.2005) de la Sala VII de la CNAT.¹¹

Por el contrario, si la relación es condicionante esencial de la actividad del franquiciado, no posee capital propio, autonomía en su capitalización y funcionalidad, organización y conformación societaria, es decir, se trata de una extensión o dependencia del negocio principal, la situación cambia y no hay dudas de que se deben aplicar cuanto menos, las previsiones de

¹¹ "Con denodado esfuerzo, la franquiciante intenta oponer el contrato de franquicia como un elemento defensivo determinante que, a su modo de ver, permitiría apartarse del principio general en materia de solidaridad regido por el art. 30 de la L.C.T. En el caso de autos- no se trata de un empresario que "suministra a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución..." (como sostuvo nuestra Corte Suprema en el mentado fallo "Rodríguez..." Fallos 316:713) sino que la venta por terceros de los productos que ella elabora (y de los que se reserva también la posibilidad de "comercializar y distribuir") hace a su actividad propia y específica y al cumplimiento de ese objeto social para el cual fue creada Franquicias Argentinas SA: está entonces a la vista que ésta no se limita pura y exclusivamente a la fabricación de productos alimenticios sino que se concreta y nutre esencialmente con la comercialización de los mismos, sin los cuales -hasta parece obvio- no tendría ningún sentido producirlos (cfme. arg. art. 30 de la L.C.T.); "Admitir lo contrario implicaría aceptar que un fraccionamiento artificial del ciclo comercial le permitiría a la apelante desentenderse de obligaciones que la legislación laboral y previsional ponían a su cargo (v. de esta Sala, en: "Escalante, Patricia Susana c/ Grupo Meflur S.A. y otro s/ Despido"; S.D. 37.545 del 19.05.2004)."

las empresas controladas (art. 31 LCT), sin perjuicio del tratamiento de empleador directo (arts. 5, 6, 14 y 29 LCT) o solidario (art. 30 LCT).

Queda igualmente en pie la imputación de solidaridad en caso de franquicias convertidas en simples recursos fraudulentos en que la solidaridad opera francamente según el art. 30 LCT, tal como se resolvió la Sala III de la CNAT en *"Fernández, Mirta L. C/Aquino, Marciana y ot."* (28.02.2007).

9 TRANSFERENCIAS DE EMPRESAS Y DE PERSONAL

Con especial incidencia en el rubro comercio y gran cantidad de controversias, la transferencia del contrato de trabajo, genera a su vez, posibilidades de intermediación y solidaridad laboral. Así lo prevén los arts. 225 a 229 de la LCT. Conforme estas reglas, la transferencia del establecimiento o del personal solamente, abren la responsabilidad solidaria amplia de cedente y cesionario.

Debe apartarse de la hipótesis legal la transferencia de determinados elementos aislados que no conforman el fondo de comercio o el simple realquiler del inmueble donde funciona el establecimiento. Los alquileres sucesivos de establecimientos no generan transferencia del contrato si se trata del inmueble sin aditamentos importantes, salvo que tenga un fin e instalaciones específicas que hagan al giro empresario (estaciones de servicios, salas de espectáculos, gastronomía, etc.). En estos casos, el acto secuencial de la transferencia y la continuidad

suele ser un elemento dirimente para arrastrar la continuidad del contrato de trabajo.

Es de destacar que se considera transferido el vínculo laboral con criterio de amplitud ya que el art. 225 comprende cesiones totales o parciales de unidades productivas sin importar el título o tracto realizado entre las partes. En esta definición ingresan la venta, el comodato, el alquiler, el usufructo, fusión, escisión, etc. (arts. 225, 227 y 228). Se incluyen todas las propiedades del contrato de trabajo, incluyendo la antigüedad, principal motivo de conflicto en estos casos por su incidencia en un posible posterior despido del trabajador transferido. En ello se incluyen los mejores beneficios derivados del contrato individual de trabajo, los estatutos profesionales, los acuerdo de empresa o la CCT aplicada hasta la transferencia.

Así surge del art. 225 LCT: *"En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquellas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven"*.

