BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL
SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

DESLOCALIZACIÓN - CONTRATACIÓN
Y SUBLOCACIÓN - CESIÓN DE PERSONAL
GRUPO DE EMPRESAS - TELETRABAJO

COORDINADOR:

JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

AUTORES:

LUISA MONTUSCHI - RAFFAELE DE LUCA - TAMAJO Y ADALBERTO PERULLI
JUAN ANGEL CONFALONIERI (H.) - JORGE RODRÍGUEZ MANCINI
ALBERTO RIMOLDI - LORENZO P. GNECCO - RICARDO ARTURO FOGLIA -
CARLOS ALBERTO ETALA - MARIO ERNESTO ZURETTI - SUSANA CORRADETTI
HUGO R. CARCAVALLO - JUAN CARLOS FERNÁNDEZ HUMBLE
LUIS RAMÍREZ BOSCO - ROBERTO IZQUIERDO

BUENOS AIRES

2009

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL
SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

DESLOCALIZACIÓN - CONTRATACIÓN Y SUBLOCACIÓN - CESIÓN DE PERSONAL GRUPO DE EMPRESAS - TELETRABAJO

BUENOS AIRES
2009

Descentralización Productiva / coordinado por Jorge Rodríguez Mancini. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2009.

928 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1487-5

1. Derecho Laboral. I. Jorge Rodríguez Mancini, coord.

CDD 344

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 48129327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina

Tirada: 300 ejemplares.

I.S.B.N.: 978-987-03-1487-5

PUBLICACIONES
DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación
- Centenario - 1908 - 7 de Octubre - 2008

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 46.

SERIE II - OBRAS

1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.*

2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.*

3.- *La nueva ciencia política y constitucional, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.*

4.- *Política exterior en la edad nuclear, por FELIPE A. ESPIL.*

5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno, por JUAN SILVA RIESTRA.*

6.- *La libertad, elección, amor, creación, por MANUEL RIO.*

7.- *El Congreso de Panamá, por MARIANO J. DRAGO.*

8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley, por MANUEL RIO.*

9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, por MIGUEL S. MARIENHOFF.*

10.- *La Nación Argentina hecha ley, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.*

11.- *Historia del Derecho Político, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.*

12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUIN G. MARTINEZ.*

13.- *Alberdi y su tiempo, por JORGE M. MAYER (2 tomos).*

14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina, por ISIDORO RUIZ MORENO.*

15.- *Historia de la doctrina Drago, por ALBERTO A. CONIL PAZ.*

16.- *La alborada. San Martín y Alberdi, por JORGE M. MAYER.*

17.- *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*

18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional, por JORGE M. MAYER.*

19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).*

21.- Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.

22.- Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

23.- Las cinco Argentinas, por JORGE M. MAYER.

24.- Vida y testimonio de Félix Frías, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.

25.- Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional, por JORGE M. MAYER.

26.- Los posibles antídotos de la crisis, por JORGE M. MAYER.

27.- La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

28.- La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional, por ALBERTO LUIS ZUPPI.

29.- Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

30.- El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

31.- El derecho de la salud, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32. Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, por AIDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.- Estudios sobre Derecho Civil.

2.- Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.

3.- La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.

4.- Estudios sobre derecho ambiental.

5.- Estudios sobre daño moral.

6.- Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.

7.-Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.

8.- Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.

9.- Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.

10.- Los vicios de la voluntad.

11.- Los vicios de la voluntad. Parte II

12.- Capacidad civil de las personas.

13.- Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión.*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán
Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADEMICOS DE NUMERO

por orden de antigüedad

	Nombre del sitial	*Fecha*
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 setiembre 2008

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Saúl Litvinoff	EE.UU. de N.A.	22 agosto 2002
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dr. Francesco Galgano	Italia	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Guillermo J. Fierro	Rosario	22 mayo 2008
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008

ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Darack
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano De Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel S. Pizarro

Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

PRÓLOGO

Este libro debió publicarse con la dirección de Antonio Vázquez Vialard quien convocó a los autores hace dos años, para estudiar el tema de la descentralización productiva en sus distintos aspectos y repercusiones sobre las relaciones laborales. El impulso que de él recibimos fue potenciado luego con su ausencia física. Seguimos reuniéndonos con el mismo propósito y después de sucesivos encuentros en los que debatimos cada uno de los temas que componen el índice de esta obra, hemos decidido, con el apoyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires —en cuyo ámbito del Instituto de Derecho Empresario tuvieron lugar estos foros de estudio—, publicar el resultado de los trabajos cumplidos. Naturalmente, esta obra por eso y por mil razones más, constituye un homenaje a nuestro amigo y maestro quien con su constancia y empeño, que envolvía la generosidad de la trasmisión de sus conocimientos, estructuró este ámbito de estudio cuyo fruto ponemos a disposición del lector crítico.

Los temas han sido ordenados a partir de un enfoque general de lo que constituye esta transformación de la estructura productiva, ceñida obviamente al proceso de la llamada globalización o mundialización, desarrollo de comunicaciones y otros fenómenos por demás conocidos. De qué manera tales cambios, repercuten en el ámbito de las relaciones laborales, individuales y colectivas, y de qué forma ponen en crisis el sistema normativo vigente, creado a la luz de otra realidad económica sobre la cual descansan aquéllas.

No podía dejarse de lado un enfoque específicamente económico que fue encomendado a una especialista en economía laboral que brindó un aporte básico indispensable, sobre el cual se pudo trabajar en los análisis estrictamente jurídicos. A partir de estas dos introducciones generales, el grupo se repartió los temas

particulares de cómo se produce esa repercusión y cómo son las normas y cómo debieran ser, para obtener un resultado adecuado que adaptara el funcionamiento de las acciones respectivas de los sujetos de las relaciones laborales, buscando que las transformaciones no sean motivo de deformación y aún de desconocimiento, de las reglas elementales que son propias del derecho del trabajo, cuya finalidad esencial, deberá prevalecer sobre cualquier cambio o adaptación ya que como lo manda la Constitución *"el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes"*.

Con este objetivo a la vista en los sucesivos capítulos se recorren las instituciones del derecho individual, colectivo y de la seguridad social examinando cuáles son las manifestaciones que en concreto se observan como resultado de la descentralización en todas sus formas siguiendo, en esto, para una mejor orientación sobre el tema, la normativa de la LCT en punto a las cuestiones de responsabilidad solidaria como instrumento de protección. En esta tarea se ha tratado que las manifestaciones novedosas que desbordan las figuras tradicionales de la contratación y subcontratación, o de las fusiones y transferencias, sean igualmente enmarcadas en aquellas disposiciones tuitivas para lo cual es preciso una adaptación interpretativa rigurosa que no conduzca al terreno de la inseguridad jurídica. En cada tema se encontrará junto con el análisis, propuestas de interpretación y aún de reforma para que el sistema jurídico sea realmente eficaz ante el nuevo modelo por el que transita la economía mundial y como consecuencia, la nacional.

Con tales propósitos y métodos, los autores han pretendido abordar la problemática suscitada por la descentralización, siguiendo en esto la orientación general brindada en su comienzo por Antonio Vázquez Vialard a quien recordamos en cada momento del trabajo y a quien tributamos, como hemos dicho, nuestro homenaje de amigos y discípulos.

JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

INDICE

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y OTRAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO. ENFOQUE SOCIOECONÓMICO

POR LUISA MONTUSCHI

INFORME GENERAL

POR RAFFAELE DE LUCA-TAMAJO Y ADALBERTO PERULLI

Pág.

DESCENTRALIZACIÓN Y DESLOCALIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN

POR JUAN ANGEL CONFALONIERI (H.)

DESCENTRALIZACIÓN POR CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN

POR JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

CESIÓN DE ESTABLECIMIENTO

POR ALBERTO L. RIMOLDI

GRUPOS ECONÓMICOS Y DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

POR LORENZO P. GNECCO

EMPRESAS SUBORDINADAS Y RELACIONADAS

POR RICARDO ARTURO FOGLIA

LAS RELACIONES LABORALES EN LAS U.T.E., EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA Y EN LOS CONSORCIOS DE COOPERACIÓN

POR CARLOS ALBERTO ETALA

Pág.

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE TRABAJADORES POR EL CONTRATISTA Y/O SUBCONTRATISTA FRENTE AL PRINCIPIO DE INDETERMINACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO DE TRABAJO (ART. 90 LCT)

POR MARIO ERNESTO ZURETTI (H.)

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y OTRAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

POR SUSANA CORRADETTI

TRANSFERENCIA DEL CONTRATO

POR HUGO R. CARCAVALLO

Pág.

TELETRABAJO

POR JUAN CARLOS FERNÁNDEZ HUMBLE

Pág.

SUBCONTRATACIÓN, DESCONTRATACIÓN EMPRESARIA Y NEGOCIACIONES COLECTIVAS

POR LUIS RAMÍREZ BOSCO

A PROPÓSITO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: ANOTACIONES SOBRE CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS EN EL MARCO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

POR ROBERTO IZQUIERDO

Descentralización productiva y otras formas de organización del trabajo. Enfoque socioeconómico

Por Luisa Montuschi (*)

(*) Academia Nacional de Ciencias Económicas y Universidad del CEMA

Capítulo I

Introducción

Las innovaciones que se produjeron a partir de la década del ochenta tuvieron características inéditas que afectaron de modo permanente la capacidad de creación de puestos de trabajo de las economías y las características y modalidades de esos mismos puestos. En estos procesos tuvieron particular significación transformaciones estructurales que se manifestaron, sobre todo, en el desplazamiento de la producción de los bienes a los servicios, en el crecimiento de la producción de industrias que producen artículos no materiales (como el software), en la declinación en la importancia de industrias tradicionalmente consideradas como sindicalizables, en la creciente globalización de las economías.

El rápido crecimiento del conocimiento científico y su diseminación, facilitada por las **Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC)**, han posibilitado su aplicación a la producción de bienes sofisticados, resultantes de la combinación de una especialización extrema con una creatividad interdisciplinaria. Ello ha permitido la emergencia de industrias de avanzada que utilizan los avances científicos y también producen con sus actividades nuevos avances. Paradójicamente, muchos de estos avances han generado sentimientos de desconfianza y aun temor en la sociedad a pesar de los indudables beneficios que han producido (1).

Estos cambios suelen ser caracterizados bajo el rótulo de la "Nueva Economía" en la cual la tecnología rápidamente cambiante

(1) La posibilidad de limitar las hambrunas del pasado, las curas para enfermedades antes incurables, la extensión de la esperanza de vida, las comunicaciones más veloces.

crea de manera continua bienes nuevos de alta calidad que obligan a cambios, también continuos, por parte de los consumidores. La adaptación permanente por parte de empresas y consumidores son características de este nuevo estado de cosas que tiene cierto parecido con la antigua economía de oficios artesanales en la cual los artesanos del presente serían los gerentes, consultores, expertos en marketing y finanzas, investigadores científicos y técnicos y especialistas en computación (2). Estos nuevos entornos han cambiado las relaciones laborales y el tipo de mano de obra que en ella encuentra su nicho.

Es por ello que esa Nueva Economía parecería no resultar demasiado amigable para el sindicalismo, para la afiliación sindical y para la forma de operar y negociar de las organizaciones gremiales (3). Debe recordarse que históricamente los sindicatos fueron instrumentos de la lucha de clases sobre la base de la idea de que los intereses de los empleadores y de los capitalistas están en orillas opuestas. Pero, en muchos casos, los trabajadores ya no se sienten identificados con ese enfoque. De hecho, con frecuencia, ellos prefieren ser identificados como "asociados" miembros del equipo corporativo, y no como dependientes de la empresa. Y muchos aspiran a convertirse ellos mismos en emprendedores.

(2) MADRICK, J., (1999).

(3) YATES, M.D., (2001).

Capítulo II

La "nueva economía" y los cambios en la organización del trabajo

Las transformaciones originadas en la rápida integración de las tecnologías de la información y de la comunicación a las vidas privadas y profesionales de las personas, que han sido una característica dominante de los años noventa en casi todos los países del mundo, han hecho posible la emergencia de la Sociedad de la Información, que es la sucesora de la Sociedad Industrial que, en el pasado, le dio forma al mundo tal como lo conocemos. Los cambios producidos no sólo están incidiendo de modo significativo sobre la vida y el trabajo de las personas sino que habrán de moldear en forma permanente la sociedad y las instituciones que en ella existen.

La Sociedad Industrial de los siglos XVIII, XIX y XX se erigió sobre la base de la producción masiva de bienes. Las fábricas tenían que estar situadas en localizaciones estratégicas en relación con las fuentes de energía y las materias primas. La mayor parte de la población se ocupó en el sector manufacturero estableciendo su domicilio en las proximidades de su lugar de trabajo. Así se erigieron las bases para las ciudades y se dio origen a la distintiva relación característica de la **Sociedad Industrial***: **trabajador-empleo-empleador***. En la SI existe, en cambio, un potencial considerable para que los trabajadores puedan liberarse de un lugar de trabajo fijo o central. Esto puede tener efectos profundos sobre la estructura de la sociedad y sobre las instituciones que hasta ahora la han caracterizado (1).

---

(1) Ya se viene sosteniendo que en la SI las personas residirán en una "**aldea global**" o en "**comunidades virtuales**" donde podrán comunicarse y trabajar en forma conjunta desde cualquier lugar del planeta.

Es importante notar que la SI es mucho más que la autopista de la información, que sólo constituye el medio que posibilita la transmisión y circulación de la información. La SI describe una visión normativa, moral y social, de una sociedad en la que el intercambio de información se constituye en un deber moral primario de las personas y en la que el estado debe asumir como objetivo el facilitar tal intercambio y proveer, en caso de ser necesaria, la infraestructura pertinente para el mismo (2). Bajo tales premisas la SI debería llegar a constituir un paso evolutivo significativo de nuestra civilización, la base de una sociedad más abierta y más democrática, con menores exclusiones y con condiciones de trabajo más flexibles y mejores niveles de vida.

Los factores que han tenido un peso significativo en la emergencia de la SI han sido, por un lado, la tecnología que ha permitido la construcción y extensión de las redes de transmisión de la información y el desarrollo de interfaces amigables para el usuario en los sectores multimedia y, por el otro, el mundo del trabajo que ha creado un ámbito propicio a la aparición de actividades profesionales y ocupacionales novedosas y ha permitido el surgimiento de nuevas formas de trabajar propias de esta sociedad.

Con la aplicación generalizada de las tecnologías de la información y de la comunicación puede esperarse una aceleración de los cambios estructurales que ya se están produciendo en el mundo del trabajo. No sólo habrán de sufrir modificaciones importantes las ocupaciones tradicionales, sino que aparecerán nuevas ocupaciones, cambiarán de forma significativa las relaciones laborales, la organización del trabajo y de las empresas, las demandas de habilidades y los sistemas de educación y aprendizaje.

A pesar de los avances producidos en la introducción de las nuevas tecnologías y de las potencialidades que las mismas tienen para mejorar la eficiencia de las distintas actividades, hasta el momento no parecen haberse producido efectos significativos sobre la productividad. Pero hoy ya se han identificado las causas prin-

(2) En tal sentido una definición actual de SI trasciende las propuestas de F. Webster que proponía cinco categorías de definiciones de la Sociedad de la Información: tecnológica, económica, ocupacional, espacial y cultural. A ellas habría que añadir una categoría de filosofía política y otra de creencias relativas al cyberespacio. WEBSTER, F., (1995).

cipales de ese comportamiento anómalo. En efecto, se ha corroborado que la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación no fue acompañada, en la mayoría de los casos, por las indispensables transformaciones organizacionales, y existen evidencias del hecho de que la implementación exitosa de tales tecnologías demanda un enfoque integrado que las complemente con los cambios organizacionales y con nuevas políticas de recursos humanos (3).

Durante casi un siglo la organización del trabajo se basó en una organización jerárquica estructurada de arriba hacia abajo con puestos caracterizados por un alto grado de especialización y tareas simples y, con frecuencia, de carácter repetitivo. Por el contrario, dentro de la SI las empresas exitosas serán "empresas flexibles" basadas cada vez más en procesos y cada vez menos en funciones especializadas y en rígidas estructuras jerárquicas. En las mismas los trabajadores tendrán a su cargo un conjunto de funciones en vez de la estricta demarcación de tareas vigente en el viejo modelo. En esto tal vez radica la mayor diferencia que muestran los desarrollos producidos en los Estados Unidos y en el Japón.

La organización del trabajo, que puede ser definida como el modo de organizar los procesos de producción en el lugar de trabajo (4) estuvo determinada, hasta principios de los setenta, por los procesos de producción masiva. Estos procesos se llevaban a cabo de acuerdo con principios de mecanización, especialización y estandarización a lo largo de una línea de producción. De acuerdo con el enfoque fordista o taylorista la actividad productiva estaba determinada por los ritmos de las máquinas e implicaba la especialización de funciones y la fragmentación de tareas. La insatisfacción con este estado de la organización del trabajo y con las relaciones laborales derivadas del modelo prevaleciente (5) se había vuelto claramente perceptible en esos años en todas las economías industrializadas. Esto originó debates, centrados sobre todo en el tópico de la ***"calidad de la vida laboral"***, que se tradujeron luego en variados intentos de reforma laboral.

(3) European Commission, (1997).

(4) MONTUSCHI, L., (1997) y (1998).

(5) MONTUSCHI, L., (1997), (1998) y (1999).

El énfasis de los intentos fue variando en el tiempo. En los primeros tiempos se centraba en el diseño y enriquecimiento de los puestos y en la reorganización del trabajo. En los ochenta se enfatizó la cuestión más amplia del ***management participativo*** que contemplaba la participación de los trabajadores en decisiones referidas a la calidad de la vida laboral y a la organización del trabajo.

La creciente globalización de las economías y el surgimiento de la SI originaron presiones adicionales sobre las empresas que las obligaron a emprender ulteriores cambios en la organización del trabajo para obtener mejoras en los niveles de productividad a fin de poder competir mejor en los mercados internacionales. En el pasado, niveles de productividad desiguales se asociaban con diferencias en las inversiones realizadas por las empresas en capital físico, capital humano y tecnología y en las inversiones realizadas por los gobiernos en educación, entrenamiento, infraestructura física e investigación y desarrollo.

De acuerdo con teorías modernas, a los factores anteriores deben añadirse otros que han ido asumiendo una importancia creciente en la llamada "nueva economía" tales como la naturaleza de las inversiones, la efectividad que pueden tener las empresas en organizar los procesos de innovación y los modos de organizar el trabajo que las mismas tienen (6). Este último aspecto se ha constituido en un elemento crucial para la implementación de las decisiones estratégicas que las empresas deben tomar en respuesta a los desafíos y oportunidades que presenta el medio de los negocios. En casos estudiados en relación con modificaciones en la organización del trabajo se ha determinado que las empresas buscaban nuevas orientaciones estratégicas o variar las bases de la competencia y que los cambios tenían su origen tanto en problemas internos de la empresa como en variaciones continuas o estructurales de tipo exógeno (7).

La modalidad que ha asumido en los últimos años la organización del trabajo se basa en un modelo organizacional caracterizado por elevados niveles de "confianza" y un alto contenido de "habi-

(6) Business Decisions Ltd. (1998), (1999).

(7) Los casos estudiados en materia de cambios en la organización del trabajo han demostrado que la reducción de costos no ha sido, en la mayoría de las situaciones, la razón principal que ha impulsado su implementación. Business Decisions Ltd. (1998).

lidades", con amplia participación de los trabajadores en la toma de decisiones operativas. A pesar de que se indica que no existe un modelo único, se han señalado siete áreas en las cuales, en general, se han centrado los cambios:

1. **Nuevas estructuras organizativas**: unidades de negocios orientadas a procesos y equipos de trabajo semiautónomos.

2. **Métodos de trabajo más flexibles y menos jerárquicos**: horas de trabajo flexibles y trabajadores con habilidades múltiples.

3. **Nuevas culturas empresarias**: un mayor énfasis en la gente, en los clientes, en el servicio y en la calidad.

4. **Nuevas prácticas de negocios**: programas de management de la calidad.

5. **Mayor inversión en educación y entrenamiento**: mayor cantidad de trabajadores involucrados en los programas de entrenamiento y formación e implementación de nuevos programas para mejorar las habilidades.

6. **Nuevas técnicas de medición del desempeño**: utilización de indicadores no financieros y fijación de objetivos para los equipos y los individuos.

7. **Nuevos sistemas de remuneración**: participación en los beneficios, bonos opciones para la compra de acciones de la compañía.

Estos cambios dan lugar a beneficios para las empresas y para los trabajadores. Para estos últimos la evidencia indica mejoras en los niveles de satisfacción en relación con sus puestos de trabajo debido al aumento de la responsabilidad, a la mayor autonomía personal, a una gama más amplia de tareas y a mayores niveles de consulta. También se ha mostrado que con los cambios se incrementó la empleabilidad de los trabajadores por las mayores inversiones en entrenamiento que realizaron las empresas como parte de los mismos.

Introducir las nuevas formas de organización del trabajo no ha mostrado ser un proceso fácil. Aunque los beneficios finales pueden ser considerables, existen muchos ejemplos de fracasos. El nivel de compromiso y participación de la fuerza de trabajo aparece como

un factor importante para el éxito de todo experimento en materia de cambios organizativos. También ha sido importante el papel de las organizaciones gremiales ya que en muchos casos exitosos las nuevas formas organizativas fueron elaboradas en forma conjunta con los sindicatos.

Los cambios en la organización del trabajo se han visto obstaculizados o facilitados según el tipo de relaciones laborales prevalecientes en la empresa o sector. Existen ejemplos de situaciones en que los cambios se debieron a iniciativas de los propios sindicatos. La tendencia general parece apuntar hacia una descentralización de las relaciones laborales y una mayor flexibilidad en el uso de la mano de obra. Sin embargo, la actitud de los sindicatos o la vigencia de una legislación supuestamente protectora de distintos aspectos de la vida laboral pueden constituir serios impedimentos a los cambios que se pretende implementar. Las experiencias de diversos países parecen corroborar la hipótesis de que se han producido cambios en el actor dominante y en los niveles de interacción (8). En cuanto al primer aspecto se ha observado, con algunas excepciones, una declinación en la sindicalización así como en la influencia de los sindicatos (9). También la conflictividad de las relaciones laborales ha decrecido. Esto ha implicado una reversión de la tendencia vigente desde la Segunda Guerra Mundial donde los sindicatos actuaban como factor dominante en relaciones laborales que mostraban al management reaccionando a las demandas y presiones de las organizaciones gremiales que gozaban entonces de considerable influencia y poder. Los empleadores han modificado su actitud y constituyen hoy una fuerza que está cambiando el carácter de las relaciones laborales mediante políticas de recursos humanos que procuran dar una más activa participación a los trabajadores en forma individual. El cambio en los niveles de interacción no resulta independiente de las otras transformaciones relacionadas con el factor laboral en la empresa. El uso flexible de la mano de obra, los mecanismos de consulta y participación de los trabajadores, la organización de consejos de trabajo, han implicado la necesidad de descentralización en las relaciones laborales que tienden cada vez más a llevarse a cabo al nivel de la empresa o de la planta.

(8) ROJOT, J. y P. TERGEIST, (1992).

(9) MONTUSCHI, L., (1996).

Capítulo III

La flexibilidad laboral (1)

El caso de la flexibilidad de la mano de obra ha tenido indudable importancia en el contexto definido por las nuevas formas de organización del trabajo. Sin embargo, debe tenerse presente que no debe inferirse la existencia de una relación necesaria de causalidad entre flexibilidad y nuevas formas de organización del trabajo.

La demanda de políticas tendientes a lograr una mayor flexibilidad en el mercado de trabajo, en las economías industrializadas que se enfrentaban al ingreso a un mundo post-industrial, respondió, en general, a dos conjuntos de factores que deben ser diferenciados. En primer lugar, se presentaba la necesidad de las empresas obligadas a enfrentar procesos de ajuste e incorporación de nuevas tecnologías que les permitieran adaptarse a las nuevas condiciones de competitividad de los mercados internacionales. Por otra parte, no podía ignorarse la declinante capacidad de creación de empleos de tales economías que se manifestaba en las persistentes e inusualmente elevadas tasas de desempleo que la memoria de las experiencias inflacionarias de los años setenta impedía afrontar con las tradicionales políticas de demanda agregada.

En cierta medida, puede considerarse que algunos tipos de flexibilidad han sido una respuesta a la crisis, así como otras propuestas pudieron haberse generado como consecuencia de la introducción de los nuevos esquemas productivos. Los casos de la flexibilidad de los costos laborales, los cambios en el período de prueba, en las vacaciones y en la jornada de trabajo, que en su conjunto se traducirían en una intensificación del tiempo de trabajo, se corresponde-

(1) Montuschi, L., (1991).

rían, en cierta medida, con la primera situación. La externalización podría responder tanto al primero como al segundo caso. Ello podría explicar su amplia difusión.

En cuanto a la situaciones derivadas de cambios en las modalidades productivas las mismas pueden vincularse con la flexibilidad cuantitativa externa e interna y con la flexibilidad funcional o polivalencia. La flexibilidad funcional significa que pueden modificarse, de acuerdo con las necesidades de la empresa, las tareas correspondientes a cada puesto de trabajo. Conlleva la polivalencia laboral pues se integra un mayor número de habilidades en menos categorías ocupacionales. Aparecen así trabajadores y grupos de trabajo polifuncionales que trascienden la vieja estructura organizativa basada en puestos estrictamente delimitados alrededor de los cuales se organizaba el proceso de negociación colectiva. Este tipo de flexibilidad implica realmente un cambio trascendente en la forma de organizar el trabajo y también en la forma de negociar salarios. Es, en parte, consecuencia del cambio técnico operado a partir de la década del 80 y, sobre todo, de los 90, vinculado con la introducción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Este tipo de flexibilidad es inherente al proceso de crecimiento y al cambio técnico.

Es cierto que se ha señalado que la flexibilidad y la adaptabilidad de los mercados laborales aparecen como una condición importante para posibilitar y facilitar el cambio estructural y el ajuste de las economías y de las empresas. Pero, a nivel de cada empresa la flexibilidad laboral constituirá sólo un aspecto de la flexibilidad global que la misma debe asumir que implicaría, además, cuestiones relativas a la introducción de nuevos productos, a la permanente evaluación y adopción de nuevas tecnologías, a la distribución y/o reasignación de plantas, a la política de precios y al cambio en las prácticas del management. En este contexto de ajuste y crecimiento, considerar sólo la flexibilidad laboral constituiría, por cierto, un enfoque parcializado y miope conducente al fracaso en un medio crecientemente competitivo y en cambio permanente.

No puede ignorarse que los sindicatos han sido siempre hostiles a las modalidades de trabajo flexible y, en el caso de la Argentina, finalmente lograron la derogación de lo que denominaban "contratos basura". Sin embargo, no se puede ignorar que, en muchos ca-

sos, entre los cuales la Argentina constituye por cierto un ejemplo destacado, se ha alcanzado una flexibilidad *de facto*, a pesar de la desaparición de las normas legales derogadas, por el hecho de que una más que considerable proporción de la mano de obra no está registrada. En estos momentos esa mano de obra en negro, para la cual no se realizan aportes sociales, asciende al 41,6% de la mano de obra total.

CAPÍTULO IV

LA GLOBALIZACIÓN Y LAS RELACIONES LABORALES

La globalización ha sido uno de los cambios originados en la revolución de la información, cuyo desarrollo se produjo a lo largo de poco más de una década, que está afectando de modo significativo las vidas de todos los habitantes del planeta. El mundo del trabajo se ha visto enfrentado con los desafíos presentados por cuatro aspectos de la globalización (1):

1. **La globalización tecnológica y de la información**: Internet, el fácil acceso a las computadoras, las telecomunicaciones y los viajes han revolucionado el mundo del trabajo y del ocio, han permitido la reducción en el tamaño óptimo de las empresas y la localización y relocalización (de acuerdo con necesidades y conveniencia) de operaciones y trabajadores.

2. **La globalización financiera**: el volumen y la rapidez de operaciones realizadas en los mercados cambiarios, no relacionadas con procesos productivos sino con la búsqueda de beneficios de corto plazo, han reducido el poder de los estados individuales y tienen un efecto desestabilizador y potencialmente amenazador para los puestos de trabajo.

3. **La globalización del comercio**: la creación de áreas de libre comercio, la acción de la Organización Mundial del Comercio y la creciente disposición de los países a reducir las barreras comerciales puede afectar el empleo en el corto plazo y crear nuevas oportunidades para el plazo mediano o largo.

---

(1) TOWSEND, P. (1998).

4. **La globalización de las corporaciones**: las corporaciones transnacionales ya no parecen pertenecer a un estado nacional, su poder económico y financiero puede superar el de los países y sus objetivos y forma de operar difieren sustancialmente de los de las empresas que operan dentro de las fronteras de un país.

De manera paralela con los cambios señalados se fue produciendo una creciente interdependencia en las economías de los distintos países, facilitada por la caída en las barreras a las transferencias internacionales de capitales, la rápida expansión de la inversión extranjera directa, la reducción en las barreras al comercio y, sobre todo, por los desarrollos operados en las comunicaciones que posibilitaron que todo tipo de operaciones entre distintos países fueran realizadas en tiempos cada vez más reducidos. Estas tendencias, que por otra parte son vistas de modo altamente positivo por economistas y políticos (2), indican que los mercados de capitales parecen haber asumido un control creciente de los procesos políticos y que sus demandas parecen estar dirigiendo el proceso de toma de decisiones (3).

Desde el punto de vista de los trabajadores la combinación de los programas de ajuste, el revisionismo en las relaciones laborales y la globalización de los mercados parecen haberse convertido en una creciente amenaza para los avances en materia de bienestar de los asalariados. Esto también ha tenido un indudable impacto en el movimiento sindical. Sin embargo, es una tarea difícil, prácticamente imposible, intentar discriminar los efectos atribuibles al proceso de globalización de aquellos causados por otros factores que estuvieron operando de modo casi simultáneo. Lo que parece indudable es que al impacto de la globalización, de los cambios en la organización del trabajo y de la expansión de la economía de servicios se le añadieron los efectos de un rápido cambio tecnológico, de un crecimiento explosivo de modalidades no tradicionales de empleo, de la feminización de la fuerza de trabajo y la creciente incidencia de las migraciones laborales. Todos operaron en la misma dirección ejerciendo una influencia negativa sobre la sindica-

(2) SACHS, J., (1998) e ILO, (1997).

(3) International Monetary Fund, (1997).

lización, la cobertura de los convenios colectivos y el poder de los sindicatos en las relaciones laborales (4).

En una economía mundial interdependiente la oportunidad, e incluso conveniencia, de que los sindicatos puedan ejecutar acciones limitativas de la competencia en materia de salarios o condiciones laborales se ve severamente acotada por la movilidad del capital. Esto ha sido comprobado en las economías más desarrolladas que se quejan de un supuesto ***"dumping social"*** que sería ejercido por los países en desarrollo y que limitaría severamente la creación de empleo en aquellos. Los países en desarrollo, por su parte, se lamentan del ***"desempleo tecnológico"*** que se origina en el flujo de innovaciones técnicas, originadas en los países avanzados, que hoy atraviesan libremente las fronteras.

En un pasado más proteccionista, donde la competitividad no constituía un factor estratégico determinante de las empresas y la producción se dirigía sobre todo a mercados domésticos aislados de la competencia externa, parecía razonable negociar salarios y condiciones laborales al nivel de industria o, incluso, a escala nacional. Eso ofrecía un reaseguro adicional para mantener la cuota del mercado doméstico y protegerse de la competencia interna (5). En tal caso era habitual observar una suerte de colusión entre los sindicatos y las cámaras empresarias que negociaban incrementos salariales sin mayores restricciones, dado que los mismos eran luego trasladados a precios.

En la economía globalizada los costos laborales son considerados como un factor clave de la competitividad y existe una continua presión para bajarlos. Un factor adicional que ha contribuido a crear un clima de incertidumbre respecto del futuro de las negociaciones colectivas y del empleo mismo está dado por la creciente incidencia en las economías locales de empresas multinacionales. Estas empresas, con filiales y plantas en distintos países, tienden a relocalizar su producción hacia aquellos lugares con menores costos laborales o a subcontratar partes de sus procesos productivos con empresas de países en desarrollo que ofrecen bajos salarios y otras ventajas de índole bancaria o impositiva.

---

(4) KYLOH, R., (1997).

(5) Este es el caso aún vigente de los países nórdicos.

En algunos casos las empresas domésticas han respondido a los nuevos desafíos introduciendo reformas en la organización del trabajo, en la línea de las analizadas anteriormente. Este tipo de empresas, basadas en el conocimiento y en la innovación, requieren una mano de obra capacitada y polifuncional, con habilidades no comunes entre los trabajadores de mayor antigüedad.

Pero, es en industrias locales de baja tecnología como confecciones, textiles o acero, donde puede apreciarse en todo su dramatismo el impacto de una economía mundial interdependiente. Es en estas industrias donde más se siente la presión que proviene de competidores de países que cuentan con bajos costos y nula protección de los trabajadores (6). El desplazamiento de los empleos por la caída en la producción no puede realizarse sin elevados costos de ajuste para una mano de obra que no cuenta con calificaciones adecuadas para insertarse en las industrias intensivas en conocimiento. Su única posibilidad residirá en lograr una ocupación en servicios no calificados. En muchos casos sólo podrá conseguir empleos temporarios u ocupaciones informales sin protección social y con mucha inestabilidad y altas tasas de rotación.

En estas condiciones queda claro que ha desaparecido el vínculo que anteriormente había existido entre una prosperidad económica creciente y la mejora sostenida de las condiciones de la vida laboral. El balance de poder existente entre las partes de la negociación colectiva se ha inclinado hacia uno de los lados y ésta ya no puede cumplir con uno de sus objetivos que era justamente el de "repartir los frutos del crecimiento económico entre quienes contribuyeron al mismo". Además, la internacionalización de la economía y el predominio de las empresas multinacionales impone presiones adicionales a los sindicatos nacionales a los que será cada vez más difícil emprender acciones en defensa de sus afiliados. Estas empresas tienen la posibilidad de desplazar su producción de una subsidiaria a otra sin incurrir en excesivos costos de ajuste y

(6) Es en la industria textil y de confecciones donde puede apreciarse con toda crudeza la situación laboral de 30 millones de trabajadores que en todo el mundo forman parte de una proceso competitivo sin precedentes entre países, empresas y entre los trabajadores mismos. Hoy 130 países producen artículos para exportar a tan sólo 30 mercados consumidores. En muchos aspectos se considera que las condiciones laborales en la industria textil se están retrotrayendo a niveles que se consideraban desaparecidos desde hace décadas. KYLOH, R., (1997).

frente a una huelga siempre pueden compensar la caída en la producción de la planta afectada con el aumento en otra localización. La amenaza de desplazamiento permanente de actividades constituye una seria limitación al alcance de las acciones del sindicato que puede verse obligado a concesiones que no hubiera hecho bajo otras condiciones. Además, resulta casi imposible llevar a cabo acciones concertadas con sindicatos de otros países por el conflicto de intereses que se presentaría en el caso de amenazas de relocalizaciones.

Capítulo V

El sindicalismo y las relaciones laborales en los nuevos entornos

En el pasado y hasta mediados de los años setenta los movimientos sindicales se desarrollaron dentro de un marco estable y preconcebido. El mismo estaba definido por la presencia de un Estado poderoso con un sector público de significativa incidencia en la economía, relaciones de empleo estables y de largo plazo, actores sociales organizados con un esquema de valores compartidos. Hoy ese marco se ha desintegrado y se ha alterado el esquema tripartito de relaciones entre el trabajo, las empresas y el Estado. Los cambios tecnológicos, los nuevos modelos de organización del trabajo, una fuerza laboral diferente asociada con la economía de servicios que está predominando en todo el mundo, el nuevo modelo descentralizado de relaciones laborales, la creciente globalización e internacionalización de las economías, han debilitado la posición del sindicalismo y han incrementado la vulnerabilidad del trabajo.

Todos los factores señalados han tenido, sin duda, un efecto negativo sobre los movimientos sindicales en distintos países. Sus resultados más visibles han sido la declinación operada en la tasa de sindicalización, una proporción cada vez más reducida de mano de obra cubierta por negociaciones colectivas y un progresivo debilitamiento de la protección legal de los trabajadores. Esta situación queda claramente ejemplificada en los datos del Cuadro Nº 1 donde se muestra la evolución de la tasa de sindicalización para un número de países entre los años 1970 y 2004.

CUADRO Nº 1

Tasa de sindicalización 1970- 2003

PAIS	1970	1980	1990	1995	2000	2003
Países con baja tasa						
Estados Unidos	23,5	19,5	15,5	14,3	12,8	12,4
Australia	50,2	49,5	40,5	32,7	24,7	22,9
Nueva Zelanda	55,2	69,1	51,0	27,6	22,7	22,1*
Unión Europea	37,8	39,7	33,1	30,4	27,3	26,3*
Alemania	32,0	34,9	31,2	29,2	25,0	22,6
Francia	21,7	18,3	10,1	9,0	8,2	8,3
Italia	37,0	49,6	38,8	38,1	34,9	33,7
Reino Unido	44,8	50,7	39,3	32,6	29,7	29,3
España	..	12,9	12,5	16,3	16,1	16,3
Holanda	36,5	34,8	24,3	25,7	23,1	22,3
Japón	35,1	31,1	25,4	24,0	21,5	19,7
Países con alta tasa						
Finlandia	51,3	69,4	72,5	80,4	75,0	74,1
Suecia	67,7	78,0	80,8	83,1	79,1	78,0
Noruega	56,8	58,3	58,5	57,3	53,7	53,3
Dinamarca	60,3	78,6	75,3	77,0	73,3	70,4

*2002.

Fuente: VISSER, J., *Union membership statistics in 24 countries*, Monthly Labor Review, enero 2006.

Debe tenerse presente que esta tasa ha sido tradicionalmente considerada como una medida representativa de la fuerza del sindicato y, por lógica inferencia, representativa de la fuerza colectiva que los trabajadores pueden ejercer en la negociación de salarios y otros beneficios. Ello es así pues ella debería indicar el potencial del sindicato para movilizar a los trabajadores para acciones en la industria, capacidad y amplitud de las votaciones y, algunas veces, protestas políticas.

J. Visser encontró algunos resultados interesantes e ilustrativos de las tendencias en la tasa de sindicalización, que pueden explicar algunos aspectos implicados de los datos arriba presentados.

En primer lugar, debe enfatizarse el hecho de que la declinación de la sindicalización ha operado principalmente en el sector privado de la economía. Y esto es así tanto para los países con baja tasa de sindicalización como para aquellos con una elevada tasa. El sector público no parece haber sido afectado en forma significativa por esa tendencia. Y cabe suponer que en el mismo se concentra la mayor parte de la actividad sindical caracterizada por las antiguas tácticas y estrategias. En mucho menor medida, sucede algo similar en el sector manufacturero. Otro dato interesante para señalar es que la sindicalización ha declinado en mayor proporción entre los jóvenes y entre los trabajadores a tiempo parcial, grupos que por sus características son mayormente indiferentes a la actividad de los sindicatos.

También para la Argentina parece haberse dado un comportamiento consistente con los datos anteriores, a pesar de que el acceso a los beneficios de las negociaciones colectivas no está limitado a los afiliados sino que es extendido a todos los asalariados de la rama o empresa. De acuerdo con datos de OIT la tasa de sindicalización argentina (para el total de asalariados) era del 38,7% en 1995 y se registraba una caída de la misma del 42,6% que había operado entre 1985 y 1995 (1). En un trabajo referido al Gran Buenos Aires se había calculado que la tasa de sindicalización era del 49% en 1990, que se habría reducido al 42% en 2001. Estos porcentajes referidos al total de asalariados, excluidos servicio doméstico y beneficiarios de planes de empleo (2). Esta caída se atribuye, casi en su totalidad, al crecimiento del empleo no registrado.

El comportamiento, aparentemente anómalo, que registra la tasa de sindicalización en los países nórdicos ya fue considerado en anteriores trabajos (3). En los mismos se señalaba que, de acuerdo con la opinión de algunos economistas (4), la razón podía estar dada por la existencia de negociaciones centralizadas que, de alguna manera, estarían eliminando la principal causa para la presencia de comportamientos de las empresas antagónicos al sindicalismo.

---

(1) International Labour Organization, (1997).

(2) MARSHALL, A. y GROISMAN, F., "Sindicalización en la Argentina: Análisis desde la perspectiva de los determinantes de la afiliación individual", trabajo presentado al 7º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, ASET, Buenos Aires, agosto 2005.

(3) MONTUSCHI, L., (1995), (1998).

(4) FREEMAN, R.B., (1989).

Esta situación ha enfrentado a los sindicatos con desafíos a los cuales han dado respuestas diferentes en los distintos países. Por un lado, han procurado diseñar estrategias para reclutar y representar los nuevos trabajadores con nuevas habilidades y carreras laborales no convencionales, generalmente de cuello blanco y localizados en los servicios. Además, también deben intentar representar a trabajadores que pueden ser considerados ***atípicos*** y reconciliar los intereses, a veces contrapuestos, de los distintos grupos de trabajadores, especialmente de aquellos que no encuentran atractivo o justificación en la afiliación al sindicato (5). Finalmente, dada la tendencia hacia la creciente descentralización de las negociaciones y la virtual imposibilidad de lograr una cobertura aun parcial de las mismas para la mano de obra marginal, los sindicatos deberían ocuparse de estudiar medidas tendientes a asegurar que para dichos trabajadores se asegure el cumplimiento de niveles mínimos aceptables en materia de salarios y condiciones laborales.

Pero otros desafíos enfrentan a las organizaciones gremiales. Uno, no menor, está dado por las nuevas políticas de recursos humanos implementadas por muchas empresas. Estas políticas tienden a constituirse en un sistema particular de relaciones laborales propio de la empresa que excluye la intervención del sindicato. En efecto las mismas incorporan elementos como la comunicación directa del management con los trabajadores, sistemas de remuneración ***individualizados***, sistemas productivos organizados alrededor de grupos de trabajo polivalentes con ***"team leaders"*** que forman parte de la estructura del management y muchas veces son elegidos por los mismos trabajadores y la constitución de consejos del trabajo, a nivel de empresa o planta, que tienen una larga tradición en muchos países (6). Todas estas iniciativas se basan en un argumento de ***"humanizar el lugar de trabajo"*** pero es indudable que ellas excluyen al sindicato de cuestiones que en el pasado habían sido objeto de negociación colectiva.

A esto habría que añadir el creciente desempleo que afecta a economías sujetas a severos planes de ajuste, desregulación y privatiza-

(5) Estos trabajadores, indiferentes al accionar de los sindicatos pueden encontrarse tanto entre quienes poseen habilidades escasas y novedosas, con demanda excedente en el mercado, como entre los trabajadores marginales con empleos inseguros, alta rotación y nula o escasa protección social.

(6) MONTUSCHI, L., (1997).

ciones. Esto pone un límite a las posibles demandas sindicales y da origen a un proceso de retroalimentación negativa. Crece el desencanto de trabajadores ya afectados por el desempleo que se muestran entonces reticentes a adherir a una organización que no puede resolver sus problemas. Esto reduce el poder e influencia de los sindicatos que deben entonces procurar desarrollar nuevas estrategias que, de algún modo, tiendan a justificar su derecho y capacidad para representar a sus afiliados y a toda la fuerza de trabajo. Esta actitud se convierte así en una cuestión de supervivencia. Y ello será cierto aun en el caso de países en los que los sindicatos gozaban de reconocimiento y ***status público*** con el derecho de ser los cuerpos representativos de los trabajadores en la negociación colectiva.

Pero también en los países y sectores florecientes la actitud de los trabajadores hacia el sindicalismo si no es de hostilidad es, al menos, de indiferencia. En ese caso los trabajadores parecerían tender a identificarse más con la empresa que con el gremio. La internacionalización de la actividad productiva y la exposición a mayores niveles de competencia en los mercados globales demandaban un esfuerzo de mayor productividad y competitividad. En estas condiciones se produjo naturalmente una suerte de coalición entre los sindicatos u otras organizaciones representativas de los intereses asalariados (7) tendiente a mejorar la productividad y la competitividad. En este caso se encontró una coincidencia entre los intereses de los trabajadores y de la empresa que llevó a la cooperación entre las organizaciones gremiales y el management. Esta cooperación se facilitaba con relaciones laborales descentralizadas y, en consecuencia, fue declinando la influencia de los sindicatos nacionales o de industria que ya no podían dar respuestas eficaces a las nuevas condiciones creadas por los cambios iniciados en la década del ochenta.

Sin embargo, se ha señalado que la mera descentralización de la negociación colectiva no debería ser interpretada como una causa de la inactividad en la política interna de los sindicatos. Pero, sería causa de ese comportamiento el hecho de que los miembros del sindicato buscaran integrarse a la empresa sobre la base de valores compartidos. Así, por ejemplo, se encontró que en el caso de la empresa Hitachi el sindicato se integró a la empresa sobre la base del valor "la empresa como comunidad" compartido tanto por los líderes como

(7) Como, por ejemplo, los consejos de trabajo.

por los miembros del sindicato (8). En un caso como el reseñado, la empresa estaría asumiendo el rol de una organización social, adicional a su papel tradicional de organización de tipo económico.

Todas estas circunstancias han obligado a los sindicatos a desarrollar nuevas estrategias. La Organización Internacional del Trabajo ha propuesto la siguiente categorización de los desarrollos observados en distintos países (9):

1. **Provisión de nuevos servicios**, tales como bolsas de trabajo, prestamos a tasas preferenciales, asistencia y consejo profesional, beneficios sociales suplementarios.

2. **Reclutamiento de nuevos miembros**, sobre todo mujeres, pero también jóvenes, trabajadores informales, trabajadores de cuello blanco, trabajadores con contratos laborales atípicos y desempleados.

3. **Expansión de la cooperación internacional**: esto está demandando un esfuerzo considerable por las lógicas diferencias culturales y de lenguaje. Sin embargo algunos cuerpos internacionales y varias organizaciones regionales han mejorado la coordinación de sus actividades. En algunos casos la presión de la opinión público ha llevado a la adopción de ***"códigos de conducta"*** que las empresas se han comprometido a cumplir y hacer cumplir a sus subcontratistas (10).

4. **Establecimiento de nuevas alianzas**: el trabajador no deriva su identidad sólo en función del puesto que ocupa, sino que la misma puede también originarse en su origen, sexo, religión, puntos de vista políticos, edad, o, al fin, del hecho de ser un simple consumidor. Por lo tanto, existen instancias en que el mismo puede verse impelido a integrarse a otras instituciones, tales como las ONG o asociaciones de consu-

(8) SUZUKI, A., "The Impact of the Decentralization of Collective Bargaining On the Internal Politics of Unions", *The Journal of Social Science* (International Christian University, Tokyo, Japan), Vol. 38, 1998.

(9) ILO, (1997).

(10) En abril 1997 empresas de confecciones de Estados Unidos (Nike, Reebok, LL Bean) concluyeron un acuerdo con sindicatos y movimientos de derechos humanos para implementar reglas básicas en materia de salarios y condiciones laborales a cumplirse en todas las plantas que tienen en el mundo. ILO (1997).

midores, que comparten con los sindicatos algunos objetivos en áreas tales como derechos humanos, políticas comerciales, defensa del medio ambiente. Ya se han desarrollado algunas acciones conjuntas en defensa de los sectores más desprotegidos de la población (11).

Enfrentado con los variados desafíos que han sido reseñados, debe señalarse que, en la mayoría de los casos, el sindicalismo ha comprendido que para sobrevivir deberá adaptarse. También ha aceptado que la mesa de negociación ya no puede constituir el foco exclusivo de la actividad sindical y que es necesario un cambio y una ampliación de su esfera de influencia (12). En la era de cambios rápidos y profundos que se ha iniciado, las estrategias defensivas no constituyen ya respuestas válidas.

Con el avance sostenido de las nuevas formas de organización del trabajo surgen otras cuestiones relativas a los fundamentos sobre los cuales se sostiene el actual sistema de relaciones laborales y la legislación que las regula. La mayoría de las regulaciones vigentes responden a esquemas desarrollados para un modelo de organización del trabajo que presuponía un empleo permanente para toda la vida activa del trabajador, con un sistema de seguridad social que respondía a iguales supuestos, con remuneraciones vinculadas al puesto y no a la persona y con un esquema de negociaciones con los sindicatos que no contemplaba la situación de aquellos trabajadores que hoy forman parte de esas nuevas estructuras laborales. Las nuevas prácticas relativas a la organización del trabajo han vuelto poco precisas ciertas nociones básicas de la relación laboral. El concepto de empleador se ha vuelto ciertamente más complejo ante las variadas formas de organización empresaria, la localización del empleo se ha diversificado, las prácticas relativas al tiempo de trabajo se han individualizado, han surgido nuevos criterios para las remuneraciones que tienden a sustituir los pagos basados en el tiempo de trabajo. Ya no aparece tan clara la distinción entre el trabajo asalariado y el autoempleo. En consecuencia, la legislación

(11) Así, por ejemplo, en los Estados Unidos la acción mancomunada de sindicatos y organizaciones religiosas, femeninas, de estudiantes y de consumidores, lograron en 1996 que una de las mayores empresas productoras de vestimenta en el mundo (The Gap) aceptara la responsabilidad por las condiciones laborales de sus subcontratistas en 47 países. ILO, (1997).

(12) OLNEY, S.L., (1996).

laboral vigente resulta obsoleta para contemplar situaciones que son cada vez más frecuentes.

Debe señalarse que uno de los efectos relacionados con las experiencias apuntadas ha sido el surgimiento de un sindicalismo de carácter transnacional, en el sentido de que puede emprender acciones a través de fronteras nacionales y, para ello, hacer uso de las nuevas tecnologías. También se han registrado experiencias de empresas multinacionales que se muestran dispuestas a negociar acuerdos con organizaciones sindicales de carácter internacional. El sindicalismo acepta que, en general, tales acuerdos no se habrán de referir a la cuestión de las remuneraciones, que aún habrán de diferir entre países y continentes. Pero tales acuerdos, que constituirán la base para construir el marco de un sistema de relaciones laborales globales, deberán asegurar que en todas las operaciones de las multinacionales se cumplan con los mismos estándares en materia de protección de la salud, seguridad y protección del medio ambiente (13).

Sin embargo, no todas las empresas multinacionales han mostrado una favorable disposición a realizar negociaciones con el sindicalismo internacional. En muchos casos existe una notoria inclinación a intentar prescindir de tal sindicalismo. Esto es fuente de conflictos que adquieren también un carácter globalizado por su difusión gracias a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (14).

(13) En ese sentido un avance significativo en las relaciones industriales internacionales estuvo dado por los acuerdos logrados entre la multinacional francesa de alimentos Danone y la IUF. En 1989 firmaron un acuerdo marco sobre requerimientos mínimos de información social y económica que los trabajadores y sus sindicatos debían conocer así como un acuerdo sobre igual tratamiento para hombres y mujeres. En 1991 IUF y Danone acordaron programas conjuntos de entrenamiento y en mayo de 1994 ambas organizaciones firmaron una carta considerada "histórica" por la cual Danone acordó garantizar el pleno ejercicio de todos los derechos sindicales reconocidos para todas sus operaciones en el mundo. Otros acuerdos significativos fueron firmados en 1996 y 1997. Otros acuerdos globales fueron logrados por ICEM, uno con la multinacional Statoil por el cual la empresa se comprometió a respetar las convenciones de la OIT. Otro con la industria química ICCA por el cual ICEM colabora con la empresa para que esta efectivamente pueda asegurar en todas sus operaciones en el mundo los más elevados niveles en materia de salud, seguridad y protección ambiental.

(14) Un caso ejemplificador es el de los conflictos suscitados en diversos países entre la empresa Río Tinto, la mayor minera del mundo que opera en 40 países, y los sindicatos agrupados en ICEM. Este caso también puede ser tomado como un ejemplo significativo de la utilización de Internet para una campaña que se desarrolla en varios países sede de filiales de Río Tinto y en el resto del mundo. www.icem.org/campaigns/rio_tinto/

CAPÍTULO V

LOS CAMBIOS EN EL MODELO DE RELACIONES LABORALES: IMPLICACIONES Y PERSPECTIVAS

Un análisis de varias experiencias en materia de relaciones laborales muestra un panorama por demás heterogéneo en cuanto a los alcances que han tenido los cambios en la organización del trabajo así como en la respuesta dada por los sindicatos frente a los nuevos desafíos planteados por los mismos (1). Es muy grande la variabilidad que se observa entre los distintos países en relación con las actitudes que las organizaciones gremiales han asumido en cuestiones tales como la flexibilidad funcional o polivalencia, la flexibilidad del tiempo de trabajo o duración de la semana laboral y la externalización.

No obstante, parecen surgir algunas tendencias comunes. En primer lugar, se observa que paulatinamente el nivel de las decisiones ha ido bajando al lugar de trabajo. Se observa también una creciente descentralización en las negociaciones colectivas que ha sido acompañada por la emergencia de un diálogo más directo y democrático entre los trabajadores y el management. Este diálogo parece excluir, en alguna medida, la participación de los sindicatos. En el nuevo paradigma organizacional no encajan bien las formas tradicionales de negociar que, en la mayoría de los casos, procuraban defender "conquistas de los trabajadores" que se contradicen abiertamente con los nuevos esquemas flexibles.

En la mayoría de los casos los sindicatos han asumido la necesidad de un replanteo en sus roles tradicionales y han tomado debida

(1) MONTUSCHI, L., 1997.

nota del impacto que los cambios técnicos y organizacionales tienen sobre la calidad de la vida laboral de sus afiliados. Como consecuencia de ello han procurado lograr nuevas formas de influencia sobre los mismos, con resultados diversos. Es cierto que en algunos casos han intentado oponerse a cambios que consideraban amenazadores para su propia existencia. Pero, en otros, adoptaron respuestas estratégicas que buscaban ampliar y profundizar su participación en un amplio rango de áreas y actividades. La mayoría parecen encontrarse en puntos intermedios entre los dos extremos. Del análisis realizado surgen algunos aspectos comunes en el nuevo accionar de los sindicatos.

Se observa un cambio o ampliación en las cuestiones que los sindicatos consideran como pertenecientes a su área de interés. Los problemas atinentes a la organización del trabajo y la elección de los procesos productivos habían sido siempre considerados como prerrogativas del management. En los casos en que se había buscado algún tipo de consenso o participación de los trabajadores ello se había canalizado a través de órganos de representación de los mismos en los lugares de trabajo, tales como los consejos de trabajo, sin intervención del sindicato. Hoy, los sindicatos buscan tener un papel más activo en los procesos de cambios técnicos y organizacionales y reconocen que su participación en las etapas iniciales puede influenciar la dirección y alcance de la decisiones que se adopten. Este es uno de los resultados derivados de varios estudios realizados en países de la OECD (2).

Otro aspecto en el cual existe una coincidencia de carácter bastante general es el referido a los niveles de negociación. Los cambios técnicos y organizacionales se implementan a nivel de empresa o planta y las negociaciones realizadas por rama o por sector, a nivel nacional, no pueden ejercer mucha influencia sobre los mismos. Es así como ha ido operando un gradual deslizamiento hacia negociaciones por empresa. Aun en países como Suecia y Alemania, en los cuales las negociaciones a nivel de sector o rama siguen siendo importantes, los sindicatos han buscado tener presencia en la implementación de sus políticas en el lugar de trabajo. Debe señalarse que continua siendo importante en Europa la tradición sindical de utilizar el campo político en procura de sus propios fines. Esto ha

(2) DANIEL, W.W., (1987).

asumido una nueva importancia también en países como Japón y Australia.

Esta ampliación de los tradicionales campos de interés de los sindicatos ha requerido también de un cambio en las relaciones con los empleadores. Las discusiones estratégicas sobre los cambios en la organización del trabajo no forman parte de los tradicionales procesos de negociación y demandan actitudes de cooperación y no de confrontación entre las partes. En algunos países, como Japón, Suecia o Alemania, el sindicalismo tiene una larga tradición en materia de relaciones cooperativas con los empleadores. Pero en otros, como en el caso del Reino Unido o de los Estados Unidos, esta tradición está ausente y ello ha requerido el desarrollo de todo un nuevo sistema de relaciones cooperativas que se ha convertido en parte integral de la respuesta estratégica a las nuevas formas organizacionales. En Australia se ha desarrollado un sistema tripartito de relaciones cooperativas entre sindicatos, empleadores y gobierno que ha contribuido de modo significativo a los objetivos de mejoras de largo plazo en el desempeño y la productividad.

Finalmente, debe notarse que el desarrollo de trabajadores polivalentes ha requerido de los sindicatos un replanteo de sus estructuras organizativas. El viejo sindicalismo que negociaba sobre la base de puestos estrictamente delimitados no parece tener lugar en un medio laboral donde los trabajadores desempeñan multitud de tareas y donde surgen con mucha frecuencia nuevas ocupaciones no cubiertas por las tradicionales estructuras sindicales. En general, parece tenderse a un sindicalismo de amplia cobertura a nivel de industria. Aun en países con negociaciones descentralizadas, como Japón y los Estados Unidos, los sindicatos han procurado organizarse en confederaciones ampliamente abarcadoras.

La principal conclusión que parece derivarse del análisis de variadas experiencias en materia de cambios en la organización del trabajo es que tanto los empleadores como los sindicatos se habrán de ver beneficiados por una actitud de participación activa en los cambios por parte de las organizaciones gremiales. Esto es cierto también en los casos en que el management promueve formas directas de participación de los trabajadores. Se ha señalado que el éxito de cambios organizacionales en un medio caracterizado por un compromiso activo de los sindicatos puede ser apreciado tanto

en términos de factores humanos como en términos de mejoras de la productividad y de la calidad del producto (3).

No obstante, no puede dejar de considerarse que todas las experiencias analizadas así como las tendencias observadas en la sindicalización (4) plantean serias dudas acerca del futuro de las organizaciones gremiales en un medio crecientemente indiferente a la pertenencia a este tipo de instituciones. Las elecciones estratégicas que deben realizar los sindicatos resultarán esenciales para su futuro (5).

En el caso de la Argentina se dieron desarrollos interesantes en la década del noventa que tenían mucho en común con lo observado para otros países. Los mismos indicaban una tendencia sostenida hacia formas más flexibles de organización de los mercados laborales tanto en materia de contrataciones, organización del tiempo de trabajo, remuneraciones, externalización. El decreto 470/93 procuró crear las condiciones adecuadas para facilitar negociaciones descentralizadas. Por el mismo se establecía que podía modificarse el nivel de negociación a petición de cualquiera de las partes signatarias de un convenio o de cualquier empleador o grupo de empleadores comprendidos por el mismo. A partir de la vigencia de tal decreto fueron aumentando los acuerdos realizados al nivel de empresa (6). Esta modalidad de negociación facilitaba, sin duda, la introducción de modalidades más flexibles en la organización del trabajo. Varias de estas experiencias iniciales han sido analizadas en un trabajo anterior (7).

---

(3) RYAN, R., (1992).

(4) MONTUSCHI, L., (1995).

(5) Resulta pertinente lo observado por Edwards *et al.* en este contexto: "Are unions passing from the scene, merely a temporary phenomenon in history of industrial capitalism? What will be the role of unions in the highly internationalized and competitive economy of the future? What strategies of unions have been most successful in meeting the challenges of their new circumstances?", EDWARDS *et al.* (1986).