Los resguardos establecidos para el trabajador dependiente cedido, son de sustanciales y procesales: a) Preservación del conjunto de condiciones laborales; b) Solidaridad; c) Acción de reinstalación; d) Despido indirecto.

Respecto del primer punto, es la prescripción del art. 225, pero aparece asegurada por la amplia solidaridad del art. 228 LCT. La norma refiere a una solidaridad amplia centrada en las obligaciones “existentes a la época de la transmisión” y que afectaren al trabajador, aun en caso de transmisión temporal. Tan es así que el fallo plenario de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, en “*Baglieri Osvaldo D. c/ Nemez Francisco y Cía. SRL y otro*” (18.8.1997) precisó: “*El adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la Ley de Contrato de Trabajo es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión*”.

En caso de que la transferencia implicara un ejercicio abusivo del jus variandi del empleador el trabajador podrá intentar la acción de reinstalación o bien considerarse en situación de despido indirecto (arts. 66 y 226 LCT). En principio, el empleador puede disponer la transferencia porque estaría dentro de las facultades organizativas y directivas y aparece avalado por los arts. 64, 65, 66 y 225 LCT. Empero si la cesión es irrazonable, incide en las condiciones esenciales del contrato de trabajo, provoca perjuicio material o moral (art. 66 LCT), se alteran las funciones, cargo o empleo o una disminución patrimo-

nal del empleador (arts. 68 y 226 LCT), el trabajador puede intentar la acción de reinstalación con cese provisorio de la disposición del empleador o el despido indirecto (arts. 66 y 226).

Es de señalar que los agravios que la transferencia pueden producir al trabajador son parte también de un ejercicio directivo y organizativo del empleador original y esta conducta aparece reglamentada por el capítulo VII de la LCT referido a los derechos y obligaciones de las partes y no únicamente por las disposiciones especiales de la transferencia del contrato de trabajo.

Finalmente, la situación de cesión de personal acumula la necesidad de que el trabajador presente un consentimiento expreso y la solidaridad amplia por el nexo laboral cedido (art. 229).

10 SOLIDARIDAD CONVENCIONAL

Los procesos de segmentación productiva han trastrocado ideas tradicionales del derecho del trabajo como es la identidad concreta del empleador como director de los poderes dentro del contrato individual de trabajo. El fenómeno asume diversidad de formas y tiene vocación de transformación regida naturalmente por leyes de mercado¹². Menos debatido en cambio ha sido el tratamiento convencional del

¹² Fenómeno no nacional sino que se registra globalmente. Ver por ejemplo, informe *Trabajo y Empleo*, conocido como informe “Supiot”, referido a las transformaciones en el mundo del trabajo de Europa, Supiot Alain et. Al, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. Se han ocupado de esta cuestión especialistas de todo el mundo en el VIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,

asunto, aún cuando gran cantidad de acuerdos incluyen previsiones al respecto. Pueden señalarse dos formas de tratamiento:

1. Expulsiva. El convenio segrega a las actividades y ocupaciones que no hacen al núcleo de la empresa o sector comprendido.¹³ En algunos casos las declaraciones autónomas son explícitas¹⁴, se genera un área negocial diferenciada dentro de la principal¹⁵ o se segmenta expresamente respetándose el orden público general.¹⁶

2. Inclusiva. Según este criterio, se otorga un tratamiento igualitario a quienes podrían considerar-

se marginados del acuerdo¹⁷, se hostiga la tercerización excluyéndola del ámbito convencional¹⁸ o se hace operar directamente la institución de la solidaridad.

La declaración de existencia de solidaridad entre la principal y la empleadora contratista, subcontratista o cesionaria puede llevar a la aplicación completa y extendida del convenio de la primera a la segunda no obstante que trate de un convenio de empresa. Ocurre que las cláusulas de solidaridad persiguen igualmente el fraude convencional que puede significar la suscripción de un acuerdo colec-

Paris, 5/8 de setiembre de 2006. Ver, De Luca-Tamajo, Rafaële y Perulli, Adalberto, *Derecho laboral (en sus aspectos individuales y colectivos) y descentralización productiva*, ponencia oficial, Tema II y los informes nacionales que le sirvieron de base.