(6) De acuerdo con el estudio de Aldao Zapiola et al. (1994) desde la vigencia del decreto 1334 el 17/7/1991 hasta la del decreto 470 el 23/3/1993 del total de 383 acuerdos negociados sólo 41, el 10,7%, lo habían sido a nivel de empresa o establecimiento. A partir de la vigencia del decreto 470 y hasta el 31/12/1993 esta modalidad de negociación mostró un crecimiento importante ya que, de un total de 128 acuerdos negociados 27, el 21,1% lo fueron de modo descentralizado.

(7) MONTUSCHI, L., (1997).

A partir de esos casos pioneros, y gracias a la estructura facilitada por el decreto 470/93 fueron avanzando los casos de convenios y acuerdos negociados para ser aplicados a nivel de empresa. Las cláusulas incluidas en los acuerdos que fueron adquiriendo importancia creciente, son típicas de este tipo de negociaciones: afectación del tiempo operativo en la jornada, distribución anual de las vacaciones, movilidad o polivalencia funcional y trabajo en equipo, reasignación de funciones y categorías, promoción y vacantes.

Si bien no cabe duda de que esta modalidad implica un avance considerable respecto de los anteriores acuerdos de carácter centralizado (por rama o por actividad), en casi todos los casos las negociaciones fueron realizadas con los sindicatos representativos de la rama o la actividad (8), mientras que a nivel de empresa se negociaban las condiciones de la vida laboral en el lugar de trabajo o adicionales sobre el básico de convenio. Es entonces en ese aspecto donde aún habrían podido producirse cambios hacia una ulterior descentralización (9). Lo cual no tendría porqué implicar una desaparición o declinación de los sindicatos. Puede señalarse al respecto que, en el caso de Australia, el uso de acuerdos de empresa estuvo estrechamente vinculado con la presencia sindical y con la existencia de estructuras formales que facilitaban la cooperación entre el sindicato y el management.

A pesar de ello, en ese país parece haberse producido cierta declinación de la tasa de sindicalización que, de acuerdo con la evidencia disponible, no debería ser atribuida al hecho de haberse generalizado la práctica de las negociaciones por empresa (10).

Ver cuadro en próxima pág.

(8) Tal como también fue el caso de Australia.

(9) El caso bastante reciente de Aerolíneas Argentinas arroja, sin embargo, una sombra de duda respecto de las ventajas de negociar a nivel de empresa con múltiples sindicatos representativos de distintos grupos de trabajadores de la misma.

(10) National Institute of Labour Studies, (1999).

CUADRO Nº 2

Convenios y acuerdos negociados según ámbito de aplicación

Período	Empresa	Rama	Actividad	Total
1991	18	41	38	**97**
1992	44	56	109	**209**
1993	91	39	88	**218**
1994	104	21	77	**202**
1995	125	4	67	**196**
1996	107	14	31	**152**
1997	167	10	31	**208**
1998	189	2	28	**219**
1999*	87	2	12	**101**
1999	185	..	..	..
2000	64	..	..	..
2001	128	..	22	**150**
2002	181	..	27	**208**
2003	338	..	..	..
2004	236	..	112	**348**
2005	365	..	203	**568**
2006**	413	..	236	**649**

* Primer semestre
** Hasta 3er trimestre
Fuente: Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo del MTSS

Debe notarse la actitud asumida por los empleadores en el curso de los noventa. Si bien es cierto que, en las décadas anteriores, un sindicalismo fuerte impuso sus condiciones y se opuso a muchas iniciativas empresarias en materia de cambios técnicos y organizacionales queda claro que, de acuerdo con casos analizados, y con la posible excepción de Siderca (11), cuando consideraron el momento propicio, las empresas tomaron decisiones en esta materia sin darle intervención ni a los sindicatos ni a los trabajadores a través de las comisiones internas. Esta actitud aparece también clara en las discusiones sobre reforma laboral en las cuales con las deman-

(11) Y también en el caso de esta empresa con limitaciones bien establecidas. MONTUSCHI, L., (1995).

das del sector empresario de negociaciones descentralizadas, que pueden ser justificadas, aparecía una no disimulada intención de prescindir del sindicato.

Una posición de confrontación con los sindicatos no parece ser la más conveniente en el largo plazo para el éxito de los cambios organizacionales que se proponen. Es cierto que parece haber emergido, en casi todos los países (12) una corriente que quiere minimizar o directamente eliminar los sindicatos del futuro panorama económico y social (13). Sin embargo, muchos de los argumentos en favor de la presencia de los sindicatos como actores en el proceso sociolaboral siguen teniendo completa vigencia y no pueden ser ignorados en términos de criterios de eficiencia o productividad (14). Es cierto también que el sindicalismo venidero deberá haber asumido los cambios producidos, y los que vendrán, y modificar sus objetivos, estrategias y estructuras para adaptarlos a las nuevas condiciones de las economías y a las nuevas características de la fuerza laboral (15).

Es importante destacar que las tendencias de los noventa, ciertamente positivas en algunos aspectos, parecen haberse revertido en esta primera década del siglo XXI, debido en parte a las particulares circunstancias políticas, económicas y sociales que se han dado en el país. Y ello es así a pesar de que los datos del Cuadro Nº 2 parecerían indicar la permanencia y aun el crecimiento de las negociaciones descentralizadas. De hecho se ha producido un resurgimiento del sindicalismo tradicional y de las prácticas que parecían haber sido definitivamente superadas, y, en consecuencia, las negociaciones salariales recientes se han sido centralizadas. Debemos considerar que los cambios de los noventa no marcaron una

(12) Australia parecería ser una de las pocas excepciones a esta tendencia.

(13) LEISINK, P., VAN LEEMPUT, J. y VILROKX, J., (1996).

(14) Resulta pertinente citar en este contexto a S.S. Juan Pablo II en su mensaje al Primer Simposio Internacional para representantes sindicales: "La demanda de mayor eficiencia es inevitable y legítima pero a condición de que no esté motivada sólo por la búsqueda de beneficios, sino que respete el trabajo como un bien que se ha de promover y compartir".

(15) Nuevamente parece adecuado citar a S.S. Juan Pablo II en el Simposio aludido cuando hizo un llamamiento a los gremialistas participantes a realizar "un replanteamiento del papel de los sindicatos y a una renovación del modo como representan la fuerza del trabajo".

nueva tendencia sino un desvío que fue prontamente corregido no bien las nuevas condiciones crearon un marco favorable para ello. La pregunta, sin respuesta por ahora, se refiere a la eventual sostenibilidad de un modelo que parece ir a contramano de las tendencias que se observan en el mundo.

Referencias Bibliográficas

ALDAO ZAPIOLA, C., HÜLSBERG, H.A. y JAUREGUIBERRY, C.E., *Productividad y negociación colectiva,* Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1994.

Business Decisions Ltd., 1 *New Forms of Work Organisation and Productivity, A Study prepared for DGV of the European Commission,* abril 1999.

Business Decisions Ltd., *New Forms of Work Organisation: Case studies,* European Commission, Directorate-General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs, junio 1998.

DANIEL, W.W., *Workplace Industrial Relations and Technical Change,* Londres, Frances Pinter, 1987.

EDWARDS, R., GARONNA, P., y TÖDTLING, F., *Unions in Crisis and Beyond. Perspectives from Six Countries,* Auburn House, Londres, 1986 .

European Comission, *The Social and Labor Market Dimension of the Information Society. People First - The Next Steps,* 1997.

FREEMAN, R.B., "The Changing Status of Unionism Around the World. Some Emerging Patterns", en *Organized Labor at the Crossroads,* Wei Chiao Huang (ed.), W.E. Upjohn Institute, 1989.

International Labour Office, *World Labour Report 1997-98. Democracy and Social Stability,* Ginebra, 1997.

International Monetary Fund, *World Economic Outlook,* "Globalization: Opportunities and Challenges", mayo 1997.

KYLOH, R., "Governance of Globalization: The ILO Contribution", International Labour Office, 1997.

LEISINK, P., VAN LEEMPUT, J. y VILROKX, J., *The Challenges to Trade Unions in Europe. Innovation or Adaptation,* Edward Elgar, Cheltenham, 1996.

MADRICK, J., "Is the New Economy New?" *WorkingUSA,* Vol. Nº 4, noviembre-diciembre 1999.

MARSHALL, A. y GROISMAN, F., "Sindicalización en la Argentina: Análisis desde la perspectiva de los determinantes de la afiliación individual", trabajo presentado al 7º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, ASET, Buenos Aires, agosto 2005.

MONTUSCHI, L., "Crecimiento, empleo y flexibilidad laboral", *CEMA Documento de Trabajo Nº 80,* diciembre 1991.

MONTUSCHI, L., "Objetivos de los sindicatos y militancia sindical. Tendencias y perspectivas con especial referencia al caso argentino", *CEMA Documento de Trabajo Nº 102,* marzo 1995.

MONTUSCHI, L., "Tendencias de corto y largo plazo del empleo en la Argentina", *CEMA Documento de Trabajo Nº 110,* 1996.

MONTUSCHI, L., "Tendencias recientes en las relaciones laborales y en la organización del trabajo. Análisis de experiencias con referencia al papel de los sindicatos", *CEMA Documento de Trabajo Nº 116,* mayor 1997.

MONTUSCHI, L., "Cambios en la estructura del empleo: de la industria a los servicios"", *CEMA Documento de Trabajo N 127,* marzo 1998.

MONTUSCHI L., "Perspectivas del empleo en los nuevos mercados laborales", *Academia Nacional de Ciencias Económicas,* Buenos Aires, 1999.

MONTUSCHI, L., "Perspectivas del sindicalismo en las economías globalizadas", *Academia Nacional de Ciencias Económicas,* Buenos Aires, 2000.

National Institute of Labour Studies, *The Transformation of Australian Relations Project, Executive Monographs,* Flinders University of South Australia, 1999.

OECD, *New Directions in Work Organisation. The Industrial Relations Response,* Paris, 1992.

OLNEY, S.L., *Unions in a Changing World. Problems and Prospects in Selected Industrialized Countries,* ILO, Ginebra, 1996.

ROJOT, J. y TERGEIST, P., "Overview: Industrial Relations Trends, Internal Labour Market Flexibility and Work Organisation" en OECD, 1992.

RYAN, R., "Changes in Work Organisation: The Response of Labour Movements", en OECD, (1992).

SACHS, J., "Globalization and Employment", International Institute for Labour Studies, ILO, Ginebra, 1998.

SUZUKI, A., "The Impact of the Decentralization of Collective Bargaining On the Internal Politics of Unions", *The Journal of Social Science* (International Christian University, Tokyo, Japan), Vol. 38, 1998.

TOWSEND, P., *The Future World of Work,* European Social Policy Forum, Workshop 1, 1998.

VISSER, J., "Union membership statistics in 24 countries", *Monthly Labor Review,* enero 2006.

WEBSTER, F., *Theories of the Information Society,* Londres, 1995.

World Bank, *World Development Report. Knowledge for Development,* Washington, septiembre 1998.

YATES, M.D., "The 'New' Economy and the Labor Movement", *Monthly Review,* Vol. 52, Nº 11, abril 2001.

Informe general

Por Raffaele de Luca-Tamajo
y Adalberto Perulli (*)

(*) Informe general presentado al XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, setiembre 2006. Versión española adaptada para la presente obra.

CAPÍTULO I

CAPÍTULO INTRODUCTIVO

SUMARIO: A. Caracteres generales de la descentralización de la producción.— B. Los retos de la descentralización al derecho del trabajo.— C. Las instituciones jurídicas de la descentralización productiva.— D. Las relaciones entre las empresas.— E. Una síntesis conceptual de las relaciones triangulares que presiden la descentralización.— F. El impacto sobre las relaciones individuales.— G. Impacto sobre las relaciones colectivas.

A. CARACTERES GENERALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN

Desde hace tres siglos, las ciencias sociales han presentado la sociedad como una "máquina" (siglo XVIII), luego tal un "organismo" (siglo XIX), y después un "sistema" (durante buena parte del siglo XX). Hoy en día, las representaciones de la sociedad que aparentemente prevalecen son aquellas del "laberinto" y de la "red" las cuales van definitivamente más allá del modelo capitalista del siglo veinte representado por la organización militar jerárquica descrita por Max Weber a finales del siglo XIX. La pirámide weberiana resumida por la metáfora de la "caja de acero", se ha vuelto una realidad estructural dominante tanto de cara a las instituciones como de cara a las grandes organizaciones económicas integradas verticalmente y articuladas funcionalmente. La militarización de la sociedad llevó sobre toda forma organizada de la vida civil introduciendo entre el Estado y la sociedad elementos unificadores que interesaban a los actores de la economía industrial así como a las instituciones civiles. La pirámide unificaba, centralizaba y concentraba. El Estado (social) también pudo tomar la forma de una pirámide burocrática y las trayectorias del poder público y de la empresa convergieron

hacia el modelo keynesiano-fordista cuyas cumbres coinciden con la figura de un Estado emprendedor, regulador e inversor.

En lo que se refiere a la organización, la estructura así como el funcionamiento de la empresa managerial clásica reflejan los del Estado. Se conceptualizaba la empresa como un casi-Estado cerrado y dotado de mecanismos de autoridad y de transmisión del mando; una tecno-estructura concentrada que llevaba a cabo la totalidad del proceso de producción en un edificio único y enorme. Por una puerta entraba la materia prima, y por la otra salía el producto acabado.

A finales del siglo XX, nuevos desarrollos económicos y sociales lanzaron un reto a la caja de acero weberiana tanto en lo que se refiere al frente de la organización del Estado (reactivación de poderes autónomos en el Estado, emergencia de la dimensión local, pérdida de poder a favor de campos de regulación supra o transnacionales), como al de la empresa la cual tiende a pasar de tecnoestructura integrada a una red extendida de unidades semiautónomas o autónomas con formas elásticas de coordinación. Ciertos analistas como Richard Sennet consideran que los factores decisivos de cambio intervinieron en el momento de la transferencia del poder de los directivos a los accionistas en las grandes empresas conllevando consecuentemente un dinamismo nuevo de los instrumentos financieros así como nuevas oportunidades de inversión. El desarrollo de un "capital impaciente" somete a la empresa a una presión inédita hacia la flexibilidad y el dinamismo, y esta disposición a desestabilizar su organización propia se considera de ahora en adelante como un factor positivo. El desarrollo de nuevas tecnologías de comunicación y de producción permite que la economía mundial deje la tierra para elevarse al cielo. El *lugar* va perdiendo importancia mientras la empresa gracias a la revolución informática se beneficia de nuevas formas de localización, de centralización y de control —una "vigilancia panóptica", tal como la llamó Michel Foucault—. El mecanismo de producción es objeto de dos formas de tendencias aparentemente contradictorias: en la cumbre del sistema empresarial en donde se decide de cuanto se refiere a la empresa, a sus finanzas y a su gestión, se ven procesos casi dictatoriales de concentración —bajo todas sus formas, que van del partenariado genérico a las mismísimas fusiones o adquisiciones de empresas— con la finali-

dad de promover empresas fuertes y dotadas de todo lo necesario para la competición global.

En la base de la pirámide, por lo contrario, se denota una intensificación de forma inédita de los programas de fragmentación organizacional y empresarial, con modelos de externalización y de *outsourcing* que penetran en cada vez más actividades de la empresa. Además, una empresa desverticalizada elimina el trabajo de rutina y ahorra al seccionar en los niveles funcionales de la base de la pirámide. En la reconstrucción de la ciencia de la organización, la liberación de la caja de acero se produjo gracias principalmente a límites evidenciados por una estructura organizacional compleja, organizada y articulada jerárquicamente. La rigidez burocrática, la lentitud de decisión, la disponibilidad de recursos a veces excedentes en cuanto se refiere a las exigencias reales y variables de la producción, la necesidad de entrar en competición en mercados globalizados, la exigencia de disponer de una estructura más flexible y menos burocratizada, orientada hacia la innovación han llevado a los mandos de la empresa a otra concepción de los dispositivos de gestión y de producción.

Hoy en día, la metáfora del laberinto y de la red son las que mejor reflejan la naturaleza de la empresa así como la naturaleza misma del trabajo en los intercambios y los flujos de producción y de circulación globales. Por eso, de ahora en adelante se habla de *network society* para indicar la difusión de uno o, incluso, de varios modelos organizacionales fundados en vínculos sociales y económicos alimentados por un nuevo *episteme* descentrado en el cual se hallan los valores de la apertura, de la conexión y de la *relazionalità* (*valores relacionales*). La ciudad, la empresa y el Estado que son las formas originales de la organización social, celebran paso de modelos centralizados y burocráticos configurados como castillos, a estructuras relacionales configuradas como redes en las cuales las conexiones y los nudos son más importantes que las jerarquías. La empresa evoluciona hacia modelos de federaciones de entidades autónomas, de casi-mercados, e *in fine*, según la formulación de las ciencias organizacionales post-fordistas, hacia sistemas de estudio (aprendizaje) altamente caóticos: "anarquías organizadas" y flexibles que valorizan la dispersión multinacional y la creación de "*eterarchie*". La empresa y con ella el trabajo, se asemeja a un *archipiélago* que asume la economía-mundo, forma estructuralmente

sin centro propio ya que está construida a partir de varios centros (grandes áreas regionales, metrópolis, distritos, nuevas naciones emergentes, etc.) y de los innumerables flujos que los unen.

Las palabras de este nuevo paradigma organizacional son: *externalización, tercerización, outsourcing.* Son términos de empresas que han decidido emprender de nuevo e ir más allá de la producción de masa, términos que hacen referencia a las transiciones de un paradigma instalado (la empresa fordista verticalmente integrada) que se están llevando a cabo hacia un paradigma emergente que no está completamente delimitado y que genéricamente se denomina post-fordista.

El nuevo paradigma presenta algunos rasgos fundamentales que revelan un cambio rotundo de la lógica de producción dominante en el transcurso del "siglo breve". Un primer elemento consiste en rebasar progresivamente la producción material mediante una producción que emplea más y más frecuentemente objetos virtuales (conocimientos, representaciones, relaciones), los cuales abren nuevas posibilidades a la producción de valor. La revolución informática ha abierto una era nueva en la cual la superioridad de la inteligencia, de la información informatizada y de los servicios en general tienden a reemplazar el carácter central de la herramienta, del trabajo manual y de las materias primas. Basta considerar que a finales del siglo XX más de la mitad de la población activa de los países industrializados está empleada en producir y gestionar datos e información. Un segundo elemento está vinculado a la sustitución de la lógica del control jerárquico por una lógica de gobierno de complejidad que utiliza el aumento de la variación y de la indeterminación como modo para generar valor y ventajas competitivos. Un tercer elemento tiene que ver con la obsolescencia de las geometrías espaciotemporales de la producción científica. Son descompuestas y recompuestas sobre bases nuevas con una ampliación de la división del trabajo en circuitos amplios y redes globales, y en el lugar de la centralización se establece una distribución amplia y difusa de las funciones productivas interconectadas que ocupan un espacio que tiende a ser fundamentalmente ilimitado.

En lugar de las conexiones materiales llevadas a cabo por el fordismo, la ingeniería post-fordista diseña modelos organizacionales desverticalizados, redes de producción que encuentran en el

territorio, más bien que en la organización de las fábricas, el factor fundamental de integración. Se interrumpe la cohesión vertical. La empresa es reducida a un núcleo de competencias básicas (el *core business*), y los productores de componentes, de máquinas y de servicios, quienes antaño formaban parte de una misma empresa integrada, ahora acuden a diversos clientes, a adjudicatarios, proveedores, sub-proveedores, trabajadores autónomos, etc. Así mismo, las diversas unidades de la empresa (taller, oficina de proyectos, distribución) recurren a trabajadores y competencias externas adquiridas en *outsourcing*. El modelo presenta pues el resultado de una opción metodológica en lo que se refiere a las modalidades de management/organización de la empresa post-fordista que pueden ser objeto de investigación desde el punto de vista de la justificación económica y social o desde el punto de vista de la morfología jurídico-institucional.

a) Las razones de esta evolución son complejas y se deben buscar en las estrategias empresariales de reorganización flexible de la producción. La estructura por redes permite que la empresa sepa exactamente cuales serán exactamente los costes del proceso de producción. Se trata de un nuevo espíritu del *buy* que se substituye al que domina en las fábricas verticales integradas en el *make* inspirado por las nuevas lógicas de recorte de los costes transaccionales más bien que de los costes de producción interna. Le empresa post-fordista concentra su producción en un *set* de *core competencies* es decir las actividades que componen el diferencial competitivo, y externaliza (deslocalizando en el extranjero) las actividades tradicionalmente integradas las cuales por naturaleza no son representativas de su especialización ni de su vocación industrial (funciones propiamente productivas a varios *corporate staff services*: asistencia jurídica, relaciones públicas, gestión del personal, *accounting*, investigación básica, mantenimiento, finanzas, *data center, call center*, etc.), según una fórmula capaz de reproducirse en cascada mediante una cadena de subcontratistas: de esta manera se reducen los riesgos, se optimizan los costes y se gana en flexibilidad.

En segundo lugar, el confiar parte del ciclo productivo a otra empresa permite obtener un bien final con mejor valor añadido ya que se eligió dicha empresa debido a su competencia específica y a su especialización debida al *know how* adquirido. De esta manera, la empresa es más reactiva a las demandas del mercado. En el caso

de una reducción de la demanda, la empresa tan sólo tendrá que reducir su demanda interna (los pedidos) a las empresas que tiene contratadas, sin que ello frene toda su organización ni se le acumule stock.

Cuando se examina este fenómeno, existen también razones financieras. Todos los segmentos o establecimientos de una empresa no tienen la misma tasa de ganancias. Si aislamos centros autónomos de costo y de beneficio, algunos tienen un buen rendimiento, otros presentan márgenes de ganancias bajos o inexistentes; para estos últimos, más vale externalizar sobre todo cuando el rendimiento económico es inferior al de una inversión en los mercados financieros de los recursos derivados de su inmovilización. Es decir, la lógica del mercado entra en la empresa y cada fase del proceso productivo se somete a una validación de rendimiento simulando los mecanismos del mercado. Consecuentemente, para cada segmento, se fragmentarán los establecimientos, virtualmente primero, y materialmente después.

Finalmente, se deberán estudiar las razones sociales sobre las cuales se ha fundado el nuevo modelo. Una cultura de dirección más sofisticada que parece haber asimilado los elementos generadores de la crisis del fordismo en la construcción de un nuevo proyecto de vínculo social capaz de otorgarle a la empresa una nueva legitimidad.

b) No obstante, la morfología del modelo no tiene todavía límites bien definidos que puedan dar lugar a una figura jurídica propia y verdadera. Por lo contrario, aparece como un recipiente en cuyo interior y según las combinaciones posibles en función de las excepciones, se mueven varias instituciones jurídicas reconocidas y reguladas de manera distinta por los diversos sistemas normativos respectivamente dedicados a reglamentar los diversos momentos del fenómeno, los que "expulsan" y los que "recompran". Es inevitable pensar en la transferencia de empresas, en el despido colectivo, en el despido individual por motivo económico, en lo que se refiere al movimiento centrífugo del péndulo.

Se piensa en las licitaciones, en la subcontratación, en la distribución, en el trabajo autónomo coordinado en lo que se refiere a la fase de internalización por parte del empresario, del resultado

producido anteriormente en la empresa y luego externalizado. En una perspectiva conexa podemos evocar los mecanismos de composición/descomposición de la realidad económico/productiva a través del paradigma del grupo empresarial el cual no reclama ni la pérdida total de autonomía de la empresa vinculada, ni la centralización total de los procesos de decisión, para ser compatible con una forma de *empresa reticular* que se lleva acabo a través de vínculos más bien jurídico-contractuales que económico-empresariales.

El mecanismo de externalización evidencia pues la multiplicidad directriz operacional en la cual se acumulan instrumentos técnico-jurídicos así como procesos económicos diferentes.

b1) En primer lugar, la externalización puede abarcar fases de expulsión y fases de *insourcing.* En resumidas cuentas, la actividad "dada fuera" se puede recomprar mediante contratos comerciales lo cual se puede describir como un desarrollo en dos fases, distintas según un punto de vista lógico y jurídico, pero coordenadas desde un punto de vista temporal y funcional. En la primera fase (externalización), la empresa cede a un tercero parte de ella misma (un segmento del establecimiento), constituido de edificios, máquinas, saber-hacer, y de personal. En la segunda fase, por contrato, la misma empresa vuelve a adquirir del cesionario el bien, el trabajo o el servicio producido para agregarlo de nuevo a su propio y complejo proceso productivo. Así es como se determina una sustitución progresiva de la producción interna mediante adquisición externa de bienes o de servicios realizados por terceros que gestionan ellos mismos los riesgos propios, pero a menudo mediante utilización de los mismos factores de producción que aquellos precedentemente empleados por el cedente.

b2) Además, la externalización se caracteriza por la tendencia que tiene la empresa a conservar algunas de las actividades de su *core business,* es decir del núcleo de competencias específicas excelentes. La empresa encarga a terceros cada vez más segmentos productivos en relación no tan sólo con las fases meramente auxiliares de la actividad principal, sino también cada vez más funciones centrales y delicadas muy cercanas al corazón del proceso productivo primario. Se desarrolla entonces el proceso hasta darle a la gran empresa ya no un papel esencialmente de producción directa, sino

de gestión del mercado, de investigación y de innovación, de *general contractor*, es decir de mera coordinación de los resultados productivos de las otras empresas subcontratadas. En esta perspectiva, esto me recuerda un poco la historia proto-empresarial del mercante del siglo XV, Francesco di Marco Dantini, y de su holding con filiales por media Europa, o la del mercante capitalista quien, en la fase de la industrialización, vinculaba empresas artesanales dotada cada una de organización y empleados propios, y que comercializaba el producto acabado mediante el *outsourcing* de actividades y funciones diversas. Hay que decir (y jurídicamente es importante), que a menudo las actividades descentradas ofrecen una tasa baja de estructuras materiales. Esto explica la función empresarial relativa, sobre todo en la utilización de bienes inmateriales, o en momentos de pura organización de la utilización de la fuerza de trabajo (se piensa en los servicios de asistencia informática, en la actividad de investigación, en el estudio de proyectos, en el marketing, en la elaboración de datos, en la producción de software, así como en los tradicionales servicios generales) con un redimensionamiento correlativo de los elementos (equipos, implantaciones) que tradicionalmente identificaban a la empresa.

Todo esto produce una desverticalización que rompe los grandes ciclos integrados y autonomiza el *business unit* de la empresa, hace la apología del trabajo autónomo, dándoles así un espacio a los proveedores externos especializados. Las empresas se vuelven flexibles visto que soportan menos inversiones de cara a conocimientos específicos. La empresa fordista explota distribuyendo así sus diversas operaciones en el interior de la red. El mercado del trabajo se presenta de manera muy segmentada y funciona por círculos concéntricos o coronas sucesivas. El núcleo de trabajadores estables no siempre representa el corazón profesional de la empresa, así como los gabinetes profesionales en los cuales los únicos asalariados subordinados desempeñan funciones de secretariado, los profesionales operan como *partners* o consultores. A través del suministro de obligaciones entre sujetos autónomos, que pueden ser trabajadores independientes, cooperativas de trabajo, pequeñas o medias empresas, *business units* de una gran empresa con una especialidad propia, etc., el gran monolito fordista tiende a fragmentarse en multitud de estructuras con mayor o menor autonomía económica y funcional.

b3) Por otra parte, la modificación de esta organización toma la forma de una "tercerización interna" efectuada a través de la cesión

a terceros de partes del proceso productivo el cual permanece *intra moenia* en el perímetro de la empresa comitente, utilizando el mismo entorno tecnológico y material, y el mismo capital humano. Este fenómeno abarca la descentralización jurídico-funciònal así como la exigencia opuesta de contigüidad espacial de las producciones. Estas formas de deslocalización internas a la fábrica pueden interesar no tan sólo una actividad secundaria y marginal (tal las empresas de limpieza, de mantenimiento o de transporte), sino también funciones centrales que atañen el corazón del sistema productivo. Por ejemplo, se cederá una línea de producción a una empresa tercera la cual la gestionará. De esta manera, las profesiones concernidas por el fenómeno permanecen "internas" a la organización y persiguen las finalidades de la empresa a pesar de la externalización jurídico-contractual de segmentos del ciclo productivo. El resultado más visible de estas operaciones es la presencia de una pluralidad de estructuras empresariales y de sus asalariados respectivos en una misma unidad productiva cuya morfología se vuelve semejante a una estructura aeroportuaria con multitud de empresas u organismos vinculados a actividades complementarias e incluso a veces co-esenciales al proceso productivo o de gestión primario.

b4) Las situaciones descritas hasta este momento conciernen a la externalización organizacional o externalización de actividad o de *business*. Pero los procesos de descentralización, en el sentido amplio, incluyen también la contratación de la fuerza de trabajo los cuales forman parte íntegra del concepto de *insourcing*. Los fenómenos de trabajo temporal, de la distribución y del *staff leasing*, en constante expansión en todos los países, y otros tal el destino provisional y el *staff sharing* vistos desde un punto de vista organizacional, reflejan la construcción de mercados externos del trabajo listos para ser utilizados según las exigencias variables de la empresa por alguna de las formas contractuales mencionadas anteriormente. Estas formas contractuales pueden servir estrategias para re-inicializar *sub specie* formas de empleo fuera de los estándares o atípicas mediante aportes de trabajo que de otra manera implicarían contratos de trabajo subordinados clásicos. Aquí, no es la producción que se encuentra descentralizada sino la función de contratación del personal así como el titular de la relación de trabajo. Esta aspecto de descentralización productiva se ve reforzado por una flexibilidad interior cuyos vínculos con los procesos de externalización quedan muy claros (véase más abajo).

B. LOS RETOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO

Los cambios descritos en la arquitectura organizacional tienen repercusiones jurídicas muy importantes que conciernen en primer lugar las formas y la dislocación del poder patronal y ponen en tela de juicio categorías conceptuales así como normas del derecho del trabajo importantes. Por ello conviene mantener especial atención en lo que se refiere a un material en equilibrio inestable entre los fenómenos de racionalización de la producción y el recelo histórico hacia los procesos de desarticulación de las estructuras empresariales.

Es fácil entender en el acto que los procesos de externalización alteran el marco de referencia de las normas y de las construcciones del derecho del trabajo al plantear, en función de las orientaciones doctrinales, por una parte el problema de la obsolescencia o del exceso de vínculos en el interior de las empresas, por otra, de la exigencia de una modificación o de un reforzamiento de las protecciones tradicionales de los asalariados para que sean más adecuadas y eficaces. Es decir que, en presencia de las metamorfosis del capital, las normas del derecho del trabajo se encuentran en el centro de presiones diversas y divergentes que pueden dirigir hacia tal rumbo o tal otro en función de intereses opuestos, y posponiendo la validación del delicado equilibrio entre la exigencia de no penalizar *a priori* las operaciones de reorganización del sistema productivo y los objetivos de protección de los asalariados.

El derecho del trabajo, construido en el marco del modelo de la gran empresa integrada, no podía permanecer indiferente y no reaccionar frente a las estrategias de descentralización. Una sospecha que de hecho se atenuó cuando apareció una forma funcional y no fraudulenta del recurso a las externalizaciones, y en cierto modo esencial a la actual fase de desarrollo de las economías capitalistas avanzadas. Así, la legislación del trabajo, se orientó más o menos según los países, hacia una distinción de las hipótesis de descentralización ficticias de las sinceras, y hacia la salvaguardia de los derechos de los asalariados en vez de intentar poner obstáculo o penalizar *a priori* las opciones empresariales de segmentación del ciclo.

Estos procesos de externalización de la actividad económica le imponen al jurista que elabore nuevos esquemas cognitivos y de

interpretación para poner en sintonía los datos normativos y los cambios sociales. La empresa tiende a cambiar su propia forma de organización. Una red segmentada recta comprende relaciones negociadas, la organización se hace más y más inmaterial y ligera, calificable de nuevo de manera contractual por una red de contratos comerciales y de trabajo interdependientes, llevando a la empresa a coordinar los diversos factores y flujos de producción en una óptica de "autonomía controlada". La permanencia frecuente *intra moenia* de las actividades terciarizadas provoca tensiones entre las categorías jurídicas consolidadas, modeladas sobre el doble estereotipo de la titularidad de la unidad productiva por una sola empresa (y así la exposición a un solo poder de dirección) y de la coincidencia entre las fronteras de la empresa y las jurídico-empresariales (mientras la empresa en red se compone de un *network* de sujetos jurídicamente distintos). En consecuencia, los procesos de externalización ponen directamente en tela de juicio las instituciones fundamentales del derecho del trabajo, cuya racionalidad normativa se encuentra afectada por este guión cambiante y factual. Por otra parte imponen exigencias de regulación de los campos tradicionalmente externos a la esfera del derecho del trabajo, pero de ahora en adelante definitivamente inscritos en un horizonte de reflexión laboralista. Nuevos y antiguos problemas se entrecruzan en una doble perspectiva en la cual la evolución estratégica y estructural de la empresa se convierte en un factor determinante para analizar los procesos normativos, con un impacto sobre los sistemas jurídicos destinado a intensificarse, pero, al mismo tiempo, los vínculos institucionales y normativos existentes condicionan a su vez la estructura y la estrategia de la empresa.

Así es posible individualizar por lo menos tres microáreas de investigación.

1) La primera considera propiamente las relaciones entre la racionalidad económica y la forma jurídica, y remite a las articulaciones tipológicas de la descentralización productiva, a los instrumentos normativos de los procesos de externalización, y al modo por el cual el derecho contribuye a configurar el fenómeno económico-organizacional. En realidad, al contrario de lo que pretende la teoría económica clásica que integra la empresa en el interior de un esquema conceptual sin valores —un mero algoritmo que asocia *input* y *output*—, la empresa no se mueve en un espacio exento

de regulación, no resulta de una auto-organización espontánea del mercado, ni es una adaptación recíproca y espontánea entre actores económicos. La lógica económica de la empresa, centrada en valores de eficiencia, de productividad y de reducción de costes, debe enfrentarse a la racionalidad jurídica centrada en la protección de valores no económicos en relación con los derechos sociales fundamentales, en lo que al derecho del trabajo se refiere. Por esta razón, la descentralización productiva, con respeto a la regulación jurídica del fenómeno, establece sobre todo mecanismos de protección en contra de *interposiciones fraudulentas.* Esto plantea el problema de la sinceridad de la operación económica. El carácter reducido del ciclo productivo y la misma disposición topográfica de las externalizaciones (además incluso, como lo vimos anteriormente, en el interior mismo de la organización), se pueden interpretar como indicaciones de poca consistencia y autonomía empresarial del contratista.

En resumidas cuentas, el campo en donde se plantean los clásicos problemas de la *legalidad de las prácticas de descentralización productiva,* que se pueden resumir por límites previstos o previsibles de la deslocalización productiva, va desde las históricas preocupaciones de contraste de los fenómenos patológicos de intermediación y de interposición (el *regateo*) en el mercado del trabajo, hasta las ambigüedades actuales de las normas relativas a la transferencia de empresa, las cuales, pensadas inicialmente para garantizar la conservación del valor de intercambio y del complejo transferido, se convierten hoy en día en un vector de la realización de un interés, en cierto respeto, opuesto, es decir la desagregación de la empresa a través de un programa de *reegineering* cuyo objetivo es hacer que la empresa adelgace, concentrándola sobre su *core business.*

Además, parece que es hora de que estos fenómenos de organización no se prejuzguen desfavorablemente. Se debe establecer una distinción clara entre los procesos de especialización flexible del aparato productivo respeto a la fisiología de las relaciones económico-sociales, y los fenómenos de descentralización simulada o fraudulenta que quisieran prescindir de las garantías laborales inscritas en el sistema jurídico. Estos fenómenos se caracterizan por la presencia de seudo contratistas, sin ninguna consistencia económica u organizacional y que a menudo representan una cadena de

subcontratistas cuyos últimos anillos efectúan el trabajo peligroso y sumergido, o delegan a terceros las meras operaciones de adelgazamiento de la empresa. Generalmente, estas empresas interpuestas son de tamaño modesto y lo más a menudo, son "mono-comitentes", con todas las consecuencias que esto implica hacia la empresa madre en términos de dependencia económica. Por lo contrario, se dan casos "virtuosos" en las economías más maduras y prósperas en las cuales la descentralización no se ha fijado como meta la supresión de las garantías de los asalariados, sino tan sólo la optimización de la organización productiva. A menudo estas experiencias registran un fuerte crecimiento de la dimensión de las empresas contratistas, a tal extremo que, como ocurre en los EEUU, se constituyen entidades gigantescas especializadas en servicios a empresas y que a veces incluso integran una forma diversificada con el fin de ofrecer un conjunto de prestaciones (por ejemplo, el *global service*). En estos casos, la segmentación del proceso productivo no parece ser motivada por exigencias de costes inferiores sino por razones de eficiencia cualitativa del servicio prestado.

2) La segunda área de investigación concierne un aspecto fundamental de la deslocalización que tiene más que ver con la *estrategia jurídica* implícita de los fenómenos de externalización que con las razones técnico-organizativas vinculadas, y que puede ser descrita en términos de beneficio social —por parte del actor económico— de la autonomía del sistema jurídico o en la utilización de los centros de responsabilidad jurídica como factor constitutivo de la organización flexible, desverticalizada y reticular. La gran empresa puede beneficiarse de la externalización gracias a la posibilidad de interponer el diafragma de la personalidad jurídica inducida por la reflexividad del sistema jurídico entre ella y los ex asalariados, para transferir estratégicamente a la empresa contratista o al proveedor los riesgos económicos vinculados a las fluctuaciones del mercado y a la gestión de la fuerza de trabajo. Es conocida la dificultad del derecho del trabajo (pero no tan sólo de esta rama del derecho), ocupado por el esfuerzo de individualizar a un empleador responsable, para entender exactamente la sustancia de las relaciones entre empresas integradas más allá de la formulación jurídica que impone considerar una realidad autónoma.

Puede que sea pertinente ahora llevar a cabo algunas reflexiones doctrinales. La doctrina se ha preocupado mucho de la noción

de grupo de empresas. Ha puesto de relieve la asimilación entre grupo y concentración/centralización y ha individualizado este fenómeno como una forma variable y modulable de flexibilización del concepto mismo de empresa y de empleador (*datore di lavoro*), ofreciendo la ventaja de ser utilizable tanto para centralizar como para descentralizar los lugares de toma de decisiones en el seno de la empresa, de tal manera que los criterios de imputación jurídica de las relaciones laborales pierden, por lo menos del lado patronal, su tradicional carga de estabilidad y de certidumbre.

Richard Sennet escribió recientemente que la desigualdad es ahora el talón de Aquiles de la economía moderna. Sobre todo en las formas de descentralización formal caracterizada por vínculos funcionales y operacionales entre la empresa y su red exterior (pudiendo ser descrita como una relación entre un centro de decisión y una periferia no completamente autónoma), la externalización le permite a la unidad central gobernar la periferia en modo bien determinado, por lo cual la eliminación de los niveles intermediarios elimina la cadena de la comunicación del poder empresarial, y la empresa puede controlar mejor los procesos de producción y de trabajo que se desarrollan en ella por mecanismos de coordinación contractual. La distancia, no geográfica sino jurídica, inducida por los mecanismos de descentralización entre el centro y la periferia, entre el centro de ganancias y de poder y el trabajo diseminado a lo largo de la cadena, puede *por un lado,* llevar a un aumento de la desigualdad de las condiciones de trabajo (aumento de la flexibilidad y de la precariedad, véase más abajo) y *por otro,* le va quitando cada vez más responsabilidad al centro. La descentralización y los acuerdos contractuales que la sostienen ponen en tela de juicio el tema de la transferencia del riesgo, el cual constituye un criterio importante de legitimidad o de ilegitimidad de la operación económica, ya que no hay que olvidar que los acuerdos contractuales destinados únicamente a trasladar los riesgos internos hacia terceros consienten un ahorro ilegítimo de los costes. La empresa principal (la que externaliza) debería en algunos casos ser considerada como única responsable. Por otro lado, la cuestión de la transferencia del riesgo afecta también a las figuras más "virtuosas" de la externalización, en el sentido que, si es cierto que el contrato de trabajo se puede concebir como un acuerdo para el reparto de los riesgos, la descentralización productiva opera seguramente una redistribución de los riesgos, la cual debería en principio, tener como consecuen-

cia una redistribución de la responsabilidad, no sólo en las formas de solidaridad obligatoria de tipo indemnización *ex post* —que garantizan al trabajador-acreedor una pluralidad de deudores, como sucede para los créditos del trabajador en los procesos de licitaciones y de transferencia de empresa—, sino también en las formas de un verdadero y propio *co, o pluri 'datorialità',* cuya finalidad es recomponer una geografía diseminada y descompuesta a lo largo de la nueva cadena de valor. Se evidenciaron hipótesis similares de recomposición en la teoría del *polycorporatist network* como único *corporate actor* en hipótesis específicas. Los sistemas de *common law* conocen así la responsabilidad de la *principal enterprise,* para los riesgos vinculados al entorno de trabajo con respeto a los asalariados del *contractor (affiliated companies)* o en el caso de grupos de empresas en las cuales el juez puede levantar el velo y cualificar dos o más empresas formalmente independientes como *associated employer.* Los sistemas de *civil law,* como en Francia, permiten en algunas hipótesis de regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, "ir más allá en cierta medida, del marco estricto de la personalidad moral", individualizando reglas de atribución de la calidad y de la responsabilidad del empleador a una pluralidad de sujetos jurídicamente diferenciados, sea en los fenómenos de grupo, sea, por extensión, en casos de externalización (transferencia de empresa, subcontratación) cada vez que entre el cedente y el cesionario/contratista se verifica una mezcla de las atribuciones y una ingerencia del primero en la gestión del segundo. Los recorridos de recomposición que se pueden describir como senderos embrionarios ininterrumpidos por la dificultad de identificar los criterios seguros de justificación de la corresponsabilidad, podrían desembocar favorablemente gracias a la acción sindical, si esta no fuese puesta en tela de juicio por el proceso que debiera regular. En efecto, el plan de las instituciones contractuales colectivas debe también ser considerado susceptible de una evolución problemática de la acción contractual colectiva clásica hacia formas de micro contratos colectivos, o incluso directamente de individualización de los contratos (véase más abajo 1.6). Los fenómenos de recomposición son particularmente problemáticos para las empresas en red en un sentido estricto (unidad de vínculo voluntario, revocable y no implicando participación financiera), o, como fue observado recientemente, "estas nuevas formas de organización permanecen esencialmente como un desierto para el derecho del trabajo y la negociación colectiva".

3) El nuevo modo de concepción de la organización y las nuevas modalidades de conexiones reticulares posibilitan lo que llamamos en lenguaje empresarial, la simplificación (*delayering)* de las instituciones. Al externalizar las funciones hacia otras empresas, y al deslocalizar otras, la empresa puede eliminar niveles jerárquicos y funciones en el interior de la organización. El efecto es doble y cuestiona la problemática de la calificación de las relaciones de trabajo reconfiguradas en la nueva geografía diseñada por la descentralización, y los temas de articulación y de modulación de las protecciones, en gran parte construidos sobre un sistema binario basado en la exclusión de cada garantía para todas las formas de actividad de trabajo que no se pueden cualificar de trabajo subordinado.

La "*causalizzazione*" del trabajo inducida por los procesos de descentralización concierne, de hecho, bien al recurso a prestatarios ocasionales, independientes, subcontratistas, que dibujan una geografía del nuevo trabajo autónomo (los analistas ponen en esta categoría a los profesionales de los *network* globales hasta nuevas áreas de vulnerabilidad y de desclasificación a la periferia de las estructuras sociales), bien a la estructura interna que afecta al asalariado subordinado, con un aumento a plazo de los contratos precarios, de la sumisión de la mano de obra, de los trabajos atípicos. El efecto producido es el de una desestructuración del trabajo subordinado clásico, que se puede resumir en la fórmula "crisis de la subordinación" o "nacimiento de un trabajo autónomo de una nueva generación" (véase más abajo § 1.3.5).

Aquí tampoco el análisis no debe descartar *a priopri* la novedad. Hay que buscar soluciones de moderación que tomen en cuenta los factores positivos de los esquemas de descomposición de la empresa, valorizando la especialización flexible y la lógica de filial, y que garanticen a la par la reducción progresiva de los riesgos de flexibilización incontrolada y de precarización del trabajo que puede ser inducida por la descentralización. La empresa post-fordista, basada en vínculos jerárquicos débiles o en conexiones entre *links* de la red, genera su propia flexibilidad organizativa al utilizar prestaciones de servicios deducidas bajo forma de contrato de trabajo coordenado, de empresas, de subcontratistas, de *outsourcing*, etc., en un guión en el cual las distinciones entre las tipologías de negociación y las cualidades subjetivas de los co-contratantes son a cada vez menos definidas, y por ello plantean la necesidad de intervencio-

nes correctivas de las situaciones de debilidad económicocontractuales entre sujetos, más allá de las tradicionales distinciones entre subordinación y autonomía. Con la cuestión de las fronteras de la empresa se plantea, pues, el tema de la dependencia económica a lo largo de la cadena de valor, sobre todo en las relaciones de casi-integración, tema que abre nuevos horizontes de investigación.

C. LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Desde un punto de vista jurídico-institucional, el fenómeno de la descentralización productiva no es una *tabula rasa.* El derecho del trabajo y sus instituciones representan a la vez instrumentos de organización y de regulación de la descentralización productiva, la cual se puede articular a través de mecanismos y de técnicas distintas que varían de un país a otro, y a menudo muy diversificadas aún para un mismo territorio, e incluso a veces en una misma empresa. En lo que concierne el aspecto jurídico, el fenómeno de la descentralización se presenta en primer lugar, según una orientación frecuente de las cortes supremas, como una manifestación de la libertad de iniciativa económica, que figura en la mayor parte de las constituciones (artículo 41 de la Constitución italiana, artículo 38 de la Constitución española, artículos 14, 17 y 19 de la Constitución argentina, etc.). A la par, la función tradicional del derecho del trabajo consiste en equilibrar adecuadamente estas libertades con los derechos de los trabajadores. Estos también se reconocen a nivel nacional constitucional, a nivel de ámbitos regionales supranacionales (Comunidad Europea), y a nivel internacional (OIT). Por lo tanto, las transformaciones socio-organizativas de la empresa y el rumbo que toman no representan hechos socialmente neutros, tal y como se describen a menudo, en una óptica de determinismo tecnológico. La organización no es tan sólo el resultado de una acción organizacional, sino que es sobre todo la acción organizacional misma, es decir el ejercicio del poder empresarial. Un poder cuya limitación, reglamentación y combinación son históricamente las finalidades del derecho del trabajo, y que también combina con exigencias diversas.

De manera general, refiriéndose a todos los países examinados, se puede decir que tras un siglo caracterizado por una organización

industrial tendiendo hacia la integración vertical de la producción, se asiste hoy en día desde hace más de veinte años, a un fenómeno de desmembramiento de los grandes complejos industriales, apoyado por una estrategia empresarial orientada hacia la sustitución de las relaciones subordinadas por redes contractuales de tipo comercial (*subcontracting, franchising, concessions, etc.*). En la nueva economía, los sistemas de organización de la empresa y los sistemas de colaboración internos y externos pueden ser de naturaleza distinta, articulándose a través de vínculos más o menos intensos, más o menos institucionalizados, más o menos estables. De la misma manera, se presentan en forma diferenciada las relaciones jurídicas que unen entre ellas las empresas que conservan, al menos a nivel de la personalidad jurídica, una autonomía propia.

Estos vínculos contractuales, que implican también al derecho civil y al derecho comercial, así como al derecho administrativo cuando las externalizaciones conciernen al sector público, se desarrollan habitualmente en ámbitos totalmente externos al derecho del trabajo, huyendo a menudo de su aparato normativo.

A pesar de la ausencia de cifras o de estadísticas precisas, el fenómeno de la descentralización se desarrolla en todos los países estudiados, con un crecimiento intenso, en estos últimos años, de intensidad y de geometría variables, modificando las particularidades territoriales, económicas y normativas de todos los sectores productivos. Procesos de externalización de segmentos se verifican en los sectores públicos y privados, aun para las actividades auxiliares o accesorias —sean de bajo valor añadido como la vigilancia, la limpieza, la restauración colectiva, los trasportes, sean de alto valor añadido, como el marketing, los servicios informáticos, comerciales y financieros—, pero también para las actividades constitutivas de una parte importante de la actividad principal de la empresa. A veces, la progresiva centralidad de lo inmaterial llega hasta el punto de convertir en estratégica la única valorización —y el control que conlleva— de un mercado, mientras la producción material puede volverse marginal, pudiendo ser, en teoría, completamente externalizada. Retomando una reflexión de Emmanuel Dockès, parece posible decir, hoy en día, que la hipótesis de una empresa sin producción, ni asalariados, dueña de marcas y que tan sólo firmase contratos con los productores por una parte, y con los comerciantes por otra parte, ya no es una hipótesis de escuela.

C.1. Si la fase expulsiva no contempla renunciar al segmento productivo, sino confiárselo a un sujeto autónomo presente en el mercado, o recientemente constituido, la externalización se efectúa mediante un instrumento jurídico principal, la *transferencia de empresa o de rama de empresa.* En este caso existe una serie de disposiciones relativas a la sucesión de contratos de trabajo y al mantenimiento de los derechos de los asalariados en nombre del principio de insensibilidad de la relación de trabajo a los avatares vitales de la empresa. El recurso al procedimiento de transferencia de empresa es la consecuencia directa de la calificación de la operación expulsiva, cuyas bases y cánones interpretativos resultan de las jurisprudencias y de las doctrinas nacionales, o también para los países europeos, de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la definición normativa de la directiva 2001/23/CE del 12 de marzo de 2001. Por otra parte, los mecanismos de protección previstos por el derecho del trabajo tienden en ciertos casos a sufrir una inversión paradójica de sus finalidades, especialmente cuando los procedimientos de transferencia de empresa adquieren una función expulsiva que consiente en despedir automáticamente a los asalariados de la rama cedida sin su consentimiento y sin que se observe el procedimiento de despido colectivo por exceso del personal. Esto cuestiona de manera crítica el control de los tipos de excepciones, es decir la evaluación de la congruencia entre la forma jurídica de la transferencia y la realidad económico-organizativa de la externalización para averiguar las características de la entidad económica transferida. Una alternancia de interpretaciones flexibles o más rigurosas en lo que concierne a las cualidades (en particular, la autonomía funcional o la gestión de la unidad económica, que esta sea principal o secundaria) extienden o restriñen el campo de aplicación del proceso, amplificando o limitando el efecto automático de la externalización.

C.2. Al lado de normas, que de una manera u otra, facilitan la descentralización de los procesos productivos (especialmente por la flexibilización de reglas de transferencia de la empresa y de licitaciones), se encuentran otras disposiciones cuya característica es liberalizar las posibilidades para el empleador de actuar con otros asalariados, es decir de utilizar y de dirigir en el interior de su propia organización productiva trabajadores dependientes de otros empleadores, sin asumir todas las responsabilidades patronales. Se piensa en el suministro de mano de obra en sus múltiples variantes

y en el destino provisional. Estas instituciones que no respetan los principios de base del derecho del trabajo —el cual postula la imputación de la relación al que dirige y organiza a los asalariados utilizados en su empresa— dan lugar a una escisión entre la utilización y la dirección de la actividad de trabajo (garantizada por la empresa usuaria en beneficio del trabajador con destino temporal) y la titularidad de la relación (que permanece en manos de la empresa la cual gestiona al trabajador con destino temporal). Esto provoca derogaciones evidentes respeto a la prohibición de mera interposición o de alquiler de los trabajadores que se encuentra en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Progresivamente, el trabajador se asimila a los demás medios de producción. Así como para el capital, las herramientas o las fábricas, procuradas por contrato, el empleador encuentra la fuerza de trabajo no mediante una relación de dependencia directa, sino a través de las formas de integración del proceso productivo diversas del contrato de trabajo asalariado subordinado (alquiler, préstamo, trabajo subordinado, etc.).

Entre estas modalidades de empleo se encuentran en particular los suministros *de mano de obra (somministrazione di mano d'opera)*. En la mayoría de los casos, el derecho nacional y la doctrina laboral hablan de trabajo temporal, ya que el recurso al suministro de mano de obra es legítimo para satisfacer exigencias temporales de la empresa usuaria. Pero, ciertos ordenamientos jurídicos pueden prever el recurso a tal mano de obra por un plazo indeterminado, por ejemplo en el caso del *staff leasing* en EEUU, o de la *somministrazione a tempo indeterminato* recientemente introducida por el legislador italiano mediante el decreto-ley n° 276/2003, el cual implementa una ley delegada en materia de reforma del mercado del trabajo de la legislatura precedente, y que afecta a una serie de actividades previstas por la ley (véase los convenios colectivos).

En la gran mayoría de los países examinados, el suministro no representa la forma más significativa de descentralización productiva, ni la más preocupante por lo que se refiere a los derechos de los trabajadores. De hecho, el trabajo suministrado constituye casi siempre un objeto de regulación analítica para el legislador, el cual prevé sistemas de acreditación para las agencias que proporcionan la mano de obra, prohibiciones de discriminación con respeto a los demás asalariados, formas de responsabilidades solidarias entre

proveedores y usuarios para los créditos de los asalariados, con sistemas estrictos de sanción.

Siempre en el ámbito de las instituciones que autorizan la utilización y la dirección de trabajadores por terceros, pero con la específica función de facilitar la circulación de asalariados entre empresas, se encuentra el *destino provisional (distacco o commando)*. Gracias a esta herramienta, el empleador envía a un asalariado suyo para que desempeñe una prestación de servicio en otra empresa, la cual se vuelve destinataria de la prestación laboral y ejerce un poder de dirección y de control sobre el trabajador, aunque éste permanezca como asalariado de la primera empresa.

Aparentemente similar, pero muy distinto desde un punto de vista conceptual, se encuentra la hipótesis del *destino provisional inadecuado (distacco improprio)*, en el cual se realiza un mero desplazamiento del trabajador, llamado a efectuar su actividad con un tercero que no asume ningún poder de dirección o de control. No hay aquí transferencia de poder de dirección del empleador. Por lo general, esta hipótesis se realiza cuando una empresa efectúa para otra empresa y a través de un contrato comercial, una prestación de servicio especializada.

C.3. Las diversas esferas de contratación y subcontratación (*appalti e sub-appalti)*, que se producen con motivo de la transferencia de rama de empresa, están menos reglamentadas. Más exactamente, existen importantes diferencias en las reglamentaciones de los países que, contrarrestando el auge de desresponsabilización del contratante gracias a las estipulaciones contractuales, convergen, en modo variable, hacia la protección de los créditos y de los derechos de los trabajadores. Se le puede imputar al comitente o contratante la titularidad de la relación de trabajo en cuestión, en forma exclusiva (lo cual sucede cuando la adjudicación cubre una tentativa de desrresponsabilización fraudulenta), o compartida según el régimen de co-empleadores (se piensa aquí en la *Joint Employment doctrine* difundida en EEUU). En algunos países (Turquía por ejemplo), la falta de confianza en estas formas de descentralización conduce si no a prohibirlas, por lo menos a restringirlas a algunos sectores productivos. Más frecuentemente, en presencia de contratas reconocidas como sinceras, se prevé una simple co-responsabilización del contratante en lo que se refiere a

ciertos aspectos del tratamiento económico y/o normativo debido al asalariado, como por ejemplo el salario equivalente al de los trabajadores del contratante, en nombre del principio de la igualdad de tratamiento. También hay que decir que en ciertos países, esencialmente en aquellos de tradición anglosajona, la distinción entre contrata sincera y contrata ficticia es desconocida. Estos derechos no distinguen las situaciones de préstamo de mano de obra entre ellas, aun cuando no las efectúen agencias habilitadas, previendo tan sólo algunas garantías de orden general para los asalariados.

La cuestión de la adjudicación se cruza con la problemática de la empresa red, precisamente cuando la relación inter-empresas comporta una fuerte ingerencia de la empresa madre en las selecciones de producción de organización del trabajo de las empresas del *network.*

C.4. Si el sistema de contratas prevalece en los sectores industriales, en la distribución comercial se nota la difusión de otro instrumento, el *franchising.* Se trata de una forma contractual que en derecho positivo es desconocida (sin reglamentación) en una inmensa mayoría de países: los ordenamientos jurídicos dejan a las partes una gran libertad en la selección de las estipulaciones. Se trata de un contrato atípico y marginal, pero que cobra más y más importancia social, pues es conocido y utilizado en todo el mundo.

En las relaciones contractuales del *franchising,* en particular para el sistema de concesión de venta en exclusividad, a menudo, una serie de condiciones son impuestas al concesionario en la realización de su actividad comercial. Estas condiciones pueden tener una incidencia sobre las relaciones de trabajo de los asalariados del *franchisee* cuando, el *franchisor* no tiene ninguna relación jurídica con ellos, y no se le puede interponer ninguna demanda en justicia (excepto en caso de fraude comprobado, o de aplicación de una disposición previendo una responsabilidad solidaria).

C.5. De cierta manera, el *teletrabajo* también puede ser considerado como una forma de descentralización de la producción puesto que esta relación de trabajo representa una forma de descentralización de algunas actividades de trabajo fuera de la sede principal de la empresa. Esta forma especial de descentralización que se encuentra sobre todo en el sector de los servicios, en particular los

informáticos, no atrajo la atención del legislador. En algunos países, se encuentran algunos textos específicos aplicables al teletrabajo a menudo en referencia al trabajo a domicilio. A menudo ocurre que la envoltura contractual de este tipo de relaciones laborales sea la del trabajo autónomo *sin más*.

C.6. El recurso al trabajo autónomo constituye una posibilidad bastante importante de los procesos de externalización productiva. Se trata del último eslabón de la cadena de descentralización, y, más precisamente, de un segmento de la actividad de la empresa, a favor de una persona física única. Estas consideraciones se pueden generalizar para todas las formas de trabajo autónomo ejecutado de manera continua y con predominio personal a favor de un empleador (*commmittente)* único o principal, por parte de un prestatario que se compromete en efectuar la actividad convenida con modalidades diferentes de aquellas especificadas al contrato de trabajo subordinado.

A partir del final de los años 1980, muchos estudios pusieron de relieve el auge de sustitutos (formas de sustitución) comerciales del trabajo subordinado "interno" de la empresa. Tal proceso estaba justificado en virtud de factores diversos, tanto de naturaleza subjetiva, es decir en referencia a la preferencia de los trabajadores mismos por formas de empleo diferentes de las relaciones de trabajo subordinado, como de naturaleza objetiva, alusión hecha a las características morfológicas de las nuevas realidades empresariales, llevadas a preferir las relaciones de tipo comercial con el doble objetivo de reducir costes y, a la par, responsabilizar a los prestatarios al descargar en ellos de una parte mayor o menor de los riesgos empresariales.