¹³ CCT 769/2006, SMATA-Teskid Argentina SA. "Artículo 5: Están expresamente excluidos los empleados de empresas de servicios especializados que no corresponden a las actividades normales y específicas de la empresa. Consecuentemente, quedan excluidas las que seguidamente se mencionan: construcción, reparación y modificación de obras civiles. seguridad patrimonial (vigilancia), mantenimiento de predios y limpieza general, preparación, distribución y servicio de comidas, manejo, recepción y despacho de cargas y materiales, servicios médicos y de enfermería, servicios de informática".

¹⁴ CCT 666 E ATGAS-Transportadora del Gas del Norte. Art. 3. (...) Las partes entienden apropiado determinar el alcance de la necesidad operativa de realizar distintas tareas, ya sea que se efectúen dentro o fuera de la empresa, o a través de terceros, a través de externalizaciones y/o satelitalizaciones. A continuación se enumeran con carácter enunciativo aquellas actividades susceptibles de ser llevadas a cabo por proveedores: mantenimiento de herramientas y máquinas. Mantenimiento de predios y limpieza general, construcción, reparación y modificación de obras civiles, seguridad patrimonial, servicio de vigilancia, bomberos, serenos, choferes de vehículos de transporte de personal propio o de terceros, preparación, distribución y servicios de comidas, servicio médico y enfermería, servicio de seguridad e higiene industrial".

¹⁵ CCT 760/06, Sindicato del Personal de Industrias Químicas, Petroquímicas y Afines de Bahía Blanca, por la parte sindical y Sertec Servicios y Tecnología en Limpieza Sociedad Anónima: "Art. 11° Actividad Compreendida: Sin que ello signifique excluir actividades no enunciadas, las comprendidas son todas aquellas relacionadas con la limpieza industrial, recolección de residuos industriales, sólidos y líquidos, reciclaje, transporte y disposición de los mismos, que realice SERTEC S.A. dentro de la Empresa PBB POLISUR, cuyo encuadre se halla dentro del Sindicato del Personal de Industrias Químicas Petroquímicas y Afines de Bahía Blanca".

¹⁶ CCT 408/05, Industria del vidrio: "Art. 6°. (...) Los empleados que presten servicios eventuales por intermedio de empresas reconocidas al efecto, quedarán encuadrados en el presente convenio. En todos los casos las empresas prestadoras de dichos servicios eventuales deberán estar inscriptas y reconocidas por la autoridad de aplicación que corresponda en los términos del régimen legal que les sea aplicable".

¹⁷ CCT 435/06, para cooperativas tabacaleras: "Art. 31: Las empresas que proveen trabajos y/o servicios a las cooperativas respecto a los obreros ocupados en tareas específicas alcanzadas por este convenio, deberán cumplir el mismo en todas sus partes".

¹⁸ CCT 364/75, Prensa, Córdoba Capital: "Art. 7. Seguridad en la fuente de trabajo: las empresas en ningún caso podrán contratar servicios propios o normales o empresas ajenas a aquellas cuando las tareas que éstas realicen atenten contra la estabilidad del personal permanente y/o que signifiquen el cierre parcial y/o total de las fuentes de trabajo".

tivo para luego “vaciarlo” mediante la externalización de tareas que hacen a la actividad normal y específica propias del establecimiento principal.

No hay razones para que no operen también en este plano de análisis las reglas de actuación del orden público laboral previstas en los arts. 4 y 8 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo n. 14.250 y los arts. 8 y 29 bis LCT. En este último caso, porque analógicamente, es de aplicación el CCT de la actividad principal a los trabajadores de empresas de servicios eventuales y entenderse como nula toda convención o interposición destinada a encubrir renuncias a derechos establecidos en una CCT (art. 12 y 14 LCT).¹⁹

En los casos de solidaridad contractual de los arts. 30 y 31 LCT y en tanto las tareas desplegadas por los cesionarios, contratistas o subcontratistas sean inherentes a la actividad normal y específica propia del esta-

blecimiento y tenga un tratamiento convencional que se le ajuste normativamente, pueden derivar en extensión del convenio colectivo respectivo. Se puede excepcionar esta aplicación extensiva si los contratos de trabajo tratados solidariamente y, se subraya, en las condiciones de los arts. 30 y 31 LCT, tienen su propia convención colectiva específica.