Si es cierto que existe y seguirá existiendo en el futuro una parte de trabajo autónomo extraño al fenómeno de descentralizacion de la producción, una parte notable del trabajo autónomo de nueva generación se encuentra comprometido en ello, como lo demuestra tanto la expansión del trabajo económicamente dependiente ya desarrollado (y a veces reglamentado) en muchos países europeos, como el auge de los *independent contractors* de los países anglosajones, los cuales, como subraya el informe USA, están representados, en gran parte, por trabajadores que en el pasado efectuaban las mismas tareas, en la misma empresa, con la calificación de *emplo-*

yees, o bien, más generalmente, la multiplicación de trabajadores que, sin vínculo de subordinación, ejercen su actividad propia en forma continuada (*continuativa*) y coordenada, por cuenta de un cliente exclusivo o principal del cual dependen económicamente.

Estas formas de trabajo independiente de nueva generación no deben por otra parte ser confundidas con el fenómeno de falso trabajo autónomo que no obstante representa un segmento sustancial del proceso iniciado por las deslocalizaciones de la producción. Excepto los casos de fraude, desde el punto de vista técnico-jurídico no se crea una situación de subordinación, aunque en el plan sociológico y económico da lugar a una situación que se puede cualificar por los términos de *dependencia económica*.

D. LAS RELACIONES ENTRE LAS EMPRESAS

El fenómeno de descentralización de la producción sitúa al jurista frente a la necesidad de analizar los *networks* organizacionales. Estos se constituyen mediante relaciones comerciales y contractuales que vinculan entre sí a empresas jurídicamente independientes. Se multiplican y se llevan a cabo (*implementati*) como consecuencia de los procesos de descomposición y de descentración de la producción post-fordista, los cuales se presentan por otra parte de manera altamente diferenciada. Pero, un mínimo denominador común se puede hallar en la función de *coordinación contractual*, que asegura, desde el punto de vista económico y jurídico, la homogeneidad cualitativa entre las transacciones de "*mercado*" y las relaciones jerárquicas, y cambia la imagen misma de la empresa, que viene a ser el punto de conexión de una multiplicidad de obligaciones contractuales, no sólo internas, sino también y sobre todo, externas. El contrato comercial se convierte así en el requisito de base para asegurar la integración entre sujetos económicos y para asegurar la coordinación entre factores de producción, bienes materiales y recursos humanos, necesarios a la realización del producto/servicio que se pondrá en el mercado. La continuidad de las relaciones entre las empresas se garantiza mediante acuerdos estructurados temporalmente.

Hay un primer elemento subrayado en todos los informes nacionales que se debe confirmar: hoy en día, las grandes empresas

tienden a externalizar no sólo los servicios secundarios de bajo valor añadido (desde la limpieza hasta los servicios de vigilancia) u otros de alto e incluso muy alto valor añadido como el sector del marketing o los servicios financieros e informáticos, sino también los segmentos que tienen más o menos que ver con el ciclo productivo; esto se produce gracias a las nuevas tecnologías que permiten controlar y dirigir el proceso de producción, conservando tan sólo el *core business* (*le noyau dur* o *el corazón*, como consta en los informes en castellano).

Más allá de este denominador común es bastante difícil identificar modelos invariables o tendencias claras en el panorama internacional, dado que es bastante frecuente que las empresas, para regular sus relaciones, recurran a formas contractuales atípicas adoptando, caso por caso, la regulación de sus intereses recíprocos que se puedan adaptar mayoritariamente a sus propias exigencias de organización específica.

Un esfuerzo de clasificación, facilitado por las consideraciones desarrolladas en algunos informes particularmente completos y argumentados, como el informe español o el argentino, conducen a individualizar un primer modelo, probablemente dominante, denominado: *subcontratación dependiente.*

Se trata de un modelo particularmente difundido sobre todo en ciertos sectores importantes, como el metal (del sector automóvil hasta las construcciones navales), el sector financiero (desde los bancos hasta los seguros), las telecomunicaciones, trasportes, energía —en el cual la empresa madre mantiene un estrecho control sobre las empresas auxiliares, las cuales, aunque con accionariado independiente, están fuertemente condicionadas por la relación mercante predominante o exclusiva que las vincula a la principal—.

Para expresar y describir este tipo de relaciones comerciales como, sobre todo, la larga duración de la relación contractual y el carácter incompleto de la regla negociada, fue elaborada desde hace tiempo la *Relational Contract Theory.* En los "contratos relacionales" se encuentra pues, por una parte la regulación de los intereses fijada por las partes en el contrato, y por otra parte un poder unilateral confiado a una de ellas, poder que se ejerce entre el momento de la conclusión del acuerdo y el momento efectivo del intercambio

y que perdura según la relación contractual. A este propósito, a partir del principio de los años 90, se empezó a hablar con insistencia creciente de relaciones de tipo híbrido, a caballo entre mercado y jerarquía, destinadas a instituir verdaderos y propios sistemas de gobernanza privada.

No obstante, conviene evitar el prejuicio según el cual este modelo de descentralización "formal" (*formale*) representaría la única tipología de organizaciones compleja.

El modelo, particularmente importante y difuso, de la empresa en red horizontal delimita un sistema organizacional —o de gobernanza— policéntrica, en la cual las relaciones entre las empresas no son organizadas por el predominio de una o de varias sobre las otras. En este ámbito, la cooperación y la federación prevalecen sobre la jerarquía, incitando a cada sector a que valorice sus propias competencias y a extender su propio mercado, sacando beneficio de las relaciones que las empresas mantienen sea entre sí, sea con el ámbito exterior. Los ejemplos más conocidos y más contundentes de empresas en red los que representan los *distritos industriales* (*distritti industriali*), en donde se comparten a menudo servicios, infraestructuras, y, a veces, *know-how* (patentes, licencias, investigación, etc.), entre sujetos que son y que permanecen jurídicamente autónomos, no tan sólo en lo que se refiere a la personalidad jurídica, sino también en el plano económico y financiero, con todo lo que esto acarrea en lo que se refiere a la imputación de las responsabilidades que derivan de las relaciones de trabajo.

En algunos países como en Italia, la experiencia de los distritos aparece limitada a tan sólo algunas zonas del territorio nacional, mientras que en España, los *polígonos industriales* están presentes en sectores muy específicos (algunos centros comerciales que comparten algunos de los servicios). Estas formas de distritos de trabajo en red dieron recientemente lugar a lo que hay que llamar "empresas de servicios" o "empresas multiservicios", las cuales —estructuradas interiormente bajo forma de grupo de empresas— pueden suministrar a una empresa principal una serie de servicios estructurados (*articolati*). Las organizaciones reticulares de tipo horizontal son numéricamente menos importantes que los ejemplos del primer tipo, entre mercado y jerarquía. Pero, aún en los casos de empresas que descentralizan recurriendo al sistema de contratas

(*appalti*) y servicios externos, no siempre se encuentra el control ni el predominio de la empresa que externaliza. Un fenómeno particularmente interesante es el de las grandes empresas multiservicios, las cuales a menudo cuentan más empleados que el comitente o contratrista (*committente)* y venden sus servicios propios a más clientes. En estos casos el nivel de control de la empresa principal con respeto al de las empresas auxiliares se reduce considerablemente. No es fácil establecer cual el sujeto más sólido y más fuerte en la relación contractual, o decidir cual es la empresa capaz de ofrecer las mejores garantías desde punto de vista del trabajo.

E. UNA SÍNTESIS CONCEPTUAL DE LAS RELACIONES TRIANGULARES QUE PRESIDEN LA DESCENTRALIZACIÓN

Dejando de lado la excepción de la transmisión de empresa que presenta, gracias también a las normas comunitarias, un aspecto estable (*assestata)* y relativamente homogéneo, las relaciones interempresas a través de las cuales se realiza el proceso de descentralización se caracterizan por el polimorfismo más acabado en sintonía (armonía) con la creatividad y la capacidad mimética del mecanismo capitalista. Sin embargo, teniendo en cuenta cierto grado de aproximación debido a obvias diferencias estructurales y a definiciones presentes en diversas consideraciones observadas, aparece oportuno, también para facilitar la lectura de las síntesis descriptivas de los capítulos siguientes, trazar las líneas de un esquema elemental conceptual apto para ordenar y distinguir las excepciones triangulares de base, antes incluso de repasar las reglamentaciones jurídicas que les son atribuidas en los distintos países. Efectivamente, los modos de cooperación y los vínculos jurídicos entre las empresas son muy diversos y se declinan a través de tipologías contractuales distintas, lo más frecuentemente extranjeras al derecho del trabajo y pertenecientes al derecho civil, mercantil y administrativo.

Se debe hacer una primera distinción entre al caso de contratación (*appalto*) (o de contratos similares) y el de la pura interposición o préstamo-alquiler de la mano de obra. El primero se caracteriza por el hecho que el contratista (*appaltatore*) o la empresa auxiliar (subcontratista) aportan un *quid pluris*, un valor añadido con respeto tan sólo a la puesta a disposición de personal, ya sea en

términos de estructuras organizadas de empresas (instalaciones, herramienta, etc.) o en términos de dirección efectiva y de organización de trabajadores implicados en la obra objeto de la contrata. Esta se realiza con su propia organización y bajo sus propios riesgos, aun cuando se efectúa en los locales del comitente (*committente*) o empresa "principal" (véase el punto 4 del cuestionario). La contrata cruza la problemática de las redes de empresas cuando la empresa principal descentraliza su actividad propia hacia una serie de empresas más o menos subordinadas y vinculadas por relaciones empresariales; y se encuentra con el trabajo autónomo cuando la obra o el servicio es confiado a un profesional o a un *team* de profesionales (véase en el Reino-Unido el *project-based business organisation*).

Por lo contrario, hay **mera interposición** (***mera interposizione***) —prohibida en la mayoría de los países— cuando el seudo contratista (*appaltatore*) se limita a contratar personal que luego se manda a trabajar exclusivamente en la esfera de dirección y de organización de la empresa contratante (*committente)*, en algunos países se considera también el caso de una utilización y una dirección simultánea por varias empresas "de grupo".

La interposición se vuelve no obstante lícita, y constituye una excepción, cuando se realiza, coordinada con **el suministro del trabajo a través de agencias especializadas** (para el suministro de trabajo temporal). La acreditación previa ante de las entidades públicas, previendo garantías adecuadas de naturaleza financiera, moral, etc., reduce las posibilidades de fraudes internos a esta tipología triangular. Este caso se caracteriza, pues, por la (legítima) disociación entre el ejercicio de poderes de dirección y de control de los trabajadores, que le incumben a la empresa usuaria, y la titularidad de la relación de trabajo, que permanece a cargo de la agencia proveedora (cf. el punto 5.b del cuestionario).

Una disociación análoga, en vías de derogación a la prohibición de interposición, se presenta en el **destino provisional** o en las formas similares de préstamo de mano de obra, entre empresas que a menudo pero no siempre, son "de grupo", en las cuales el préstamo de algunos asalariados se concede bajo ciertas condiciones, de las cuales la más recurrente es que sea temporal (cf. el punto 5.a del cuestionario).

El caso del envío de trabajadores (por lo general con la maquinaria con la cual trabajan) a otras empresas es muy distinto aunque parezca semejante. No comporta una deslocalzación de los poderes de dirección y de control que continúan en manos de la empresa que los envía. Este es de nuevo el caso de una contrata lícita aunque se desarrolle *intra meonia* del beneficiario. Este es el caso, por ejemplo, de las contratas lícitas de las *public private partnership* inglesas, en las cuales una empresa privada a cargo del mantenimiento y de la limpieza de un edificio (escuela, hospital) que primero construyó y luego lo alquiló a un organismo público.

Naturalmente, estas distinciones desaparecen en las organizaciones que, en una óptica de liberalización máxima de la producción, tienden a legitimar en principio cualquier préstamo de mano de obra sin ningún valor añadido o se proponen tan sólo implementar algunos soportes previos a favor de los trabajadores concernidos.

F. EL IMPACTO SOBRE LAS RELACIONES INDIVIDUALES

Aun teniendo en cuenta la heterogeneidad de las causas que empujan a las empresas a descentralizar su producción, este fenómeno tal y como aparece en la mayoría de los informes nacionales —en referencia sobre todo a los procesos de deslocalización más allá de las fronteras territoriales de los países en los cuales la empresa madre tiene su sede—, se ve a menudo orientado hacia la reducción de costes, en particular de las cargas relacionadas con el coste del trabajo.

Este aspecto aparece igualmente cuando nos referimos al fenómeno de sustitución de las relaciones de trabajo asalariado por formas de trabajo autónomo, de forma sincera o simulada, ya que en el marco de tales relaciones contractuales, por una serie de razones que serán analizadas más adelante (véase *infra,* cap. II.E), los trabajadores disponen de garantías económicas y jurídicas notablemente inferiores a las garantizadas por el derecho del trabajo a los asalariados subordinados. A estas desventajas, se añade la desaparición por parte del empleador del deber de asumir todas las obligaciones relacionadas con las contribuciones sociales y de seguridad previstas para el trabajo subordinado. El coste del trabajo

autónomo se vuelve así a menudo muy inferior al coste del empleo de un asalariado.

Diversas consideraciones son aplicables a los trabajadores suministrados (*somministrati*). Aquí el recurso a la mano de obra proporcionada por una empresa que suministra personal o por una agencia de trabajo temporal, encuentra sus motivaciones en aspectos y elementos distintos de la sencilla reducción de costes. Estos son usualmente más importantes que aquellos que derivarían de una contratación directa, a causa de las compensaciones percibidas por el intermediario.

El elemento de coste del trabajo vuelve a ser central si uno se refiere al fenómeno de cesión de rama de empresa y al recurso a las contratas, cuya finalidad es asegurar a la empresa cedente los servicios efectuados por los trabajadores de la rama objeto de la cesión. En este caso, a causa de la reglamentación colectiva diferente que puede resultar de ello, y en ausencia de normas destinadas a asegurar una paridad de tratamiento entre los trabajadores empleados por el contratante (*appaltente)* y los prestatarios de trabajo que dependen del contratista (*appaltatore*), o de disposiciones destinadas a instituir regímenes de solidaridad pasiva para créditos vinculados al trabajo (*crediti da lavoro*), las economías para la empresa madre pueden ser muy importantes tanto en términos costes como en términos de responsabilidad.

Se trata aquí de términos "clásicos" con los cuales los juristas del trabajo se han enfrentado varias veces en los últimos años. Sin embargo, el tema de la descentralización sugiere ideas (*spunti*) bastante interesantes en lo relativo a otras problemáticas que merecerían ser estudiadas más profundamente cuando se examina el impacto de los procesos de externalización sobre las relaciones individuales de trabajo. Nos referimos especialmente a los elementos de descentralización productiva (como la flexibilidad de la organización) que concurren a albergar el *marco temporal de la organización* y, con ellas, relaciones de trabajo activadas por la empresa, y que conducen a pensar en los efectos negativos de los procesos de descentralización en relación con la estabilidad de las relaciones de trabajo. Los informes nacionales evidencian este fenómeno, y muestran (*individuano)* un vínculo entre proceso de externalización productiva y crecimiento, notable a veces, de la tasa de empleo temporal.

En España, la tasa de *temporalidad* se sitúa hoy en día por encima de 30% de la fuerza de trabajo globalmente empleada mientras en países como Italia, en donde estos datos son relativamente bajos y de todas formas inferiores a la media europea, una encuesta llevada recientemente por el más influyente de los institutos estadísticos (Rapport Istat, marzo 2006) señaló que la mitad de los jóvenes que entraron en el mercado del trabajo en el último semestre de 2005, fueron contratados mediante contratos de trabajo temporal. El aumento del empleo temporal es todavía más visible, aunque con características distintas, en Gran Bretaña y en EEUU en donde el trabajo ocasional es el sector del mercado del trabajo con mayor crecimiento y en donde, aun en ausencia de contratos de trabajo temporal, el principio de *l'employment at will* significa que, por lo general, todo empleado puede ser despedido en cualquier momento. Entre los muchos estudios efectuados sobre este tema, se puede citar la *Current Population Survey* (CPS) del departamento del trabajo, que ha registrado una reducción drástica de la permanencia en empresa en el período comprendido entre 1983 y 2002 para todos los trabajadores masculinos de más de 20 años, con la baja más significativa para los mayores de 45 años.

Las razones de la "causalización" (*causalizzazione)* del trabajo son seguramente más complejas y van más allá de los límites de la descentralización productiva para adquirir connotaciones sistemáticas. Sin embargo, no se puede excluir la existencia de un vínculo evidente y consistente entre el desarrollo de los procesos de descentralización de la producción y el aumento del trabajo de duración limitada. Basta considerar que los vínculos que mantienen las empresas que trabajan en régimen de coordinación mercantil o administrativa siempre presentan un carácter temporal: en consecuencia, es muy probable —por no decir absolutamente cierto— que las empresas auxiliares tiendan a no establecer relaciones laborales que duren más de lo que dura el vínculo que les une a la empresa principal.

Aun cuando la estipulación de contratos a término (o temporales en el sentido amplio) está condicionada por razones "técnicas, productivas, organizativas o de sustitución" (como en Italia: art. 1, D.lgs. n. 368/2001 en materia de contrato de trabajo de duración determinada y art. 20 D.lgs. n. 276/2003 en materia de suministro de trabajo (*somministrazione)* de duración determinada), en donde se retiene lícita si vinculada a un elemento "causal" (como sucede

también en España), los procesos de externalización son considerados factores de justificación/legitimación de los contratos temporales, con consecuencias evidentes respeto a las condiciones de trabajo, a la estabilidad de las relaciones y al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores. Considerando que estos últimos ordenamientos jurídicos —a diferencia del sistema americano— son tradicionalmente considerados como rígidos o, en todo caso, caracterizados por tasas de rigidez del mercado del trabajo superiores a la media de los países europeos, las consideraciones efectuadas parecen poder adquirir un carácter más general, y afectar *a fortiori* a los sistemas en los cuales, en virtud del principio de *freedom of contract*, no existe ningún obstáculo para estipulación de contratos de trabajo de carácter temporal.

En definitiva, nos parece poder proponer la existencia de una relación directamente proporcional entre una tasa de trabajo temporal alta y prácticas de descentralización productiva. Paralelamente a la descentralización, los empleos temporales aumentan, en formas diversas del trabajo temporal, a la par del trabajo autónomo continuo de duración determinada o indeterminada. En consecuencia, se ve una tendencia hacia un mercado del trabajo dual: relaciones de trabajo sustancialmente estables y garantizadas en la empresa "madre", y relaciones más precarias en las empresas auxiliares. Un dualismo que, frente a consideraciones efectuadas en los informes nacionales en referencia a la dirección tomada por el proceso de segmentación de la producción, parece destinado a crecer en los años próximos y que obliga a los juristas del trabajo concebir (*congegnare)* nuevos instrumentos adecuados para afrontar eficazmente los retos que los esperan, si no quieren reducir progresivamente su influencia en la materia.

Abstracción hecha de las excepciones indicadas sobre las garantías de estabilidad, la tendencia a la diferenciación de trato económico y normativo entre empleados de las empresas comitentes (*committenti*), cedentes, utilizadoras o "madres" por una parte, y asalariados de las empresas contratistas (*appaltatrici*), proveedores o auxiliares por otra parte, se ve frenada (*disinnescata*) en algunos países por la existencia de una obligación de igualdad de trato. Tal obligación frena los intentos de segmentar el ciclo productivo con el solo fin de ahorrar en el coste del trabajo, de forma que los únicos procesos de descentralización o de integración de empresas con-

venientes son aquellos dictados exclusivamente por oportunidades de especialización y de optimización de la producción conexas al *know how* particular o al valor añadido que proporciona la empresa contratista o la auxiliar. En pocas palabras, la obligación de paridad de trato excluye un modelo de competitividad fundado en costes del trabajo más bajos y estimula los procesos de descentralización con la finalidad de mejorar la calidad del servicio o del producto. Sea como sea, privilegia la reducción de costes industriales diferentes de los laborales.

G. IMPACTO SOBRE LAS RELACIONES COLECTIVAS

El impacto de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas y sobre las relaciones con los sindicatos es sin duda muy sustancial, pero la lectura de los procesos pendientes, tanto por los sindicatos como por la doctrina jurídico-laboral, es bastante diversificada. Desde actitudes no desfavorables *a priori* a los fenómenos de descentralización productiva en países como Suecia, en los cuales el *outsourcing* es considerado como un modo de especialización de la producción que aumenta la competitividad de la empresa que recurre a él; hasta evaluaciones diametralmente opuestas. Este es el caso, por ejemplo, de Turquía y de Uruguay, en donde la voluntad de disminuir el poder de los sindicatos parece representar una de las principales razones para llevar a cabo procesos de externalización.

En la mayoría de los contextos nacionales, desde Austria hasta el Reino-Unido, desde Canadá hasta Brasil, desde Francia hasta Venezuela, los sindicatos se muestran mayoritariamente críticos con el fenómeno de descentralización productiva, excepto en casos en que tales procedimientos aparecen como el único camino para mantener niveles de empleo que de otra manera se verían amenazados. Un análisis comparativo, abstracción hecha de las diversas orientaciones, parece evidenciar, en cada uno de los casos, la ausencia de estrategias claramente definidas por los sindicatos, y por consiguiente la ausencia de un "gobierno sindical" (*governo sindacale*) de los procesos de descentralización, ni en el momento de la formulación inicial de tales procesos, ni en el momento dinámico de su desarrollo. En esta segunda fase las dificultades son todavía más acusadas ya que los sindicatos no parecen disponer de un ins-

trumento adecuado ni en el plano normativo, ni en el plano de la estructura asociativa.

En términos generales, parece difícil negar que acondicionamientos de las empresas que siguieron los procesos de descentralización hayan debilitado la acción colectiva. Tales consecuencias pueden atribuirse a razones diversas, de las cuales algunas son comunes a la mayoría de los sistemas de regulación de las relaciones colectivas:

a) En primer lugar, casi en todas partes, hay dos niveles de representación colectiva, sobre los cuales interviene la legislación con a menudo una función de promoción; estos niveles son la empresa y la categoría (sector o rama profesional). Las manifestaciones fundamentales de la libertad sindical se limitan en consecuencia a estos dos niveles, representados por los convenios colectivos y los conflictos colectivos.

b) En segundo lugar, "el adelgazamiento" de las empresas determina de por sí una debilitación del control sindical y colectivo. En efecto, si consideraciones sociológicas o fácticas permiten sostener que cierta concentración de intereses relativamente homogéneos otorgan mayor poder a una asociación y permiten una acción colectiva más eficaz, no es raro que la misma legislación someta el carácter operacional de la legislación que favorece la acción sindical a exigencias numéricas y de dimensión. Así por ejemplo, en Francia, no se eligen representantes de los trabajadores si el *centro de trabajo* ocupa a menos de diez asalariados; en Italia también, la parte proporcional del estatuto de los trabajadores, relativa a los derechos sindicales en empresas, está subordinado a umbrales numéricos determinados, relativos tanto al parámetro empresa como al parámetro productivo, y la "protección real" contra los despidos ilegítimos concierne tan sólo a las empresas con más de quince asalariados. De todos modos, como se subraya en muchos informes, aun cuando se rebasen los límites previstos por el legislador, es difícil, sobre todo en las pequeñas empresas, organizar elecciones y encontrar trabajadores dispuestos a ser candidatos o a emprender iniciativas de conflicto.

Además, aun cuando las organizaciones sindicales tienen derecho a estar presentes en las empresas, lo hacen concretamente con

grandes dificultades en los casos de pequeñas empresas auxiliares y, cuando lo hacen, a menudo se enfrentan con condiciones de trabajo establecidas por sujetos jurídicamente extraños a esta esfera, y tienen dificultades para individualizar cuál es el verdadero interlocutor por parte de la empresa.

Si a esto se añade que los representantes sindicales de la empresa principal se ocupan prioritariamente de los trabajadores de ésta, acaba resultando una dificultad segura para implementar una estrategia común para todos los trabajadores vinculados al ciclo productivo descentralizado en su totalidad, con consecuencias perjudiciales para los trabajadores que menos garantías tienen.

No es extraño que los convenios colectivos que se aplican sean distintos, lo cual representa un ejemplo clásico de la manera en que la dimensión colectiva puede repercutir en la individual.

La complejidad de los problemas, meramente evocados hasta ahora, no nos exime —esta es nuestra opinión— de individualizar algunas tendencias, algunos horizontes que atraviesan las dinámicas de descentralización productiva en los países examinados, y a partir de éstos, fijar también algunas prioridades cuya finalidad es señalar, en el transcurso de nuestro debate durante estas importantes jornadas, la utilidad y, en algunos casos, la urgencia de un horizonte común para imaginar y luego calibrar, en relación con ordenamientos singulares, nuevas intervenciones legislativas en el ámbito laboral.

CAPÍTULO II

GRUPOS DE EMPRESAS Y UNIDADES DE EMPRESAS

SUMARIO: A. El fenómeno de los grupos y el derecho del trabajo.— B. Los ordenamientos que no atribuyen ninguna relevancia jurídica a la noción de grupo.— C. Sistemas que atribuyen una relevancia jurídica al grupo en derecho comercial y de las sociedades.— D. Sistemas que atribuyen también la relevancia jurídica del grupo en derecho del trabajo.— E. Representación colectiva y acción de contratar en los grupos de empresa.— F. Conflictos colectivos a nivel del grupo.— G. Las relaciones colectivas en los grupos: el papel de los comités de empresa europeos y la valorización de los derechos de información y de consultación.

A. EL FENÓMENO DE LOS GRUPOS Y EL DERECHO DEL TRABAJO

El fenómeno de los *grupos de empresas* ha conocido un desarrollo significativo, particularmente durante los años 90, en correlación estrecha con las exigencias de flexibilidad, de descentralización o de articulación de la estructura productiva y del trabajo, dentro de todos los países considerados.

Fenómeno multiforme desde un punto de vista estructural o funcional, el grupo de empresas parece ser refractario a cualquier concepción unitaria, asumiendo características diferentes según los países, y formas diversas dentro de un mismo sistema jurídico. Puede tratarse de una simple participación de acciones que vincula a las empresas que cooperan, sin ninguna participación de capital recíproca, con contratos a largo plazo, hasta empresas con gestión unitaria dotadas de estrategias y estructuras comunes sobre la base de contratos de colaboración (contratos de transferencia de ganancias, de alquiler, de *franchising*, etc.). No se puede ignorar, por otro

lado, el fenómeno de los grupos "de hecho", caracterizado por el control del capital de diversas entidades del grupo por una misma persona física.

Estas características polimorfas y polifuncionales, acentuadas en numerosos países por la inexistencia de una noción jurídica general de grupo, lanzan —y no desde hoy— múltiples desafíos al derecho del trabajo, neutralizando las técnicas de regulación y poniendo en cuestión categorías jurídicas consolidadas en las cuales dichas técnicas se desarrollaron históricamente. Eso se atañe, por un lado, al principio de un empleador único, quien asume sólo la cualidad de empresario, de titular de la relación de trabajo y de parte al contrato de trabajo, y, por otro lado, al principio de subordinación entendida como la inclusión del salariado de la empresa, en un contexto estable con fronteras definidas y controlables en el cual se cumulan propiedad, poder y responsabilidad. Se puede añadir a esto, para subrayar el carácter crítico de la materia, un efecto de fragmentación sindical inducida por el grupo en el campo de la relaciones colectivas, y la dificultad de desempeñar las funciones de contrapoder y de acción colectiva contractual con respecto a una empresa con estructura compleja, en la cual no se reconoce ni la unidad de acción ni la de lugar.

Esas razones justifican la persistencia de un motivo de fondo que atraviese los diversos sistemas jurídicos de trabajo. En países como Japón o Australia, donde no existe ningún dispositivo legal de protección de trabajadores de empresas relacionadas de varias maneras, en países como Francia o Argentina, que se enfrentan al problema con disposiciones especificas de derecho del trabajo, el problema de los grupos se percibe cada vez más, y la doctrina examina los mecanismos de adelantamiento de la autonomía jurídica de simples empresas ligadas, o sobre enfoques más realistas, pero diferenciados, destinada a identificar en el grupo la forma jurídica de empresa digna de una consideración unitaria normativa. Todo esto ocurre, no sólo en el derecho del trabajo, donde las contradicciones de una elección de derecho de indiferencia jurídica para con los arreglos de los intereses conexos a la funcionalidad de las conjunciones de sociedades permite una utilización abusiva de los poderes de dirección y de gestión de varias entidades del grupo con relación a otros, lo cual contrasta con el arreglo de intereses, donde la protección presupondría al contrario una visión colocada a datos de efectividad en los cuales basar la elección de interpretación.

En muchos países, el grupo de empresas sigue siendo, de manera conceptual, un horizonte, más que un punto de impacto preciso de regulación. Por lo tanto, planteando los términos del problema, un enfoque formalizado rígidamente siempre parece menos adecuado, ligado al culto de la personalidad jurídica y a la negación de cualquier relevancia de las conjunciones de sociedades en el campo de las relaciones individuales y colectivas del trabajo. La tradicional incitación al modelo jurídico de la subjetividad en el cual se basa el proceso de imputación de los efectos no consigue dar una respuesta reguladora coherente frente a los fenómenos crecientes de externalización de la actividad de la empresa, los cuales aparecen, de manera conceptual como "procedimiento", de los cuales las sociedades representan otras tantas fases. La consecuencia es que el poder de creación y de elección de los modelos de articulación de la actividad económica en varios centros de imputación jurídica puede subtender estrategias de defensa oportunistas y objetivos implícitos de desregulación no sólo en casos patológicos de grupos ficticios o seudo-grupos (en los cuales la empresa se fracciona constituyendo varios personas jurídicas), sino también en casos fisiológicos, en los cuales el que da trabajo adiciona los beneficios de una flexibilidad interna (realizada por ejemplo con la movilidad dentro del grupo, o el empleo acumulado de la prestación) con el beneficio de una flexibilidad externa (despidos, derechos sindicales, etc.), jugando por turno con la ambigüedad del grupo como *unitas multiplex.*

Por otro lado, si el criterio de imputación jurídica tradicional no somete los elementos finalizados que están relacionados con la explicación del poder de organización entre esquemas y modelos objetivos, los intentos de enfoque realistas deducen, de manera simétrica, una consideración de la unidad del grupo en una óptica totalmente jerárquica estructural, reproduciendo, en términos revueltos, una hiper evaluación de la personalidad jurídica, o una "super subjetividad" jurídica del grupo. Esa exigencia de identificar en el grupo un centro de imputación jurídica se enfrenta con la dificultad de definir la organización interna del grupo con esquemas predefinidos, que no muestran la pérdida completa de autonomía de la sociedad conjuntada, ni tampoco la super centralización de los procesos de decisión. Si dentro del grupo los centros de poder pueden ser múltiples, especialmente en grupos diversificados y multinacionales, la flexibilidad que deriva, impone al jurista calibrar la elección de los centros de imputación y de las reglas aplica-

bles no de manera abstracta sino de manera concreta con arreglo a cada problema.

Las preocupaciones que provienen de la ausencia de indiferencia de la forma de la empresa frente al esquema de regulación del derecho del trabajo parecen ser amplificadas ulteriormente por la reciente emergencia de estructuras inter organizacionales de tipo reticular, que pueden ser distinguidas en *la empresa red,* en la cual la organización empresarial desarrolla, alrededor de un núcleo central de *assets* estratégicos, redes más o menos complejas de sub-proveedores, alianzas, *joint-ventures, franchising,* etc.; y en la *red de empresas,* autónomas de pequeña o mediana dimensión, que funcionan como unidades socio-ambientales (*ambientali*) delimitadas, de una manera asimilable a un sistema. Se trata, en estos últimos casos, de organizaciones insertadas que expresan los procesos colectivos coempresariales de interacciones entre el mercado y las organizaciones, que generan poderes de decisión. En estos casos, en realidad, la empresas constituyen organizaciones complejas, que se alejan tanto de la idealización neoclásica de la empresa como sujeto atomístico coordinado por el *price mecanism,* como del modelo de desintegración vertical del ciclo productivo en unidades dimensionadas y coordenadas según la exigencias globales de un centro financiero, o del modelo de la empresa jurídicamente definible o del grupo, para desarrollar características particulares de recurso (*ricorsività*), de auto organización, de flexibilidad de los flujos coordinados inter-empresas que no pueden ser considerados como la manera de operar desorganizada del mercado, ni tampoco como elementos de una lógica de coordinación del ciclo productivo. Frente a estos fenómenos, en los cuales el vínculo se convierte en el factor de relación estratégica entre grupo y descentralización productiva, no sirve buscar, en todos casos, el elemento de coordinación del ciclo, o describir la existencia de un único designio empresarial que correspondería a la unicidad sustancial del proceso productivo, de la misma forma que no se puede poner en el centro del análisis reconstructivo un juicio preconcebido de valor negativo que concierne de manera indiferenciada a la empresa "mimetizada" (*mimetizzata*) con la intención de eludir la aplicación de las normas del derecho del trabajo y la red de empresa coordinada en distritos que consiguen hacer economías de escala y de *scope* que fue durante un tiempo la prerrogativa de la gran tecnoestructura.

El enfoque relativista se adhiere más a la problemática del derecho del trabajo. No sobrevalora el dato de la personalidad jurídica —puesto que esta última no constituye la razón de una disciplina determinada, como lo es, por el contrario, la empresa o la unidad de producción—, empujándonos a considerar la organización efectiva por la cual salen los diferentes niveles de garantía favorables al trabajador subordinado. En fin, no se trata de la subjetivización del grupo, sino de individualizar hipótesis específicas de comunicaciones de responsabilidad correlativas a la forma efectiva económica de la empresa. Entendemos, pues, que el esquema del grupo no puede ser afrontado si no evidenciamos las llaves objetivas de la actividad global de la empresa, buscando construir de nuevo la unidad la organización de unidades autónomas, imputando una relevancia jurídica a una entidad que, si no es elevada a la dignidad de personalidad jurídica, es un protagonista activo de las relaciones jurídicas individuales y colectivas del trabajo.

Con límites inherentes a todo proceso de síntesis y de simplificación, con relación al fenómeno de los grupos, podemos señalar tres actitudes por parte de los sistemas jurídicos: la ausencia de cualquier relevancia jurídica del grupo, una relevancia limitada al derecho comercial y de sociedades, una relevancia del grupo en el derecho del trabajo.

B. LOS ORDENAMIENTOS QUE NO ATRIBUYEN NINGUNA RELEVANCIA JURÍDICA A LA NOCIÓN DE GRUPO

Los ordenamientos de una primera serie de países, la mayoría, no conocen ninguna noción de grupo de empresa. El fenómeno, en sistemas como el de España, Austria, Suiza, Turquía, Israel, Estados-Unidos, etc., está regulado por una esfera únicamente económica, y, en definitiva, por la esfera de hecho, que no es relevante en el plano jurídico, con todas las consecuencias que derivan en el plano de la imputación de relaciones de trabajo y de su estabilidad, por lo que se refiere a la distribución de responsabilidades, la garantía de créditos. La descentralización no altera, jurídicamente, el carácter dual propio del contrato de trabajo. En general, una empresa de grupo no tiene una *legal identity*, mientras que las unidades simples que forman parte de ella aparecen, salvo casos excepcionales, como empleadores exclusivos de los salariados que ocupan. Por lo

tanto, cuando el legislador no menciona los grupos de empresa, la jurisprudencia, falta de referencias positivas, tampoco conoce la noción de salariado dependiente del grupo, de forma que los tribunales tienden a negar cualquier forma de responsabilidad del grupo de la empresa madre para con las obligaciones asumidas por la empresa controlada. Observamos, incluso en esos ordenamientos jurídicos, casos en los cuales los jueces, frente a situaciones fraudulentas, consideraron la posibilidad de romper la dimensión formal (en España) y levantar el "velo de la sociedad" (en Suiza) lo que permite considerar a los salariados como dependientes de la empresa principal. El sistema israelí, en particular, garantiza varias jurisprudencias del caso de "*piercing the corporate veil*", evidenciando cómo el tribunal puede destacar elementos indiciarios con los cuales es importante adelantar el estatuto formal: a) incumplimiento a la exigencia de buena fe por parte del empleador, b) comisión de *asssets*, c) actividad delictiva, d) falsa representación de la identidad del empleador. Como podemos ver, en este caso así como en una mayor parte de los países, el control judicial moviliza la institución del fraude de ley, atribuyendo al demandante la condición de trabajador subordinado en virtud del carácter obviamente ficticio del grupo.

En otros sistemas, a la inversa, incluso la institución de fraude de ley no se puede invocar de manera útil. Es el caso de Australia, donde los tribunales, incluso en cuestiones de derecho sociedades, se hallan en estado de levantar le velo sólo en circunstancias excepcionales, y donde prevalece el enfoque convencional de "*separateness of corporate entibies*" afirmada por el alto tribunal. Caso ejemplar de cómo el grupo de empresas explota el principio de autonomía jurídica en detrimento de la garantías propias del derecho del trabajo, el sistema australiano se caracteriza por la crecimiento del fenómeno de "*multiple corporate entities*" dentro de las cuales se distribuye el patrimonio de la empresa (*holding of group assets*) a algunas entidades del grupo mientras que otras sociedades formalmente autónomas tienen la titularidad del informe de trabajo, con la consecuencia, en caso de insolvencia de la empresa-empleador, de que los salariados no podrán dirigirse contra las unidades titulares del patrimonio de la empresa y estarán privadas de cualquier protección adecuada. Según la estrategia denominada "*phoenix company*", el titular de la empresa crea una nueva empresa y le transfiere los *assets*, frecuentemente a cambio de servicios de poco

valor ; la empresa antigua, que mantiene formalmente su cualidad de empleador, se convierte en una "shell company", que será declarada en quiebra, cuando la nueva empresa vuelve a nacer sin deudas ni obligaciones para con los asalariados y los acreedores.

C. SISTEMAS QUE ATRIBUYEN UNA RELEVANCIA JURÍDICA AL GRUPO EN DERECHO COMERCIAL Y DE LAS SOCIEDADES

En una segunda serie de países, entre los cuales se encuentran Grecia e Italia, la cuestión del agrupamiento de empresas atrajo la atención del legislador en materia del derecho comercial y de sociedades, pero no de derecho del trabajo. En Grecia, el derecho comercial ha reconocido la noción de "comunidad de empresa" y la de "comunidad de ganancias". Introdujo al mismo tiempo la teoría del "doblegamiento de la personalidad jurídica" y la del "levantamiento de la autonomía de la personalidad jurídica", y, por otro lado, previó instituir el abuso de personalidad jurídica. A partir de esos elementos, podemos hacer prevalecer la unidad del nivel económico sobre la separación de las personas jurídicas, dando otra medida a los perfiles jurídico-formales: el elemento esencial, en esta perspectiva, se basa en la constatación de que cada tipología de agrupamientos de empresa induce turbulencias y determina de desregulación del derecho comercial y financiero. Para contrarrestar el fenómeno, el ordenamiento confiere una personalidad ficticia a esta unidad económica. En consecuencia, incluso en la práctica judicial, la noción de "empresa prevalente" y la de "empresa controlada" se han convertido en nociones jurídicas.

En Italia también la materia esta regulada únicamente en derecho de sociedades, el cual, con la reforma de la noción de sociedad de capitales (D.lgs.N.6/2003), ha regulado algunos aspectos del fenómeno del "grupo contractual" que plantea la responsabilidad de jefe-grupo que efectúa una actividad de *dirección y de coordinación* de sociedad *"en violación de los principios de gestión correcta de las sociedades y de las empresas"* (art. 2497 cc.). Para el derecho del trabajo, sigue vigente el principio de separación subjetiva y de la formal independencia jurídica de las sociedades que pertenecen al mismo grupo. El articulo 31 del D. Lgs. N. 276/2003 lo recordó hace poco: la norma, que limita a los cumplimientos administrativos en materia de plantilla la relevancia jurídica de la gestión unitaria de

los grupos de empresas, afirma claramente que esta disposición no puede ser utilizada para individualizar el sujeto titular de las obligaciones contractuales y legislativas en relación con las simples sociedades empleadoras.

Con la excepción de algunos países importantes que conocen una reglamentación tanto a nivel comercial como a nivel del derecho del trabajo, parece que los ordenamientos jurídicos nacionales muestran un retraso notable en el diálogo entre derecho comercial y derecho del trabajo. Este último no parece estar dispuesto a dejarse influir por las soluciones aplicadas por derecho el comercial y de sociedades, mientras que la jurisprudencia en el derecho del trabajo parece tener problemas para encontrar soluciones que superen el levantamiento del velo de la sociedad que se niega tradicionalmente a seguir el recorrido emprendido en otros sectores del ordenamiento (Grecia) y que afirma que la función económico-funcional entre empresas gestionadas por una sociedad de un grupo único no es suficiente para retener que las obligaciones inherentes a una relación de trabajo subordinado, formalmente intercambiado entre un asalariado y una de la sociedades, debe extenderse también a la otra, a menos que exista una situación que permita identificar un único centro de imputación del informe de trabajo (Italia). Desde hace poco tiempo, empezamos a ver avances en el campo de la utilización fraudulenta del velo societario. La jurisprudencia griega ha admitido que la noción de organización de rama podría estar basada en el criterio de la comunidad de intereses económicos que deriva de un grupo de sociedades, y permite levantar el velo societario en casos de abuso de la personalidad jurídica y de la utilización de contratos simulados, mientras tanto en Italia la pantalla subjetiva de un sociedad que asuma la cualidad formal de empleador puede ser quebrada en presencia de ciertos elementos de hecho (unidad de la estructura de organización, integración entre las actividades ejercidas por las diversas empresas del grupo, coordinación técnica, administración y financiamiento orientado por una meta común, utilización de la prestación de trabajo por parte de diversas sociedades titulares de empresas formalmente distintas, etc.), que puede mostrar que la sociedad fue creada artificialmente con el fin fraudulento de eludir la aplicación de una norma protectora (por ejemplo, la reglamentación sobre los despidos) fraccionando un actividad organizada y gestionada unitariamente entre diversos sujetos del grupo.

Uno de los paralelos más avanzados entre derecho comercial y derecho del trabajo, que se refiere al fenómeno de los grupos, se observa en los ordenamientos francés y alemán, en los cuales la relación entre dos materias parece operar en condiciones de reciprocidad, y, en cierta medida, de manera derribada con respecto a la situación encontrada en Grecia e Italia.

D. SISTEMAS QUE ATRIBUYEN TAMBIÉN LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL GRUPO EN DERECHO DEL TRABAJO

Los países más interesantes son aquellos en los cuales la legislación o la jurisprudencia pueden reconocer, en algunas condiciones determinadas, la calificación de empleador al jefe del grupo unitariamente entendido, o al jefe de empresa que asuma en el grupo un posición dominante, o, de manera más modesta, establecen regímenes de responsabilidad económica, solidaria o subsidiaria, entre las empresas simples que forman parte del grupo.

Las técnicas adoptadas, recurrentes en los sistemas jurídicos estudiados, pueden ser más o menos reducidas: a) una visión del derecho del trabajo del fenómeno, en la cual se valoran elementos como el poder de dirección, la existencia de una comunidad de trabajadores, la identidad o la complementariedad de la actividades efectuadas en diversos lugares de trabajo, etc., b) una visión de derecho comercial del fenómeno, basada substancialmente en el concepto de control, de junción de accionistas (o más simplemente económico) y de dirección unitaria, construida por la ley o la jurisprudencia, recibida y valorizada en el campo del derecho del trabajo. El sistema francés es particularmente rico en indicaciones. Conoce muchas pistas de superación de la personalidad jurídica. Desde el punto de vista del derecho del trabajo, hay que poner de relieve cómo la jurisprudencia, adelantando la técnica de fraude de ley, fue la primera que identificó los criterios objetivos para reagrupar varias empresas en el seno de una misma entidad gracias a la noción de unidad económica y social. Esta última se caracteriza, en primer lugar, por la concentración de poderes de dirección dentro del perímetro considerado así como por la similitud o la complementariedad de la actividades desplegadas por estas diferentes entidades, y en segundo lugar, por una comunidad de trabajadores que proviene de su estatuto social y de sus condiciones de trabajo

similares que pueden traducirse por una cierta permuta de los salariados.

Otra técnica, propia del derecho del trabajo, funcional a la identificación del sujeto en quien imputar derechos y obligaciones con respeto a los trabajadores, consiste en la calificación como empleador de quien ejerce de hecho, el poder de dirección sobre los salariados. En este caso, el sujeto puede ser cualificado como empleador único o empleador conjunto, el contratante formal quedándose codeudor solidario de las obligaciones del derecho del trabajo con el que detiene en realidad el poder de dirección. Según el Tribunal Supremo, la "confusión de intereses, de actividades y de dirección", que existe entre el co-contratante formal y otra persona moral permite atribuir la cualidad y la responsabilidad de empleador conjuntamente a las dos personas morales. Esto permite una cierta generalización de la noción de unidad económica y social, fuera del marco de las instituciones representativas del personal, para calificar de empleador, de co-empleador o de empleador conjunto lo que representa formalmente un conjunto de personas morales distintas.

Una tercera pista, signo de una visión mercantilista, lleva a reconocer al sujeto deudor en la pluralidad de empresas reunidas bajo el mismo poder en la bases de la noción de sociedad de grupo aceptada en la legislación del derecho del trabajo. En esa perspectiva, el grupo puede componerse de una empresa madre que detiene la mitad del capital de la empresa hija o puede componerse de sociedades controladas (una sociedad controla a otra cuando dispone de la mayor parte de los derecho de voto en la junta general o cuando dispone del poder de nombrar o revocar a la mayor parte de los miembros de los órganos de administración, de dirección o de vigilancia de esta sociedad, o cuando dispone por lo menos, directamente o indirectamente, del 40% de los derechos de voto y ningún otro accionista tiene un porcentaje de derechos de voto superior a la suya); o también, puede componerse de una empresa que ejerce "una influencia dominante sobre otra en virtud de un contrato o de cláusula estatutaria, cuando el derecho aplicable lo permite" (por ejemplo el *franchising*) ; en fin, el grupo puede aparecer cuando existe un control conjunto, definido como "la repartición del control de una empresa explotada de forma común por un número limitado de asociados y accionistas, de modo que las decisiones resultan de su acuerdo".

En la cultura jurídica de influencia anglo-sajona se enfrenta también el problema de la fragmentación de una actividad empresarial unitaria en una pluralidad de sociedades —llamadas *Capital Boundary Problem*— a través de la técnica de junción y del control. Se encuentran unas normas en el Reino Unido, en donde la legislación del derecho del trabajo admite que dos o varias sociedades pueden ser consideradas como *"juntas"* (*associated employers*) cuando una de ellas detiene, directamente o indirectamente, el control de una o de las otras (*employement right act 1996 section 231; trade union and labour relation 1992 section 237*). En virtud de la noción de *associated employers*, un salariado conserva, por ejemplo, la continuidad de la relación de trabajo y sus derechos relativos cuando aparece una transferencia entre *associated employers* en un grupo de empresas. Además, en el cálculo del número total de los salariados empleados en el *business* con fines de reconocer o excluir la aplicación de algunos *statutory rights*, es frecuente que se incluya en el recuento a todos los salariados de los *associated employers*.

Para definir el concepto de "control", los tribunales ingleses utilizan el sistema de la "propiedad de acciones", reconociendo la existencia de empresa "controladora" cuando detenta el 51% de las acciones, o individualizando un grupo cuando varios sujetos actúan juntos y tienen un voto equivalente de control.

Técnicas mixtas o híbridas, dentro de la cuales se mezclan la visión mercantilista y trabajadora del fenómeno están establecidas en Canadá, donde una *principal company* y sus *contracting affiliated, subsidiary companies or partners*, en la base de una serie de indicadores —gestión de empresas, propiedad, marca y *assets* comunes, reparto del mismo mercado y de la misma clientela, movilidad de los salariados dentro del grupo— los sujetos empresariales, formalmente distintos, son responsables *"jointly and severaly"* para las obligaciones que derivan de la relaciones de trabajo (por ejemplo, en caso de despidos por un empleador insolvente, para el reembolso de créditos retributivos, la ausencia de preaviso y otros salarios no pagados).

El criterio mercantilista, interpretado de manera ligera como un simple vínculo económico que une a las distintas sociedades del grupo y conformado a los cánones laboristas del derecho del trabajo y del principio de realidad, permitió a algunos países de América

Latina proceder a una superación de la autonomía jurídica de la empresas que forman parte de un grupo, considerado en calidad de "empleador" o "empleador completo", responsable de las obligaciones contractuales comprometidas con los salariados de cada empresa afiliada. Países como Chile, Costa Rica, en mayor medida, Uruguay, tienen menos dificultades teóricas y prácticas con respeto a los ordenamientos de Europa continental y han fundado la regulación de grupos de empresa, en un ambiente laborista, a partir del mecanismo de la responsabilidad solidaria, procediendo de la jurisprudencia hacia una despersonalización de la cara del empleador, reconociendo a los salariados empleados en una de las empresas del grupo, la facultad de revindicar sus propios derechos frente a todas la empresas que forman parte del mismo, llamadas a responder en justicia, conjuntamente o por separado, por cada uno de los titulares. La legislación brasileña es asimilable a una técnica fundada en una visión de derecho mercantil. Reglamenta de manera articulada las consecuencias en materia de trabajo del fenómeno de agrupaciones de empresas. En el ordenamiento brasileño, en particular, cuando una o varias empresas que tienen un personalidad jurídica se encuentran bajo la dirección, el control y la administración de otra empresa, o cuando, incluso conservando su propia autonomía, está integrada en un grupo económico y financiero de tipo industrial, mercantil, rural, o de cualquier otra clase, este último es solidariamente responsable de las obligaciones que resultan de las relaciones de trabajo dentro del grupo. Por consiguiente, en virtud de la sola existencia del grupo económico, cada empresa será obligatoriamente solidaria con las otras para los créditos de trabajo, independientemente de haber utilizado directamente la fuerza de trabajo. La norma venezolana establece igualmente una relevancia laborista al grupo de empresas, individualizando un régimen de presunción de su existencia —con posibilidad de prueba en contrario— en presencia de cuatro presupuestos (el uso de una denominación o de una marca idéntica, el desarrollo de una actividad común, que puede evidenciar la integración de las diferentes empresas, la participación común de accionistas, el reparto de la administración o de otros órganos de la empresa dotados de poderes de decisión) reunidos, de los cuales resulta un régimen de responsabilidad solidaria entre todas las empresas que constituyen el grupo.

Según un modelo híbrido, otros países suramericanos adoptan criterios de identificación y de relevancia del grupo que podrían

ser clasificados en la visión mercantilista, en el cual la visión del fenómeno se une a los mecanismos tradicionales antifraude. Ocurre esto en Perú, donde la práctica jurisprudencial utiliza la existencia del grupo cuando un complejo de empresas jurídicamente independientes tienen una dirección unitaria con indicios precisos de abuso de la personalidad jurídica dirigida a perjudicar a los asalariados, mientras que la sanción no consiste en una acción de responsabilizar el grupo entendido de manera unida, sino en la técnica habitual de la responsabilidad solidaria de cada empleador. Una perspectiva análoga se encuentra en Argentina, donde el simple hecho de la existencia de una situación de control no determina por ello la caída del velo de la separación de las sociedades, destinado a ser eliminado cuando, frente a un grupo económico "*de carácter permanente*" —grupo fundado en una técnica de jerarquía, subordinación o control— averiguamos que los vínculos que conectan a las empresas confieren "*maniobras fraudulentas*" en perjuicio al derecho del trabajo o al derecho de la previsión social, o una "*conducción temeraria o desaprensiva de los negocios sociales*" por parte de la empresa madre. México, al contrario, parece ponerse en el campo de las técnicas impregnadas de una visión laborista, por otro lado aisladas y antiguas, individualizando con algunas sentencias en el grupo un *patrón único* en la base del ejercicio de poderes de dirección y el desarrollo de una actividad de trabajo común.

E. REPRESENTACIÓN COLECTIVA Y ACCIÓN DE CONTRATAR EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS

El fenómeno de grupos de empresa modifica profundamente el escenario de las relaciones colectivas, desestabilizando las formas de representación tradicionalmente centradas en la empresa única, o sobre el lugar de trabajo, concebida como moneda aparte, induciendo por una parte a mantener el esquema tradicional —donde las relaciones colectivas se desarrollan de manera diversificada para cada empresa que forma parte del grupo, en calidad de entidad jurídicamente autónoma— y por otra parte empujando los sistemas a desarrollar (de manera heterónoma o autónoma) formas de organización y de acción colectiva adecuada a la organización compleja procedente del grupo.

En algunos países sólo los ordenamientos han: a) afectado algunos modelos mínimos de participación colectiva al nivel del grupo (particularmente en Francia, Alemana, Austria; o b) desarrollado formas de acciones contractuales colectivas de grupo.

a) En lo que concierne a los modelos participativos, se basan en la constitución de "comités" o "consejos" de grupos, entendidos como sedes de información y de consulta. Es el caso de Francia, donde la legislación prevé el comité de grupo, en el cual una delegación del personal designada por las organizaciones sindicales participa entre los que fueron elegidos a los comité de empresa de las sociedades del grupo; y también en Alemana, donde el consejo de empresa de grupo (*KonzernBetriebsrat*) puede ser constituido por acuerdo favorable de los órganos de representación general de las empresas que constituyen el grupo, sólo por iniciativa del órgano de representación de la empresa dominante. Hay que precisar que en Alemana el consejo de grupo se constituye en la empresa con varios consejos de empresa, erigiéndose casi como un organismo de coordinación de diversas estructuras constituidas en cada empresa del grupo, y no teniendo por lo general naturaleza sindical. Se presenta como instancia de información más que como instancia de representación de la plantilla, por eso las dudas sobre la posibilidad de atribuirle una capacidad de negociación al nivel del grupo. Si es verdad que el organismo fue constituido para permitir al conjunto de los trabajadores del grupo participar en las decisiones de la dirección misma del grupo, es necesario considerar contextualmente que opera en competencia con el organismos de la sociedad (el Consejo de vigilancia) y tiene funciones residuales con cara a las competencias reconocidas a los consejos generales de cada empresa: el poder de participación se atribuye en realidad a los organismos mixtos como el consejo de vigilancia dentro del cual se realiza el modelo típico de cogestión del ordenamiento alemán.

Un "*group work concil*" con un poder de representación de todos los trabajadores empleados en las empresas del grupo existe en el sistema austriaco, donde hay un acuerdo en este sentido. Este órgano tiene derecho a ser informado y consultado en las materias que conciernen a los trabajadores de varias empresas, y puede designar los representantes de los trabajadores ante el *Supervisory board* del frente del grupo, órgano representativo de los trabajadores del frente del grupo y de sus afiliados.

b) La estructura de la acción colectiva de negociar, en la mayor parte de los sistemas jurídicos, nació y evolucionó en la base del binomio tradicional *convenio de empresa / convenio de sector, contrat d'entreprise / contrat de branche, contratto nazionale / contratto decentrato,* y así sucesivamente. Se trata de un sistema de relaciones industriales no muy propicio al desarrollo de una acción contractual a nivel de grupo, la cual, si existe, se limita como mucho a empresas de gran dimensión del sector industrial, y tiende a desplegar funciones similares a las de otros convenios de empresa, mientras es escaso y excepcional que un sistema contractual estructurado con convenio marco contenga principio generales válidos para el grupo entero, a precisar sucesivamente a través de los contratos simples articulados en cada una de las empresas que forman parte del grupo.

Un cierto grado de desarrollo material de la acción contractual del grupo se puede averiguar en algunos sistemas: en mayor parte en los que: b1) prevén normas promocionales, pero también en los países que, al contrario, b2) no tienen ningún apoyo legislativo, y las dinámicas de negociación del grupo siguen una vía autónoma.

b1) En el primer grupo, situamos a países como Francia, Canadá y Argentina. En Francia, las negociaciones colectivas de grupo pueden tener vocación general sobre todo el estatuto colectivo, o pueden desarrollarse en aspectos específicos encaminados a precisar las modalidades de organización de la negociación o de la información de los representantes de los trabajadores a nivel del grupo, o también sobre el empleo, la formación y el acompañamiento de despidos colectivos decididos a nivel del grupo.

Un modelo interesante de legislación promocional es el del *Ontario Labour Relations Act,* en el cual las disposiciones relativas a los *comon employers* se dirigen expresamente a asegurar la integridad de los proceso de acción contractual colectiva; no es por casualidad que el *status* de *common employer* se invoque normalmente por una organización sindical a fines de ser reconocida como representación colectiva legítima a contratar en el interés de todos los salariados del grupo. Las condiciones requeridas por el Ontario Labour Relations Board, que tiene competencia exclusiva en materia de interpretación y aplicación de la norma con la presencia de

varias empresas, la conexión entre ellas, representada por un control y orientaciones comunes y la existencia de razones válidas de protección de prestatarios de trabajo. El Board, que dispone de una cierta protestad discrecional en la calificación de los hechos, tiene en cuenta bien la relación jurídica entre las empresas del grupo, o bien las relaciones que mantienen con los trabajadores y sus representaciones colectivas: en cuanto a los vínculos entre empresas, los jueces dan claramente más valor a los aspectos de control y de dirección común que a la propiedad y al control financiero. Por otro lado, convalidan la eventual circunstancia de que los trabajadores ya están representados de manera adecuada por una organización sindical que tiene una relación estable y duradera con el empleador. Consideran la oportunidad de preservar, con motivo de reestructuraciones, los derechos colectivos consolidados; en fin, toman en consideración la exigencia de permitir a los sindicados reconocer como contraparte al verdadero centro de poder económico.

El apoyo legislativo no parece, al contrario, haber producido un resultado significativo en Argentina, que prevé expresamente la posibilidad de concluir contratos colectivos de grupo. Un ejemplo significativo está representado por un contrato colectivo del sector ferroviario.

b2) España es un ejemplo del segundo modelo, donde la ley no prevé expresamente la facultad a la negociación colectiva de concluir *convenios colectivos* para los grupos de empresas; sin embargo, los actores sociales desarrollan la negociación de grupo, de tal forma que de hecho hay ejemplos concretos en los cuales el convenio colectivo institucionaliza una representación con estos caracteres. Pero los ejemplos son numéricamente limitados. Por un lado, en realidad, el silencio legislativo sobrentiende la ausencia de incitación estatal, por otro lado, hay pocos *convenios colectivos* que existan a nivel de grupo.

En otros países de Europa del Este como la República Checa, aunque no exista una legislación que regule la constitución de representantes del personal a nivel del grupo, si los empleadores de las empresas se afilian a la misma organización, puede ser estipulado un convenio colectivo de *higher level.* En Polonia también se permite a los sindicados concluir un contrato de empresa que afecte a varios empleadores cuando ellos forman parte de una estructu-

ra organizativa más grande, independientemente del hecho de que tal sujeto económicamente unitario tenga una personalidad jurídica. En este caso, el derecho de los convenios colectivos plantea que las disposiciones del contrato más favorable hacia los salariados con respecto a los contratos aplicados por los empleadores respectivos encuentran automáticamente aplicación a las relaciones individuales del trabajo de los salariados del grupo (principio de incorporación).

Los convenios colectivos de grupo son recurrentes en Costa Rica en lo que concierne el sector público. A diferencia del sector privado, los sindicatos representan a todos los salariados del grupo de empresas, y la estipulación de un convenio colectivo unitario es una práctica difundida.