Igualmente, ante una situación de discriminación salarial empresaria respecto de un sector de trabajadores al que se le asigna determinado tipo de tareas, se revisó lo acordado por falta de razonabilidad convencional.²⁰

Finalmente, en el caso de la *transferencia de establecimiento* prevista en los arts. 225 y 228 LCT, se plantea el problema de la consecuente traslado convencional. Los principios de continuidad conven-

cional y de conservación de las condiciones de trabajo ya maduras, llevan necesariamente a admitirla al menos en cuanto a las cláusulas nor-

“Ocurre que las cláusulas de solidaridad persiguen igualmente el fraude convencional que puede significar la suscripción de un acuerdo colectivo para luego “vaciarlo” mediante la externalización de tareas que hacen a la actividad normal y específica propias del establecimiento principal.”

¹⁹ CTCba. S. VII, 1/8/05, “Scheurer Carlos C. c/ Sisper SRL y/u otro- Demanda”; Aplicación del convenio a contratista: CTVilla María, 13/10/05, “Olmedo María Esther c/ Eprecomo SRL y Ot.”, Act. Jurídica, Año III, Vol. 52, Dic. 2005; CTCba. S. II, 17/6/05, “Loza Gerardo y ot. c/ Servi Todo”.

²⁰ CNAT, sala VI, 26/10/04, “Ocampo, Raúl R. c. Trenes de Buenos Aires S.A.”, La Ley, 2005-A, p. 755: “Atenta contra el orden público laboral debido a su falta de razonabilidad, el acuerdo paritario suscripto entre una empresa y el sindicato del ramo -en el caso, celebrado el 30/12/96 por Trenes de Buenos Aires S.A. y la Unión Ferroviaria- en el que se excluyó de la escala salarial de la planta prevista en la convención colectiva de trabajo aplicable -convenio 163/95 E- sólo al grupo de trabajadores que desempeña cierta clase de tareas -las de limpieza- con el fin de reducirles sustancialmente su salario“(…)”Si bien por respeto a la autonomía colectiva es ajeno al control judicial el análisis de las razones de conveniencia que motivan las decisiones adoptadas por las partes negociantes, tal principio debe ceder siempre que medie un comportamiento netamente discriminatorio, lo que ocurre cuando se acuerda el desmembramiento de una categoría “peón general” según convenio colectivo 163/95 E, aplicable a la actividad ferroviaria- con el único propósito de establecer para cierto personal -quienes realizan tareas de limpieza- un nivel remunerativo muy inferior al que tendrían derecho según la convención colectiva de trabajo que rige la actividad en cuestión”.

mativas, pudiendo rediscutirse las que se refieran exclusivamente a las relaciones entre las partes. Así se dispuso en el plenario CNAT n. 308, 9.12.2005, "*Faillá Juan Carlos y otro c/Duoi SA*" en que la empresa que resultó adjudicataria de líneas de transporte al haber caducado la anterior concesión y por lo tanto, obligada al pago del "premio por productividad no convencional" del que gozaba el personal de la concesionaria primitiva.

11 INTERMEDIACIÓN INSOLVENTE O FRAUDULENTE Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS, CONTROLANTES Y ADMINISTRADORES SOCIALES

A. El debate

Cumplida una década de agudo debate sobre la responsabilidad personal de socios, controlantes y administradores sociales por situaciones de irregularidades regis-

trales, por la utilización de sociedades descapitalizadas o "cáscara" y otras formas de fraude societarios en perjuicio de los trabajadores dependientes, las posiciones no se han conciliado. En 1998 se conocieron los fallos «Delgadillo Linares, Adela c. Shatell S.A. y otros» y «Duquelsy, Silvia c. Fuar S.A. y otro» de la sala III de la CNAT que reabrieron o ensancharon el cauce jurisprudencial sobre el tema y desde entonces, las distintas salas de ese tribunal y los de provincias, se han manifestado en forma contradictoria.

Esta patología no es novedosa e involucra diversidad de supuestos de conformaciones y comportamientos ilícitos de las sociedades comerciales. La aplicación e interpretación de las reglas receptadas en los arts. 54, 59, 157 y 274²¹ de la Ley de Sociedades n. 19.550, referida a la actuación de socios y administradores, resultaron el instrumento esencial de resolución de causas laborales en que se reclamaron créditos derivados de irregularidades re-

²¹ Art. 54. "El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

Art. 59. "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión."

Art. 157. "(...) Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas en el contrato. Si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada".

Art. 274. "Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave."

gistrales o insuficiencia patrimonial de las sociedades que aparecieron como empleadoras.

Lenta pero sostenidamente, se alinearon las corrientes restrictivas y amplias sobre descorrimento del velo societario y la penetración. Las primeras sostienen: a) El factor de atribución de responsabilidad directo o solidaria del administrador por actos ilícitos societarios es subjetivo e individual y fundado en la culpa y con la carga probatoria respectiva (arts. 54, 59, 157, 274 Ley n. 19.550); b) No hay responsabilidad automática ni objetiva del órgano social responsable de las irregularidades sino que cada administrador responde por su omisión y en la medida del daño a terceros; c) Para la inoponibilidad de la personalidad jurídica societarias es necesario demostrar la constitución una sociedad como mero recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe; no es suficiente la demostración de fraudes y maniobras destinadas a perjudicar los derechos laborales o de las seguridad social. Esta posición adquirió un mayor predicamento en el ámbito doctrinario comercial y societario.

La corriente amplia, sostenida por un sector de tribunales laborales, puntualiza: a) La actuación o conducta con fines extrasocietarios como recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe en el orden de las relaciones laborales, es suficiente para la responsabilidad de los socios y controlantes (art. 54 LC); b) La responsabilidad de los administradores y representantes sociales surge en la medida que no actúen con la "lealtad y con la diligencia de un buen hombre

de negocios" haciendo surgir de manera objetiva su responsabilidad ilimitada y solidaria " por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión" (art. 59, 157 y 274 LS); c) El sometimiento del trabajador a la irregularidad total o parcial o la interposición de figuras societarias, no sólo importa transgresiones societarias según la normativa citada, sino fundamentalmente fraudes laborales y provisionales y son actuaciones contrarias al orden público y a la buena fe y nulas (arts. 7, 12, 13 14 y 63 LCT).

B. Jurisprudencia de la CSJN

La anterior integración de la CSJN desarrolló una línea jurisprudencial de carácter restrictivo. Comenzó con "*Cingiale, María C. y otro c. Polledo Agropecuaria S.A. y otros*" (15.3.2002). Se indicó que la extensión de la responsabilidad sólo es posible por la utilización ilegal del contrato de sociedad, pero no por la ilegalidad de determinados actos que la sociedad realice. En otras palabras, debería probarse que la sociedad se constituyó en un simple instrumento para realizar actos ilícitos sin asumir sus consecuencias.

Prosiguió con "*Carballo, Atilano c. Kammar S.A.*" (31.10.2003). Se dejó sin efecto un pronunciamiento en que se condenó a un administrador social sobre la base del art. 59 de la L.S. referida al estandar jurídico del buen hombre de negocios—, que "la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el cual se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y ésta confor-

ma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía”.

En el mismo año judicial, en *“Palomeque, Aldo R. c. Benemeth S.A. y otro”* se dijo: “Es improcedente la resolución que extendió solidariamente la condena a los directivos y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado al trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciendo de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales”. Remarcó además el “carácter excepcional de la responsabilidad solidaria en materia societaria”. En *“Tazzoli, Jorge Laberto C/Fibracentro y ot.”* (4.7.2003) se ratificó la dirección jurisprudencial impresa sobre el tema.