Para concluir, parece necesario reconocer —con excepción de algunos casos particulares— una sustancial inadecuación de la ley con respecto a la estructura asociativa de los sindicatos, la cual se ha modulado, con el transcurso del tiempo, de forma que no se tiene en cuenta la dimensión completa del grupo.

Si a esto le añadimos las grandes resistencias, por parte de la direcciones de los grupos, a aceptar el nivel de negociación para el grupo considerado de manera unitaria, prefiriendo convenios diferentes para cada empresa, sería fácil imaginar por qué las relaciones colectivas de grupo acusan un retraso particular, denunciado por varias partes.

Examinando los países de la UE, no me parece que la transposición de la directiva comunitaria en materia de comité de empresa europeo haya determinado, hasta hoy, grandes revoluciones. Además, la norma comunitaria no impone de manera general, la creación de comités de grupos estables, limitándose a referirse a las empresas de dimensión comunitaria, mientras que las organizaciones sindicales, salvo escasos episodios de movilización común generada por disposiciones adoptadas por el legislador comunitario (por ejemplo la directiva Bolkenstein), todavía parecen ligadas, principalmente, a la dimensión nacional.

Esfuerzos sindicales consistentes, al contrario, se dirigen, en los países estudiados, hacia la defensa de formas de representaciones en materia de prevención de los riesgos del trabajo. El impacto notable que producen las nuevas formas de organización empresarial

descentralizadas en el campo de la salud y de la seguridad en el trabajo ha llevado a buscar sistemas de coordinación entre las diversas empresas y una mejor articulación de las políticas de prevención.

F. CONFLICTOS COLECTIVOS A NIVEL DEL GRUPO

No hay muchas experiencias de conflicto colectivo desarrollado a nivel del grupo y no son muy significativas.

La gran mayoría de las relaciones nacionales evidencian la ausencia, o en algunos casos, la poca relevancia cuantitativa y cualitativa, con motivo especialmente a las consideraciones que hemos hecho antes.

Sin embargo hay que precisar, particularmente tomando como referencia países europeos como Francia o Italia, que el reconocimiento amplio del derecho de huelga no plantea ningún limite al entorno en el cual se puede ejercer el derecho de los conflictos colectivos puesto que no hay interdicción, en el plano legal, de convocar una la huelga en un grupo de empresas, o una empresa red.

En algunos casos, se producen huelgas cuando se trata de contestar una estrategia empresarial orientada a realizar una reestructuración que concierne el grupo entero o que, considerando la empresa principal, tiene repercusiones en las empresas auxiliares.

De todos modos, las huelgas debidas a la renovación de los convenios colectivos siguen siendo muy raras, a causa de las estructuras binarias de los sistemas contractuales: en la medida en que los convenios colectivos de grupo o de redes son escasos, de la misma manera, las huelgas a este nivel son raras. Las empresas, por su lado, intentan presentar de manera independiente cada filial del grupo, con el objetivo preciso de evitar la concentración de conflictos colectivos y así eludir las huelgas con una repercusión más amplia.

Un ejemplo significativo de conflicto colectivo a nivel del grupo ocurrió en Austria en el sector del transporte aéreo. Aquí, los representantes de los salariados contratados en los servicios aeroportuarios gestionados por empresas jurídicamente autónomas que forman parte de un mismo grupo, reivindicaron una mejora de las

condiciones de trabajo en cada empresa invocando la estipulación de un nuevo contrato de grupo.

La situación del Reino Unido merece algunos comentarios, en lo que concierne a las acciones colectivas desarrolladas después de la externalización que ocurrió en el sector público. Aquí, la utilización creciente de los *Public Private Partnership* ha determinado, frecuentemente, una notable diversificación de tratamientos normativos y de retribuciones aplicables a los asalariados que trabajaban uno al lado de otro, unos como asalariados de sector público, los otros como asalariados de sociedades privadas contratados bajo convenios colectivos, con normas de tratamiento muy inferiores. A fin de contestar este trabajo "en dos escalas" (*two-tier workforce*), las organizaciones sindicales de los asalariados del sector público han intentado poner en marcha formas de presión orientadas a mejorar las condiciones de los asalariados de la sociedades privadas, pero no pudieron ir más allá en este terreno. Las acciones de huelga, se hubieran considerado, según la ley inglesa, como "*unlawfull secondary action*" (acción secundaria ilegítima) porque iban dirigidas a intervenir sobre la condiciones de trabajo de otro empleador (la sociedad privada), lo que hubiera expuesto a los sindicatos a acciones de reparación de los daños sufridos.

Los países de América central meridional no parecen tampoco conocer episodios particularmente significativos de *huelgas* capaces de afectar a todos los salariados de empresas de un grupo.

En Brasil, el informe da a conocer que en los grupos de empresas de gran dimensión, en donde se encuentra sin embargo la constitución de organismos sindicales representativos de todos los salariados de las *empresas prestadoras de servicio*, no es raro ver huelgas específicas de algunos asalariados sin la adhesión de los trabajadores directamente dependientes de la empresa utilizadora.

G. LAS RELACIONES COLECTIVAS EN LOS GRUPOS: EL PAPEL DE LOS COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS Y LA VALORIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y DE CONSULTA

La directiva 94/45 del Consejo del 24 de septiembre de 1994 relativa a la institución de un "CEE" (comité de empresa europeo) o de un procedimiento para la información y la consultación de los

asalariados en las empresas y en los grupos de dimensión comunitaria, ha planteado las bases para la creación de un sistema transnacional de relaciones industriales basadas en una legislación europea. El desarrollo del mercado interno, que favoreció la formación progresiva de empresas que actúan en una dimensión comunitaria, la existencia de coherencias sociales a nivel comunitario constituyen los elementos que pesan a favor de un crecimiento de sistemas de relaciones industriales microcorporativos y transnacionales a nivel de empresas o de grupos de empresas. En cuanto al campo subjetivo de aplicación, y con respecto especialmente a la noción de grupo, el legislador comunitario identifica el grupo como una entidad compuesta de una empresa que controla y de una o más empresas controladas o sometidas a una influencia dominante, en consecuencia, a título de ejemplo, "del hecho de la propiedad, de la participación financiera o de las reglas que la rigen" (art. 3 dir. 94/45 CE). Como lo confirma además la jurisprudencia comunitaria (Caso Gofrost CJCE 29/03/2001), no hay que tener una noción predeterminada del grupo frente a la conciencia de la heterogeneidad de la estructuras de las sociedades a escala mundial. Resulta la posibilidad de entender también modelos de grupos horizontales (o paritarios) basados en los acuerdos contractuales entre varias sociedades.

La directiva, con respecto al principio de subsidiariedad, remite a las legislaciones de cada Estado miembro, ya sea por lo que se refiere a los criterios de elección o de designación de representantes de los asalariados con el objetivo de formar la delegación especial de negociación, o para las disposiciones subsidiarias del artículo 7 relativas a la elección o a la designación de representantes del personal en el seno del CEE. Esto crea incertidumbres relativas al tipo de representación que expresa el CEE, y consecuentemente a la clase jurídica de este organismo. ¿Se trata de un órgano de representación del personal de base electiva, o es un organismo sindical derivado? Evidentemente, el sistema permite constituir representantes a nivel del grupo, pero respetando la diversidad de los sistemas nacionales. El tipo de CEE acusa mucho de esta manera las especificidades culturales de las empresas, transmitidas por la casa madre, pero también, y sobre todo, normas internas de transposición. Desde este punto de vista, es el CEE de hecho el comité de una empresa europea más que el comité europeo de la empresa. Las consecuencias son obvias: en un sistema como el italiano que está basado en un canal único de representación, los destinatarios de la

información y de la consultación son los mismos sujetos negociadores. No es el caso en Francia, donde sólo los delegados sindicales tienen la capacidad de negociar, mientras existe una institución representativa del personal como el comité de empresa que no está habilitado a negociar.

El análisis de los acuerdos negociados por la dirección central y por la representación de los asalariados es interesante. Permite poner de relieve la influencia de los factores nacionales/transnacionales sobre los contenidos de los acuerdos a fin de evaluar si representan por lo menos un viático favorable a la emergencia de una dimensión supranacional de las relaciones industriales a nivel de la empresa o del grupo de empresa de dimensión comunitaria. Los juicios no son uniformes. Según algunos, los CEE constituyen una extensión del sistema nacional de representación en los lugares de trabajo en el país donde se halla la dirección central de la empresa o del grupo; otros sostienen que los acuerdos reflejan la especificidad del sector al cual se refieren. Si la directiva dio un impulso a la acción de negociar convenios colectivos transnacionales, a nivel de la empresa o del grupo europeo, se trata de una acción contractual de tipo procedimental que generó frecuentemente instituciones participativas. Hay que poner de relieve que en algunos sistemas nacionales, la información y la consultación son funcionales a la acción negocial, mientras que en otras, son funcionales a la codecisión. Sin embargo, a nivel de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria no existen mecanismos institucionales para contratar, ni tampoco sedes de codecisión en el sentido técnico. ¿Con estas premisas, cómo es posible imaginar que los CEE constituyan un vehículo de internalización de la acción contractual colectiva en las materias que son objeto de información y consulta?

Podemos formular dos hipótesis, y ambas parecen resultar confirmadas por el análisis empírico. La primera es que el CEE se plantea como actor de para-negociaciones que formulan grandes líneas para una acción contractual que se hallará en las filiales, al nivel nacional. La segunda hipótesis es que el CEE estimula la comparación y la colaboración entre sindicatos y representantes de los asalariados de los diferentes países que forman parte del comité. Por lo menos donde los sindicatos son organizados de buena manera, la creación de estas redes de información puede conducir a las partes a formular posiciones comunes.

Capítulo III

Transferencia de empresas u otras modificaciones de la base legal o jurídica de una empresa, o de una parte de ella

Sumario: A. Premisa.— Sección I: 1) Definición del campo objetivo de aplicación del supuesto de hecho; el instrumento jurídico utilizado; 2) Definición del objeto de cesión. La noción de entidad económica en la norma comunitaria: la evolución de la interpretación de la CJCE; 3) La noción de entidad económica en las planificaciones de los Estados miembros; 4) El objeto de cesión en los ordenamientos extra europeos; 5) *Pars pro toto, totum pro parte.*— Sección II: 1) Los destinatarios de las garantías; 2) La inherencia funcional organizacional del asalariado a la entidad objeto de cesión; 3) La inherencia "temporal" del asalariado a la entidad objeto de cesión; 4) Reglamentación de las protecciones. Las protecciones individuales en derecho comunitario; 5) Las protecciones individuales en los ordenamientos de los Estados miembros; 6) Las protecciones individuales en los países extracomunitarios; 7) Las protecciones de fuentes colectivas dentro de los Estados miembros de la UE; 8) Las protecciones de fuente colectiva en los países extra europeos; 9) Derecho de oposición en la directiva y la jurisprudencia comunitaria; 10) El derecho de oposición en las planificaciones de los Estados miembros; 11) El derecho de oposición en las planificaciones extra europeos; 12) El régimen de responsabilidad solidaria; 13) Los procedimientos de información y de consulta. Derecho comunitario y de los Estados miembros; 14) Los procedimientos de información y de consulta. Países extra europeos.

A. Premisa

Dado el carácter multiforme de los fenómenos de descentralización productiva, recurrimos más frecuentemente a la transferencia

de toda o parte de la empresa para conferir una forma jurídica a los procesos de externalización, la cual tiene, en los campos de estrategias de descomposición de las bases de producción, una importancia creciente desde hace veinte años ("*trend*" positivo).

Parece acertado, debido a la heterogeneidad de las normas, y a las dificultades lingüísticas que complican la comparación entre planificaciones diversas, operar una síntesis y una simplificación de la materia. A este fin, el método elegido es el de la comparación entre las normas presentes dentro de la UE (con la directiva n° 2001/23/CE) y las normas de países europeos y extra europeos considerados en la base de derechos nacionales.

Si bien es cierto que esa elección genera una simplificación y una reducción de las perspectivas de análisis, presenta cualidades que justifican su adopción.

En primer lugar, tal perspectiva comparativa se justifica por la existencia de un grupo que consiste en sistemas jurídicos nacionales que presentan una homogeneidad relativa de normas realizadas a través de la armonización comunitaria, es decir por un vector supranacional de reglamentación. La existencia de una norma supranacional, incluso limitada regionalmente, permite destacar las analogías y las diferencias entre el sistema de regulación común a la UE y de los países que, al contrario, no han regulado el fenómeno (por ejemplo, Chile, Costa Rica y Estados Unidos), y que a veces recurren a la jurisprudencia; o países que aplican normas específicas de transferencia por *analogía legis* (como es el caso en Perú, que aplica, para las transferencias, la norma L*ey General de Sociedad* que concierne a las fusiones); o también sistemas donde los tribunales tienen un poder creativo de derecho y donde operan fuentes normativas secundarias (estatutos, reglamentos, etc.) que garantizan una reglamentación incompleta y heterogénea. Se trata principalmente aquí de países del *common law*: Reino Unido, Canadá (sin Québec), República de Sudáfrica, etc.

Privilegiar la observación comunitaria no perjudica la posibilidad de evidenciar las especificidades de los países que tienen normas diferente, ni incluso las de los países de la UE, lo que muestra la interacción entre las fuentes internas y supranacionales, y el dialogo —a veces difícil— entre jurisdicciones nacionales y el TJCE. A este

propósito, conviene recordar que la directiva es el instrumento legislativo adecuado a fin de acercar las legislaciones de los Estados miembros de la UE relativas al mantenimiento de los derechos de los asalariados en caso de transferencia de empresa, de centro de trabajo o de una parte de la empresa, fuente de vínculo para los Estados que representa un objetivo a perseguir, y no un instrumento para alcanzarlo (art. 249 al.3 Tratado CE). Pertenece a la competencia de los Estados miembros lograr estos objetivos en cuanto a la forma y a los medios. El margen de libertad dejada a las decisiones de aplicación de los Estados miembros puede también cambiar sencillamente, pueden ser directivas que dejan espacios amplios de flexibilidad, funcionales con respecto a las particularidades de los sistemas nacionales (como por ejemplo, las directivas que son objeto de grandes discusiones sobre las sociedades europeas y sobre la participación, o pueden ser directivas como la que trata de la transferencia de empresa, muy específica (pero que deja también unos espacios de flexibilidad evidenciados *infra*), las cuales imponen, al contrario, una aplicación puntual y uniforme. El punto de vista elegido se justifica por fin, por el carácter relativamente completo del sistema normativo europeo, que reglamenta en detalle los principales aspectos del fenómeno, otorgando una base racional para la reglamentación con vocación supranacional. La reglamentación cubre de hecho, además de la definición de los campos objetivos y subjetivos de aplicación de la directiva, la protección acordada al trabajador incluido en el proceso circulatorio de la empresa, los procedimientos de información y de consulta sindical, los regímenes de responsabilidades entre cesionista y cesionario en la relación con el asalariado transferido. Se trata, como podemos ver, de un sistema normativo que se encuentra con dificultad en las planificaciones no europeas, las cuales, al contrario, reglamentan de manera parcial esta disciplina o no tienen ninguna reglamentación, y se apoyan, de manera generalmente insatisfactoria, en la jurisprudencia.

La discusión seguirá el orden coherente propuesto por el cuestionario. Primero hay que definir el campo objetivo de aplicación de la institución "transferencia de empresa o de parte de ella", clarificando lo que entendemos por "transferencia", es decir (i) ¿Qué actos jurídicos son idóneos para realizar la transferencia, y qué entendemos por el término "objeto de cesión" (ii). Después, será necesario explicar un problema de carácter general, relativo a la dis-

tinción entre transferencia de empresa y transferencia de una sola parte, a fin de verificar el carácter adecuado de una reglamentación indiferenciada.

Analizaremos después el campo subjetivo de aplicación de la disciplina sobre la transferencia y sus protecciones. Se tratará de definir quiénes son los sujetos destinatarios de la protección (iii) y de analizar con distinción las garantías (que derivan de las condiciones del contrato de trabajo individual, con referencia al empleador) (iv), las garantías colectivas (previstas por los convenios colectivos) (v), el eventual derecho de oposición del asalariado a su transferencia (vi), el régimen de responsabilidad solidaria que liga al cesionista y al cesionario con el asalariado (vii), y, por fin, el reconocimiento de derechos de información y de consulta de las organizaciones representativas sindicales o de los asalariados directamente interesados.

Cada uno de estos aspectos merece una atención particular. Sin embargo, la lógica que guía la presente reflexión no es un análisis "vertical" de la instituciones sino un análisis transversal, es decir una comparación/confrontación de la cual emergen características globales de la reglamentación, en la medida en que sean controlables. Son grandes líneas comunes que hay que confirmar o defender en la medida en que garantizan protecciones eficaces para los asalariados, o que hay que pensar de nuevo para las que parecen ser defectuosas para garantizar las condiciones de trabajo de los sujetos durante externalizaciones.

Sección I

1) Definición del campo objetivo de aplicación del supuesto de hecho; el instrumento jurídico utilizado

Una definición general, o mejor dicho, global, de la transferencia de toda o parte de empresa, válida para todos los sistemas jurídicos, puede expresarse más sintéticamente, en términos más descriptivos que normativos, como una *cesión de una entidad/actividad económica por parte de un sujeto que ejercía antes esta actividad de manera interna, a otro sujeto, que adquiere su gestión.* En caso de que lo que se cede sean simple funciones de empresa o partes de actividad, tal forma de externalización se acompaña frecuentemen-

te de una sucesiva readquisición por parte del cedente del servicio o de la actividad cedida anteriormente ejercida dentro de la empresa, por el esquema de "la *externalización intra moenia*".

Una vez introducida tal definición general, es acertado clarificar cuál(es) es (o son) los instrumentos jurídicos idóneos para realizar un cesión de empresa o de una parte de ella, definiendo, en sus límites morfológico-jurídicos, el objeto de la cesión. Este último punto es particularmente debatido en la doctrina y la jurisprudencia. Existen, en efecto, diferencias e imprecisiones terminológicas mostradas por la utilización de nociones que no son siempre equivalentes u homogéneas como la de una empresa, un establecimiento, una entidad económica, una actividad, un *business*, etc.

La directiva n° 2001/23/CE plantea que cualquier acto idóneo para producir una cesión contractual, incluso la fusión, realiza una transferencia de empresa o de una parte de ella. Tal principio está confirmado por la jurisprudencia del TJCE, la cual, a varias veces, insistió en el carácter irrelevante del acto jurídico utilizado, reconociendo aún la aplicabilidad de la directiva a fenómenos caracterizados por la ausencia de negociación directa entre el cedente y el cesionario, para que la transferencia pueda efectuarse en varias fases, por efecto de una mediación de una tercera persona. En el sentido del derecho comunitario, entre los instrumentos jurídicos que pueden estar en la base de una transferencia de empresa, podemos añadir la cesión de sociedad, no obstante el hecho de que ésta no esté expresamente mencionada por la directiva n° 2001/23/CE, pero entra en los instrumentos translativos que figuran en la remisión operada por la directiva 82/891/CE al sector de la transferencia de empresa en sus aspectos que conciernen a la protección de los derechos de los asalariados de cada una de las sociedades que participan a la cesión. El enfoque funcionalista no formalista adoptado por los jueces comunitarios parece ser aceptado por los legisladores de los países miembros de la UE. Por ejemplo, en el artículo 44 ET español, en el artículo 2112 del Código Civil italiano, que define la transferencia como toda operación que comporta la mutación del titular de una actividad económica organizada haciendo abstracción de la tipología de la negociación o de la medida; en la ley austriaca, que define la transferencia como todo procedimiento idóneo a transferir el poder de decisión de un sujeto a otro (venta, cesión de los derechos de propiedad, alquiler etc.). Una definición

amplia y análoga en el campo de aplicación de la norma se halla también en los derechos del trabajo sueco y holandés. El enfoque funcionalista está también presente en sistemas que, como el alemán, no precisa la clase jurídica del acto de transferencia, dejando a la jurisprudencia de la BAG (tribunal federal alemán) afirmar, en conformidad con la interpretación de la CJCE, el carácter idóneo de algunos actos jurídicos que comportan una mutación de la propiedad de la empresa. Tal noción se aplica entonces a todas las sucesiones de carácter simple, excluyendo, al contrario, las sucesiones de carácter universal (herencia, fusión, división, etc.) las cuales entran en la reglamentación del 324 UmwG. Sin embargo, este último, extiende la materia del par. 613 a BGB también a estos supuestos de hecho con tal que existan requisitos que supongan una transferencia de empresa. Los actos que no suponen una relación contractual/jurídica directa entre cedente y cesionario entran también en la noción de transferencia, mientras se excluyen del campo de aplicación del 613 a BGB las escisiones realizadas sobre la base de disposiciones de la ley o de actos "*autoritativi*".

Tenemos que fijarnos particularmente en la definición contenida en el *transfer of undertakings (protection of employment) regulation 2006,* adoptado recientemente por el parlamento del Reino Unido. Este texto pretende delimitar con mayor certidumbre las características del *transfer of undertakings* en el contexto de las externalizaciones. Tales *regulations* tienen el mérito de dar una ejemplificación del radio de instrumentos utilizables para realizar una transferencia de empresa (*service provision chamge*), en armonía con la norma europea e incluyendo varias hipótesis vinculadas al *outsourcing* como la de la cesión de *activities* por un *contractor* o un *subcontractor*. Las *Regulations* se aplican en casos de *transfer of understaking, business or part of undertakings or business* —que sólo existen antes de la transferencia— a otro empresario *employer*, en caso de que se confirme la transferencia de una *economic entity which retains its identity* (transferencia de una entidad económica que conserva su identidad). Se aplica también en caso de *service provision change*, en el cual las actividades gestionadas por un sujeto (*client*) en su propio beneficio están gestionadas por otro sujeto (*contractor*) en beneficio del primero; y en caso de una cesión de *activities*, gestionadas previamente por un contractor en beneficio de un *client* y cedidas a otro sujeto (*subsequent contractor*) que las gestiona siempre en beneficio del *client*.

Atendiendo a los "nuevos países comunitarios", la República Checa distingue la transferencia de empresa (o de una parte de ella), regulada y definida por los términos de "liquidación de empresa", venta de todo o parte de empresa, de la transferencia de "*task and activities*" definida en el código del trabajo, donde *task* está considerada como una producción de bienes, o como desarrollo de servicio, o cualquier otra actividad similar. Tal diversidad de fuentes no limita los instrumentos jurídicos para realizar una transferencia. El derecho polaco se expresa en términos de transición de una empresa que está necesariamente basada en la adquisición de un derecho de propiedad por parte del cesionario, lo que confirma la libertad de utilización de los instrumentos jurídicos más variados.

En los países de *common law*, encontramos analogías sobre los tipos de instrumentos utilizables para realizar la cesión de empresa. En Canadá, por ejemplo, según el *employment standards act* (2000) de Ontario, los derechos del sucesor entran en vigor en caso de la venta de empresa. Aunque una definición pueda limitar la individualización de la institución en el único caso de compra, la venta se define de manera amplia a fin de realizar una transferencia también en caso de acuerdo, de reestructuración, de fusión de empresa, de testamento (sucesión hereditaria), privatizaciones con un abanico de hipótesis más grande que las que prevé la legislación comunitaria.

En la homogeneidad general de los instrumentos idóneos para realizar una transferencia, la planificación chilena es una excepción: el término de transferencia se limita al único caso de compra, según la visión limitada, que no aplican los otros países de América latina. El derecho venezolano define, de hecho, la transferencia por la expresión muy general de "sustitución de patrón", el derecho peruano que sólo ha codificado el supuesto de hecho de la fusión, aplica tal legislación por analogía con todos los otros casos de transferencia de empresa.

Para concluir, podemos afirmar que, con algunas escasas excepciones, entre los sistemas estudiados, la definición del campo objetivo de aplicación hace abstracción del instrumento jurídico utilizado para realizar la transferencia; por eso, la individualización de los factores discriminantes a fin de cualificar la mutación del titular de la empresa en términos de transferencia de empresa (o de

una parte de ella), debemos abandonar el terreno del título jurídico para acceder al terreno relativo al objeto de la transferencia, lo cual es en mayor parte fenomenológico.

2) Definición del objeto de cesión. La noción de entidad económica en la norma comunitaria: la evolución de la interpretación de la CJCE

La directiva nº 2001/23/CE define su propio campo de aplicación a las transferencias de empresa, de establecimiento o de parte de una empresa a un nuevo empleador después de cesión, o de una fusión, y define el objeto de la transferencia como una entidad económica que conserva su propia identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de desarrollar una actividad económica esencial o accesoria (art. 1, 1b).

Exigiendo expresamente la existencia de un conjunto de medios organizados, el legislador comunitario deja entender que la entrada en el ejercicio de una simple actividad no integra en sí las extremidades de la transferencia de una entidad económica idónea a conservar su propia identidad. Al mismo tiempo, la directiva no precisa la clase y la circunstancia de los "medios organizados" que apoyan la identidad económica. El derecho europeo no prescribe de este modo una reducción de los elementos que constituyen la organización productiva a los solos bienes —materiales o inmateriales— organizados por el empresario, sino que atribuye una relevancia amplia al concepto jurídicamente neutro de "medios organizados", los cuales pueden ser identificados —en ciertos casos y en ciertas condiciones— como los únicos recursos humanos de la empresa.

En esta perspectiva, la directiva encierra en su propio campo de aplicación no sólo las "partes de los establecimientos", que ya estaban presentes en la primera directiva en matera de transferencias n° 77/187, sino, con una posición que relativiza la consistencia de bienes materiales al sector de referencia, valorizando también la organización de "medios" ampliamente entendidos, a las "partes de los establecimientos".

Decir que el legislador comunitario codificó la orientación jurisprudencial de la CJCE a partir de la sentencia *Suzen* con la directiva n° 23 de 2001 (en realidad con la directiva n° 98/50), es una obser-

vación común. La expresión "entidad económica" apareció por primera vez de manera significativa con la sentencia *Spijkers*, dentro de un razonamiento de conjunto conducido por el tribunal sobre elementos necesarios para identificar el objeto de la transferencia de empresa. Al averiguar si las condiciones habían sido satisfechas, el tribunal elaboró un test general, en el cual indicó una serie de indicios tipológicos. Hay que tomar en consideración "todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, y particular el tipo de empresa o de establecimiento en cuestión, la cesión por lo menos de los elementos materiales, entre los cuales los edificios y bienes inmuebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la cesión, por lo menos que el nuevo empleador contrate de nuevo a la mayor parte de la plantilla, la transferencia, por lo menos de la clientela, así como el nivel de analogía de las actividades ejercidas antes y después la cesión y la duración de una eventual suspensión de la actividad. Hay que observar que, con la lupa de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, se trata de indicios heterogéneos, los cuales fueron interpretados por el tribunal de manera equívoca. Algunos elementos son relevantes en lo que concierne a la individualización de los hechos de especie mientras otros concurren a la evaluación del mantenimiento de la identidad de la entidad económica.

La estrategia argumentativa adoptada por la sentencia *Spijkers* se mantiene en las sentencias siguientes (*Ny Molle Kro, Daddy' dance may o Tellerup*). Todo esto es coherente con una afirmación incluida en una de la primeras decisiones en la materia (la sentencia *Botzen*), que había indicado que "la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo que existe entre el asalariado y la parte de empresa o de establecimiento a la cual se vincula". Si el carácter fundamental de la relación laboral es la relación inherente a la parte de la empresa a la cual el salariado está asignado, es posible dar un paso más recordando que la transferencia de actividades a la cual el asalariado se vincula vale tanto como una transferencia de una parte de la empresa. A través de la superposición del concepto de entidad económica y del de actividad económica, el tribunal consigue hacer prevalecer la noción de transferencia de empresa a la de llamada de servicio, aumentando el campo de aplicación de la directiva hasta comprender la hipótesis de transferencia de un contrato de prestación de servicios (ver las sentencias *Waszon Rask, Scmidt, Merckx*). Esta orientación fue muy criticada, como lo

muestra el difícil dialogo entre la CJCE y los tribunales nacionales, que intentan mantener la tradición interpretativa centrada en la noción de *empresa-organización* (por ejemplo en Alemania, Italia, España), o que tienden a orientarse hacia ella (Francia).

En su esfuerzo por aportar una protección adecuada a los asalariados implicados en los proceso de tercerización, en las sentencias precitadas, el juez comunitario había cultivado un dato que no se puede despreciar. Poniendo en el mismo plano transferencia de empresa y transferencia de actividad, el tribunal mostró que había entendido cómo los procesos de externalización se manifestaban de manera diferente de la organización de los factores productivos en los cuales la función organizacional no se difundía a lo largo de los canales de propietarios, sino a lo largo de una red de vínculos contractuales.

Después de la sentencia *Schmidt*, parecía claro que el tribunal, en la cumbre de una orientación expansiva bien enraizada, y teleológicamente orientada hacia la maximización de la potencialidad de la garantía de la directiva, se había definitivamente lanzado por la vía de la identificación casi total del concepto de empresa / entidad económica con el de actividad. Había optado de este modo, de una vez para siempre, por la teoría que evoca la que fue elaborada por la doctrina francesa, y mantenida en la interpretación de la disposición del Código del trabajo (art. L.122-12) de la *empresa actividad*, en detrimento de la concepción opuesta —que prevalece ahora en Francia después del cambio brusco del tribunal supremo en 1985 y 1986— de la *empresa-organización*. Las críticas muy vivaces y las polémicas suscitadas por esta decisión obligaron el tribunal a desandar lo andado. Asistimos a un asentamiento más que a una inversión de la tendencia, en el sentido en que el juez comunitario consolida su propia conciencia de los fenómenos de externalización, dando una lectura de los mismos a la luz de la directiva (dir. 77/187/CEE). Al mismo tiempo, se da cuenta de que no puede dar a esa última interpretación totalmente comprehensiva juntada en la jurisprudencia precedente, por eso la sentencia *Suzen* dentro de la cual el tribunal intenta contestar a la críticas de un enfoque excesivamente expansivo e "hipergarantista" de la sentencia *Scmidt*, que va hacia una evaluación más rigurosa, y necesariamente contextual y de todos los conjuntos de indicios elaborados por la sentencia *Spijkers*.