Los decisorios se centraron en referencias al art. 54 de la LC y obviaron la aplicación de las normas especiales de trabajo que hubiera acarreado la pulidura de los actos objeto de análisis (art. 14 LCT, por ejemplo).

Luego de un lapso relativamente prolongado de mutismo sobre la cuestión y, renovada en su mayoría de integrantes, la CSJN emitió pareció adscribir a la tesis amplia en materia de responsabilidad de los administradores sociales. En *“Davedere, Ana María c/Mediconex S.A. y otros”* (29.5.2007), se pronunció por mayoría denegando un recurso de queda

contra la sentencia que condeno solidariamente al la sociedad demandada y a un director. En este caso se había apelado al art. 54 de la LC para condenar una falencia registral entendiéndose que esta era suficiente para la atribución de responsabilidad.

La única disidencia fue la del ministro Ricardo Lorenzetti que recuerda los precedentes restrictivos del cuerpo, sosteniendo que la responsabilidad personal habilitada por el art. 54 se dirige a sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. Afirmo que “la ley responsabiliza a los socios “únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas a la utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los incumplimientos a las obligaciones legales que, aunque causen daños a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad” (considerando 9º, lo subrayado es nuestro).

En especial remarco el juez disidente que aun en este supuesto de insolvencia del deudor “es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido el riesgo propio de la actividad empresarial”. En otro pasaje interpreta que los arts. 59 y 274 de la Ley n. 19.550 señalando que re-

sulta imprescindible “demostrar el daño que ha mediado mal desempeño, violación de la ley, estatuto, reglamento, dolo, abuso de facultades y culpa grave”.

C. Dos cortes provinciales

1. Provincia de Buenos Aires. La Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires se adhirió a la posición anterior de la CSJN en “*Avila, Carlos Alberto c. Benjamín Gurfein S.A. y otros s/Despido*” (31.8.2005). En este pleito, se desestimó el reclamo de condena solidaria de los socios de una sociedad anónima invocando la existencia de desvíos del objeto societario, abuso de la personalidad jurídica e interposición fraudulenta a los fines de incumplir la ley.

2. Provincia de Córdoba. Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba asentó una línea jurisprudencia más amplia en la materia. En “*Cossar Marcelo c/RPM y ot.*” (25.2.2003) indico: “La relación precedente revela que carece de razón suficiente la conclusión del Tribunal en orden a la actuación fraudulenta de la sociedad demandada si la única trascendencia de dicha declaración es comprender en la condena a quien fue calificado como “hombre de paja”, esto es un insolvente. Es que el a quo debió sancionar a favor del trabajador -tercero perjudicado- la conducta que verificaba, lo que no se lograba con la extensión de la condena a la persona jurídica. Ello por cuanto resulta ineficaz desbaratar el plan en contra de la ley y de los derechos de ter-

ceros, para luego evadir la condena individual de los socios, desde que el obrar por interpósita persona es presunción de la intención de sustraer el patrimonio como garantía del crédito de los acreedores. En idéntico sentido agregado al art. 54, Ley n. 19.550 (párrafo introducido por Ley n. 22.903)”.

Se continuó con fecha 13.3.2003 en “*Bongionvanni Darío y Alberto Ferreyra C/ La Nueva Calle SA, Leonidas Lasco y/o Diario La Nueva Calle*”: “Entrando al fondo del asunto deben analizarse las constancias de autos a fin de dirimir la aplicación del art. 54 LS 19.550. El subexamen refleja la contumacia procesal de la sociedad demandada y su representante a lo largo de todas las actuaciones: ante el reclamo formulado por los trabajadores los accionados no formularon oposición alguna; no comparecieron a la audiencia de conciliación; no ofrecieron elemento probatorio para contrarrestar las afirmaciones contenidas en el libelo inicial; y omitieron injustificadamente su comparecencia a la audiencia de vista de la causa”.

Agrega el alto tribunal: “Esta situación de rebeldía condujo al Sentenciante a aplicar la presunción legal de veracidad de los hechos relatados en demanda, la cual, se insiste, no fue desvirtuada por prueba en contrario (...) En definitiva, este modo de actuar irregular de los accionados además trasladado al proceso vulnera el orden público laboral y hace procedente la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica solicitada. Aparece clara la

frustración de derechos de terceros por parte de quienes tenían a su cargo el real manejo de la sociedad, lo cual autoriza a la aplicación del art. 54, de la Ley n. 19.550 (T.O. Ley n. 22.903)”.

Finalmente, en *“Cancinos, Enrique Marcelino y otros c/Citam SA y otros”* (7.12.2007), frente a una sociedad que simplemente optó por “desaparecer” no respondiendo obviamente por los créditos dejados a sus trabajadores, se dispuso la condena personal de director y vicedirector de la S.A. que se encontraban en mora con la respectiva inspección; no había antecedentes de la situación patrimonial de los últimos ejercicios; hubo disminución de la situación patrimonial en los últimos ejercicios y esa reducción “respondía a una política empresarial y que la firma se benefició con la venta de activos”.

El tribuna sostuvo lo siguiente: “Es cierto que la personalidad diferenciada de la sociedad y de sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre Sociedades Anónimas y que conforma un régimen especial que actúa como herramienta prevista al comercio y a la economía por el orden público (DT 2003-B-1.004; DT, 2003-A-221). Pero no se puede desdeñar que se apele –como en este caso– al abuso del derecho o el fraude, para violar la ley afectando el orden público laboral.

En rigor de verdad se trata de remediar los efectos de una maniobra que significó el abuso de la personalidad jurídica. Surge de la prueba que se afectaron con el paulatino vaciamiento de la empresa a espaldas de los trabajadores sus legítimos derechos de muchos años de labor. La disolución fue irregular, se burló a los dependientes dejando impagas indemnizaciones y salarios”.

12 BREVES CONCLUSIONES

A. La clásica bilateralidad del contrato de trabajo aparecen en muchos casos inmersa en juegos de espejo que reflejan imágenes falsas, deformadas y hasta inexistentes de un titular del nexo laboral que se esfuma apenas se trata de mirar el revés de la imagen.

En ocasiones, el trabajador ve a su empleador como fondo de un loco e imaginativo calidoscopio.

B. La primera evidencia del recorrido sobre algunas de las posibilidades y consecuencias de la intermediación laboral, es que el tema parece superar las previsiones normativas protectorias. La realidad económica del mercado permeabiliza las instituciones jurídicas más previsoras y astutas. Ello obliga a una alerta permanente sobre las mutaciones cotidianas de la que fuera en otros tiempos una relación permanente, personal y tangible en-

“La clásica bilateralidad del contrato de trabajo aparecen en muchos casos inmersa en juegos de espejo que reflejan imágenes falsas, deformadas y hasta inexistentes de un titular del nexo laboral que se esfuma apenas se trata de mirar el revés de la imagen.”

tre un empleador y un trabajador.

C. La responsabilidad solidaria constituye la herramienta que la legislación pone a disposición del trabajador para asegurar sus créditos y en ciertas ocasiones se reconoce su eficacia y amplitud. Pero cuando la dinámica productiva, la debilitación de riesgos empresarios o el simple fraude, desmenuzan la bilateral de contrato de trabajo, el remedio de la solidaridad es insuficiente si el trabajador debe atravesar capas de responsabilidad para encontrar –muchas veces tardíamente– la respuesta a la pérdida del empleo o el crédito perdido.

D. Es evidente que la intermediación de mano de obra genera incertidumbre sobre la estabilidad laboral y socava y hasta liquida la actividad sindical y convencional. El trabajador *intermediado* es un individuo precarizado, sujeto a movilidad contractual y de difícil identificación con un grupo profesional o de actividad. De ahí que el acotamiento, la compresión, el desaliento y hasta la eliminación del trabajo intermediado aparece como un objetivo del derecho del trabajo. Mientras tanto, el Derecho del Trabajo, como Alicia en el País de las Maravillas, debe seguir atravesando espejos...