Tras un homenaje formal a la precedente jurisprudencia, el tribunal se aleja de ella afirmando que la noción de entidad económica presupone un conjunto organizado de personas y de cosas finalizadas para ejercer una actividad económica. Por un lado se excluye que la simple sucesión en el desarrollo de una actividad cumpla los extremos de una transferencia de empresa, sabiendo que una entidad económica no puede reducirse a la actividad que le fue confiada, pero al mismo tiempo notamos que "si la transferencia de elementos patrimoniales constituye uno de los varios criterios que el juez nacional debe tomar en consideración para evaluar la efectiva existencia de una transferencia, la ausencia de tales elementos no excluye la existencia de la transferencia". Un conjunto organizado de asalariados subordinados específicamente y de manera estable afectados a la realización de una tarea determinada en ausencia de otros factores, podrá corresponder a una entidad económica. El cortocircuito entre elementos que constituyen el supuesto de hecho y los efectos de aplicación de la materia —cuyo mayor efecto previsto por el derecho comunitario, a saber la continuación de los contratos de trabajo con el cesionario, que se transforma en una pre condición de su aplicación— no está desarmado. Sin embargo, pueden apreciarse algunos elementos de novedad. En *Suzen,* a diferencia de *Schmidt,* el tribunal afirma claramente "que es el juez nacional competente el que debe averiguar a la luz de todos los elementos interpretativos enunciados anteriormente, si en el supuesto, se pudo averiguar la transferencia", y sobre todo, pone el acento, no en la transferencia de tal o tal parte del personal, sino en la transferencia de una "parte esencial", en términos de número y de competencia del personal. Notamos que no es una transferencia de un conjunto de relaciones de trabajo, sino la transferencia de un conjunto de trabajo que debe permitir desde un punto de vista tanto cuantitativo (número de asalariados) como cualitativo (conocimientos, competencias profesionales) que la actividad económica se realice.

Podemos ahora formular unas reflexiones conclusivas, que introducen el tema del objeto de la transferencia en el contexto de los sistemas nacionales. La principal conclusión es que el derecho comunitario acoge, a partir de la sentencia *Suzen,* una noción de *empresa desmaterializada (dematerializzatta),* pero no *inmaterializada, sin materializacion (smaterializzatta).* No se subrayan tanto los bienes que componen esta entidad como el valor económico en la

cual pueden concurrir de manera significativa las prestaciones de trabajo (*rectius,* la mayor parte de las prestaciones de trabajo apreciadas en términos cuantitativos y cualitativos): una noción ligera de la empresa, compuesta por la presencia de elementos materiales y de prestaciones de trabajo, que se retienen de tal manera que el juicio sobre la circunstancia de la entidad económica para que su transferencia esté ligada por la presencia de elementos materiales y estructurales.

Para poder cualificar un supuesto de hecho de transferencia de empresa, se exige: (1) que el objeto de la transferencia sea una entidad económica que es en sustancia una organización de personas y de elementos que permite el ejercicio de una actividad económica. Pero para que el tribunal no adopte una visión estrecha de la empresa organización, estos elementos no se identifican necesariamente con bienes patrimoniales, materiales o inmateriales, por consecuencia (2) la entidad económica puede estar constituida exclusivamente por un grupo organizado de trabajadores afectados por el empleador específicamente y de manera estable a un deber común. Además, subrayamos (3) una organización del grupo (con o sin el uso de elementos patrimoniales) entendida como vínculo objetivo entre sus componentes, cualificado y determinado a la finalidad productiva perseguida, que existía antes de la operación de descentralización y que no era puramente potencial, representando un dato instrumental de la empresa (o parte de ella) del objeto de cesión. En fin, notamos elementos de identificación de la entidad transferida en el sentido que ésta (4) debe ya ser operante frente a la empresa cedente y (5) debe seguir mantenida durante la transferencia y después de la transferencia (la recontratación "voluntaria" por parte del cesionario nos da un indicio presumiendo de la estabilidad estructural del personal empleado por el cedente).

3) La noción de entidad económica en las planificaciones de los Estados miembros

Hemos querido dedicar un espacio amplio a la reglamentación comunitaria, integrando el hecho normativo con la rica elaboración jurisprudencial de la CJCE, porque la dialéctica entre transferencia de actividad económica y transferencia de entidad económica describe bien los movimientos de oscilación que determinan el objeto del supuesto de hecho y, en consecuencia, el campo de aplicación

de la disciplina de la transferencia; todo esto tanto en los sistemas jurídicos europeos como mundiales, ya que la aplicación del núcleo normativo de protección prevista, sea por el Estado, sea por la jurisprudencia, depende de la definición del objeto, o más bien sobre el *dicrimen* entre actividad (*smaterializzata, non materialisée, inmatérialisée*), y la entidad (*dematerializzata, dématérialisée*).

En lo que concierne a los países europeos, hay que notar la adecuación legislativa a la directiva comunitaria a determinar un nivel de europeización consecuencia de una norma bien organizada, aunque, como lo hemos dicho, ésa permite oscilaciones y tensiones relativas a la aplicación jurisprudencial según las orientaciones de los tribunales nacionales. Emerge también un grupo de sistemas (Francia, Alemania, España, Italia) orientados a concebir el objeto de la transferencia en términos de empresa organización, introduciendo, en consecuencia, criterios rigurosos y selectivos de control de los supuestos de hecho a lo largo de los tres ejes principales donde se puede descomponer este control: es decir la noción de entidad económica, la reconducción de supuestos de hecho sin elementos materiales, la distinción entre empresa y parte de ella (punto en el cual nos detendremos *infra*). Hay que notar en estos puntos el rigor ejemplar de la normativa alemana, que codificó la noción de empresa y de parte de empresa en el § 613 a BGB, desarrollando después la jurisprudencia una noción coherente con la norma comunitaria. La empresa (o parte de empresa) se entiende como un conjunto organizado (entidad organizada) de personas y de medios (materiales o inmateriales) orientados al ejercicio de una actividad económica con fines propios. Los elementos substanciales de la entidad son la existencia de una identidad antes de la transferencia, ya individualizable en la organización del cedente aunque sea limitada a una función auxiliar y accesoria, y su conservación en la transferencia y después de la transferencia, mostrada por la efectiva continuación de la actividad objeto de la cesión por parte del cesionario. Es interesante notar la valorización efectuada por la BAG del elemento de la duración de la actividad económica desarrollada de la entidad transferida, juzgando que la pura potencialidad de esta última a durar después de la transferencia no es suficiente. En los confines de la noción, notamos, por un lado, que la pura sucesión de funciones de empresas no cabe en los supuestos de hecho reglamentados por el § 613 a BGB, mientras que la cesión sin la transferencia de medios de empresa está resuelto por un reco-

rrido lógico-jurídico que coincide con el que efectuó la CJCE en *Suzen*, por eso la recontratación voluntaria de una parte del personal destinado anteriormente al desarrollo de funciones determinadas comporta la adquisición por parte del nuevo titular de un *quid* —la entidad económica organizada— para el que desarrolla una actividad económica, es decir crear beneficios y tenerse propia posición económica en el mercado. Para no perder las fronteras entre transferencia de empresa y pura externalización de personal, la BAG se esforzó después de plantear los valores del porcentaje del personal recontratado sobre la base del cual se podía clasificar por lo menos los hechos en las transferencias de empresa, considerando en un caso que el 75% del personal recontratado no era suficiente para cualificar la situación de transferencia de empresa, considerando en otro caso el carácter adecuado para el 85%. Es acertado precisar que tales porcentajes no constituyen los límites o valores de referencia en sí, el número / porcentaje de asalariados transferido se apreciará también en relación con la pericia que llevan en ellos.

La normativa francesa cualifica también como transferencia de empresa o una parte de ella la cesión de una "actividad económica" interpretada, desde ahora, según la jurisprudencia europea. Confirmando la comunitarización de la disciplina, la condición de aplicabilidad del articulo L.122-12 del código del trabajo es la presencia de una entidad económica caracterizada por un conjunto organizado de personas y de elementos materiales o inmateriales que permiten el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio (aunque es accesoria a la principal). En principio, la transferencia debe entonces incluir no sólo trabajo, sino algunos "medios" con los cuales se realiza el trabajo. No es suficiente transferir un mercado. Hay que transmitir los medios materiales (máquinas, camiones, locales, etc.) o inmateriales (marcas, patentes, lista de clientes, derecho al arrendamiento, etc.). Las ideas del mantenimiento de la identidad y del conjunto organizado significa que una cierta continuidad en la organización debe ser perceptible antes y después de la transferencia. Una externalización por recurso a la subcontratación podrá por lo tanto realizar o no una transferencia, si se acompaña, o no, de estas transferencias de medios, de organización. Ante todo, la flexibilidad en la interpretación de los criterios se puede utilizar para extender o reducir el campo de los contratos según los envites prácticos de la especie: es esencialmente por este mecanismo que el tribunal supremo limita el efecto automático de

las externalizaciones en el caso cuando la transferencia concierne una parte de la empresa (y no la empresa en su globalidad).

El objeto de transferencia sufrió también un proceso avanzado de europeización en España, donde la doctrina y la jurisprudencia prevalente consideran que la entidad económica transferida (empresa, *centro de trabajo,* unidad productiva autónoma), conserva su propia identidad cuando el supuesto de hecho presenta las características de la *empresa-organización,* es decir cuando la transferencia incluye los elementos necesarios y suficientes para continuar una actividad de empresa caracterizada por una autonomía suficiente. Tal noción no implica necesariamente la presencia de medios materiales porque importan también la pericia, la red comercial, la clientela etc., puesto que en el caso de una actividad de servicio, la más reciente orientación del *Tribunal Supremo* se acercó formalmente a la CJCE, aunque en realidad la jurisprudencia continúe confiriendo un valor decisivo a la transferencia de elementos patrimoniales, cuya presencia confirma el carácter autónomo de la unidad económica.

En la base de las consideraciones desarrolladas en relación con la noción comunitaria de entidad económica, sobre la fe de interpretación que esta noción recibe en los ordenamientos jurídicos alemán, francés y español, es interesante subrayar el enfoque particular del legislador italiano, el cual, tras haber transpuesto correctamente *in parte qua* la directiva de 2001, se alejó durante la reforma operada por el d. lgs. nº 276/03, diferenciando claramente los elementos tipológicos del objeto de la transferencia: introduciendo una geometría variable entre la empresa en totalidad y su *parte,* el legislador italiano, por un lado, eliminó para esta última hipótesis, sea el requisito de la preexistencia, sea el de la conservación de identidad, por el otro remitió la identificación del *quid* que se transfiere a la voluntad de las partes, poniéndose en conflicto con el contenido de la directiva nº 2001/23 y con la elaboración jurisprudencial de la CJCE. Como sabemos, de hecho, la formulación de la directiva extiende el campo de la transferencia de empresa también a la transferencia de la parte de empresa, planteando una misma definición del objeto de la transferencia, y poniendo de relieve dos elementos: el carácter de estructura económica organizada con un fin productivo, y el mantenimiento de la identidad. Razonando en términos de conservación de la identidad del ramo de empresa, la

CJCE demostró en varias ocasiones acordar una importancia principal a la preexistencia del objeto de cesión, afirmando que la conservación de la identidad de la empresa "se deducía en particular del hecho de que su gestión fuese efectivamente perseguida o recuperada", es decir presupone racionalmente la preexistencia de la entidad transferida, que podría lógicamente conservar la identidad de algo que fue privada de ello anteriormente.

Mientras tanto, la CJCE objetivaba la noción de entidad transferida, valorando el hecho de la estabilidad organizativa (seguida oportunamente por la jurisprudencia alemana), el legislador italiano parece ir más hacia la dirección totalmente opuesta, comprometiendo la estabilidad estructural de la articulación transferida a fin de facilitar los procesos de externalización y de segmentación de la actividad de la empresa. La eliminación del elemento de la conservación (y de la preexistencia), en los límites del único caso de transferencia de parte de empresa, y su conservación en caso de transferencia entera de empresa genera entonces una disparidad injustificada de tratamientos entre dos hipótesis, nunca avanzadas en sede comunitaria, que no se encuentra tampoco en los sistemas jurídicos de los países miembros de la UE.

En los otros sistemas considerados, de hecho, podemos también decir que la comunitarización de la noción de empresa organización se expresa sólidamente en términos normativos, y aparece funcional a un control tipológico de las operaciones de externalización. El derecho austriaco, por ejemplo, define el ramo de la empresa como una actividad/entidad económica que desarrolla de manera permanente una actividad funcional a la realización de una finalidad comercial o productiva. En Suecia, la descentralización productiva se realizará en una situación donde una empresa vende/transfiere sus *assets* (incluyendo recursos productivos conexos con una parte de las *business operations* transferidas), el objeto de la cesión debe consistir en una entidad económica organizada de manera estable para obtener un objetivo económico. Encontramos una definición análoga en la planificación holandesa, que se refiere a una "*economic entity witch retain its identity*" (art. 7:662 (2) aCC), o por "*economic entity*" debemos entender "*a grouping of organised means, intended to pursue an economic activity*" (art. 7:662 (2) bCC). La planificación del Reino Unido valoriza también el dato de la estabilidad de la organización de la entidad cedida, refiriéndose

explícitamente a la transferencia de una entidad económica "*which retains its identity*" y está a punto de promulgar una nueva Regulation 2005/6 dentro de la cual la transferencia de empresa se refiere también a las nuevas hipótesis relacionadas con los fenómenos de externalización, cualificadas como "*service provision change*", dentro de las cuales las "*activities*" gestionadas anteriormente por un sujeto (*client*) en su propio beneficio están gestionadas por otro sujeto (*contractor*) en beneficio del primero, o de "*activities*" gestionadas por un *contractor* en beneficio de un cliente están cedidas a otro sujeto (*subsequent contractor*) que las gestiona en beneficio del *client*. En esta hipótesis global, relativa a la noción de *economic activities*, y cuyo mayor objetivo es discriminar los hechos de especie de legítimas transferencias de empresa de otras formas de externalización quitadas del campo de la transferencia, se define como "*organised grouping of ressources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or auxiliary*".

La situación de los nuevos países comunitarios, como Polonia, es diferente. La jurisprudencia considera en términos imprecisos y extensos la noción del objeto de la transferencia, tal como también hacer entrar cualquier bien que sea con la única actividad sin transferencia. República Checa presenta, por su lado, en el código del trabajo una noción de objeto de transferencia como "*the employer's tasks and activities*", imprecisa y no idónea para basar un control riguroso de los supuestos hechos.

4) El objeto de cesión en los ordenamientos extra europeos

La definición del objeto de transferencia dado por las ordenamientos europeos examinados se apoya sobre la dialéctica entidad económica contra actividad económica; además, en ausencia de definición legal precisa, el control de la tipología de los supuestos de hechos está sobre todo elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, lo que da un relieve particular a la cara estabilidad del quid cedido, entendido como mantenimiento de la identidad por parte de la empresa o por parte del objeto de cesión. En consecuencia, el carácter de la continuidad de la actividad desarrollada por el objeto transferido resalta. Sin embargo, mientras tanto dentro de la UE la afirmación de la noción de transferencia de una entidad económica puede ser considerada como adquirida, por la comprobación de

esta noción tanto por la norma comunitaria como por la jurisprudencia de la CJCE, a nivel general, el escenario está menos definido con el riesgo que la noción de transferencia de empresa o de una parte de ella se utilice para una instrumentalización y utilizaciones fraudulentas con el fin de expulsiones incontroladas del personal.

En algunos países estudiados, el objeto de la cesión se representa conceptualmente con la noción, próxima a la comunitaria, de unidad productiva organizada, excluyendo del campo de aplicación de la noción de transferencia de empresa la cesión de una pura actividad. Es el caso de países que tienen una noción legislativa de la transferencia de empresa. Es el caso de la definición —objetiva y materializada— contenida en el art. 6 del *Labour Act* del 2003 turc, que individualiza el objeto de la transferencia en la noción de "*establishemet workplace*" excluyendo la más genérica e incierta de *undertaking*. Con el *establishement workplace*, entendemos la entidad económica en la cual la fuerza de trabajo, los elementos materiales (instalaciones, máquinas, equipamientos) y la pericia están organizados por el empleador para la producción de bienes y servicios. Se trata de una entidad organizada e integrada, compuesta de equipamientos añadidos (adjuntos) y anexos: los primeros son en sustancia los bienes inmuebles y las máquinas, los segundos son los comedores, los dormitorios, los baños, los cuartos para las visitas, los jardines, etc.

En algunos países de *common law* también, donde la reglamentación de la transferencia de empresa o parte de ella se mantiene en fuentes segundarias como *statutory*, *stare decicis*, así como jurisprudencias de los tribunales de *common law*, las diversas interpretaciones relativas al campo objetivo de aplicación de los supuestos de hechos acaban proponiendo de nuevo la dialéctica actividad económica contra entidad económica en ventaja de la segunda. Por ejemplo, en este sentido, el derecho canadiense, que vio por un lado a los tribunales de Québec abrazar el concepto funcionalista de la empresa basada en funciones y en sus distribuciones como elementos que cualifican el supuesto de hecho de transferencia de empresa, y por otro lado los *labour board* de Ontario tradicionalmente escudados en una definición que solicita la presencia de elementos instrumentales, como la tierra, los medios de producción, las competencias de los salariados, la licencias, etc. para cualificarlo. Para homogeneizar las orientaciones jurisprudenciales de los

Estados federados, y para hacer que los controles de los supuestos hechos sean más rigurosos, el tribunal supremo acercó la orientación de anchas mallas de Québec a la más restrictiva del Ontario, poniendo de relieve la interpretación según la cual un supuesto de hecho puede ser calificado como transferencia de empresa sólo cuando el objeto de cesión es una entidad concebida en el sentido organicista, caracterizada por un vínculo organizacional y funcional de medios materiales, inmateriales, o al límite sólo de personas dotadas de competencias profesionales específicas, o de pericia. Al contrario, la situación normativa australiana parece ser más fluida, donde la legislación reconoce como transferencia de empresa o parte de ella la pura continuación de la misma actividad (*business*) desarrollada por el cedente por parte del cesionario, sin ninguna definición del concepto de *business* y de *part of the business*, cuando la jurisprudencia, reconociendo el carácter "camaleónico" de la noción, encuentra muchas dificultades para aplicarlo a los fenómenos de *contracting out* y *outsourcing*, dejando sin juzgar la extensión del concepto de *part of business* y sobre todo contando con la comparación entre las características de la actividad ejercida por el cedente y la que es presente con el nuevo empleador: *if in substance they bear the same character then it will usually be the case that the new employer has succeded to the business or part of business of the previous employer.*

La noción de transferencia de empresa se define de manera aun menos rigurosas en los países que no conocen ninguna codificación de la materia, donde la individualización de la transferencia de empresa fue dejada a la discreción de la interpretación judicial, frecuentemente a partir de otras materias. Sin embargo, incluso en estos sistemas, el control de los supuestos de hecho tiende a desarrollarse para garantizar los fraudes, a veces convergentes, e incluso superpuestos, sobre la interposición y sobre la adjudicación. Es el caso de Costa Rica donde, en ausencia de noción legal, el fenómeno de transferencia de empresa (o más precisamente de parte de empresa) a situaciones en la cuales el empleador se encarga del desarrollo, utilizando medios y capitales propios, de una operación productiva, anteriormente realizada por la empresa cedente. Mientras no encontremos las características de tal definición, el empleador cesionario se configura como puro intermediario del cesionista. La combinación de la disposición del principio de prevalencia del hecho al *nomen juris* dado por las partes, y de la norma que presume

la existencia de una relación laboral entre quien da y quien recibe un servicio (art. 18 del Código del Trabajo de Costa Rica) permitió a los jueces desenmascarar sociedades ficticias o relaciones comerciales aparentes (con evicción fraudulenta de las protecciones de los salariados) detrás de las cuales se escondían contratos de trabajo.

Es el caso también de la normativa argentina, caracterizada también por la ausencia de una norma que reglamenta la transferencia de empresa, y por una elaboración jurisprudencial particularmente rigurosa de la materia, según la cual "*el régimen instituido legalmente no sólo se aplica cuando se transfiere un establecimiento de la empresa, o esta última con todos sus establecimientos, sino, también, cuando el objeto de la transferencia se reduce a una parte, sección, o dependencia de un establecimiento, siempre y cuando lo transferido pueda ser considerado como una unidad técnica con autonomía productiva que permita, en la medida que sea, la continuidad de la actividad empresarial*".

Al lado de normativas en las cuales el objeto de la cesión es comparable al que está definido en derecho comunitario, existen otras en las cuales tal definición tiende a evaporarse, con, en consecuencia, un perjuicio en la eficacia del control de las tipologías. Es el caso en Perú, donde no existe una noción codificada de la transferencia de empresa, y donde se aplica por extensión la *ley general de sociedad* sobre las fusiones de empresa. Es el caso también en Israel, que no conoce por lo visto una legislación en lo que concierne al *transfer of undertaking*, en el cual se aplican, por extensión, las protecciones previstas por la única ley que existe en términos de descentralización productiva, el *employement of employee by manpower law* de 1996 (revisada en 2000).

En fin, los países como EEUU, Brasil, República de Sudáfrica, Venezuela, Uruguay, no dan ningún elemento de definición útil para el análisis. Debemos considerar que en estos países los procesos de externalización suceden fuera de un arreglo de control tipológico, que sigue los principios generales del derecho comercial propio de cada país, y los principios generales en materia de *freedom of contract*, con las consecuencias que podemos imaginar fácilmente en términos de garantías para los salariados concernidos.

En conclusión, podemos decir que fuera de la UE, la eficacia del control tipológico del supuesto de hecho muestra una configura-

ción en forma de "mancha de leopardo". Sería así acertado propugnar una intervención normativa de la OIT, al menos para indicar más precisamente los elementos sustanciales de entidad de objeto de transferencia.

5) Pars pro toto, totum pro parte

Es una opinión generalmente compartida, además de las circunstancias objetivas observadas en los hechos, que los procesos de externalización encuentran una realización sobre todo utilizando el esquema de transferencia de una parte de empresa. En la óptica de descentralización productiva, de hecho, la transferencia de la empresa entera es menos relevante que el de una parte de empresa, y es imperioso, en consecuencia, adoptar una visión jurídica selectiva y articulada de este fenómeno, adecuada par dar a la realidad económica-social una forma jurídica congruente.

La relación entre "parte" y "todo" parece ser crucial bajo dos aspectos.

Sobre todo desde el punto de vista de las garantías para los asalariados; en caso de una transferencia entera podemos considerar que la protección de los salariados aumenta al mismo tiempo que la amplitud del campo de aplicación de la disciplina, en el sentido en que cuando los supuestos de hecho pueden ser calificados de transferencia de empresa, los salariados se benefician de la protección. No podemos decir lo mismo en lo que concierne a las transferencias de parte de empresa. En tal caso, los efectos de la transferencia producen efectos peores más que protecciones. No sólo en casos fraudulentos o patológicos, en los cuales la externalización es sinónima de pura reducción del personal laudando la norma en materia de despidos colectivos, sino también en la hipótesis fisiológicas de externalización, en términos de convenios colectivos aplicables, de menores garantías en el campo de la protección del empleo, de menor confianza en el empleador, etc. Hasta el punto de poder considerar francamente preferible, para el asalariado, que la externalización se acompañe de la forma jurídica avaramente más grave con el despido (individual o colectivo) más bien que aparecer bajo la *sub specie* de la transferencia a un cesionario, quien dispone de instrumentos más débiles de gestión de los excedentes. En tal caso el cedente que quisiera reducir su personal debería necesa-

riamente moverse respetando el procedimiento relativo a los despidos individuales o colectivos, que justifican la rupturas, respetan la obligación —cuando existe— de recolocación, o los criterios de elección de los asalariados a despedir, reglamentados por la ley o la negociación, etc.

El segundo aspecto que sufre una torsión en la relación parte/todo concierne al interés de la empresa por la operación económica, con respecto no sólo a la protección de la integridad de la empresa global, y de su valor económico, sino también la *smaterializzazione* (*inmaterializacion*) de la organización productiva a través de programas de *reengineering y downsizing*, como ocurre en la transferencia de partes de empresa. Podemos decir que esos últimos años, asistimos a una mutación profunda de la estrategia y de la estructura de la empresa, y a un carácter cada vez más heterogéneo de las finalidades de la transferencia de empresa. La transferencia, que tiene una finalidad de protección de los asalariados, está estructuralmente dirigida hacia la creación de una forma jurídica con prácticas de externalización.

La cuestión no es insignificante bajo el punto de vista de la racionalidad (en el sentido de coherencia, adecuación, proporcionalidad) de la regulación de los fenómenos de descomposición de empresa por la transferencia. De hecho, en ausencia de una modulación normativa adecuada, el mismo sistema de protección reconocido a los asalariados afectados por los procedimientos circulatorios de empresa, se vuelve aplicado indiferentemente a una hipótesis que subtiende a varios intereses, si no son opuestos. La paradoja normativa es doble: por un lado porque se utiliza una norma preparada para dar garantías de protección a los asalariados con fines empresariales, por otro lado porque se invoca la forma jurídica que protege la integridad de toda la empresa para operar su inmaterialización. Desde entonces, la síntesis de los intereses que se operan por la norma sobre la transferencia de empresa tiende a perderse, en el sentido en que el interés de la empresa se aleja (o tiende a alejarse) de los intereses de los salariados abarcados por las externalizaciones. Mientras el interés de la empresa sugiere usar la forma jurídica de la transferencia de empresa para garantizar el paso de los asalariados hacia otro empleador sin su consentimiento, el interés del asalariado consiste, al contrario, en permanecer como trabajador del cedente. Dado que este último interés no se

toma generalmente en cuenta en la disciplina jurídica de los diversos sistemas jurídicos nacionales (salvo lo que diremos en materia de oposición), podemos decir que la reglamentación de la transferencia de empresa, funcional a los fenómenos de externalización, parece ser desequilibrada en favor de los intereses empresariales.

Los perfiles problemáticos planteados por la dinámica parte/todo son de dos órdenes. El primero tiende a la individualización, a través de criterios posiblemente ciertos y objetivos, de la noción de parte de empresa, para evitar una instrumentalización y una utilización fraudulenta dirigida a expulsar asalariados del proceso productivo, el segundo tiende a la adecuación de un sistema de protección aplicado indiferentemente a la transferencia de empresa y a la transferencia de una parte de empresa.

1) Frente a una utilización creciente de la forma jurídica de la transferencia de empresa como campo normativo de externalización —como hemos visto, fomentado en primer lugar por una extensión de la noción por la CJCE— el principal antídoto contra los casos patológicos de descentralización está representado por el control de los supuestos de hecho, de sus fronteras, y de sus condiciones de operatividad.

¿En qué consiste este control? Consiste obviamente en el arraigamiento objetivo de la noción de parte de empresa en función anti fraudulenta por la individualización de criterios que permiten, respetando las prerrogativas económicas y de gestión, el examen de la forma jurídica elegida en función de las realidades organizacionales, evitando así la paradoja de hacer depender la aplicación de una normal inderogable de la discreción de la acción empresarial. Criterios de control de la discreción centrados en la efectividad de la articulación de la empresa, y no en el carácter abstracto de un núcleo de bienes o relaciones cedidos a ser organizados para el ejercicio de una empresa; criterios, en resumidas cuentas, aptos para conservar un *discrimen* objetivo entre la cesión de una parte de empresa y la cesión de simples bienes, o de otros abstractamente idóneos para dar una forma jurídica a los fenómenos de externalización.

En los casos donde la transferencia no involucra la empresa entera sino una parte, el juicio de valoración para establecer si el su-

puesto de hecho entra en el campo de aplicación de la disciplina se enriquece naturalmente con otro elemento, representado por la autonomía organizacional y funcional de la parte cedida. Este tipo de presupuesto, y la exigencia relativa al control del supuesto de hecho, se encuentra en los principales ordenamientos jurídicos europeos que conocieron los procesos de externalización. Desde esta perspectiva, es posible justificar las precauciones adoptadas por la jurisprudencia francesa, interpretando de manera rigurosa el artículo L.122-12 cuando la transferencia ocurre en un contexto de externalización (y que concierne a una parte de empresa), y encuentra el disfavor del asalariado en cuestión. Las precauciones de la jurisprudencia italiana también están justificadas. Con el objetivo de poner un obstáculo a la utilización flexible de la norma sobre la transferencia, exige que la entidad cedida no sea cualquier parte de la empresa original, sino una parte idónea para convertirse a su vez en empresa, una especie de micro-empresa en estado de funcionamiento de manera autónoma y no, al contrario, *"il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro"*.

Exigencias similares se encuentran en Alemania, donde el asalariado implicado en los procesos de externalización está protegido también por un derecho de oposición. En España también, donde el legislador exige en caso de una transferencia parcial de la empresa, la existencia —como mínimo— de una unidad productiva autónoma, es decir, en la interpretación jurisprudencial, una entidad dotada de bastante autonomía organizacional y de capacidad de beneficio autónomo idónea para constituir por sí misma una entidad socio-económica de producción. Al contrario, la transferencia de elementos aislados e insuficientes con el objetivo de continuar la actividad no cumple con los requisitos del artículo 44 ET, excluyendo este supuesto de hecho del ámbito de la transferencia.

A esta exigencia de control de supuestos de hecho, hay que ligar el control, diferente, sobre las elecciones de los asalariados correspondientes a la parte de empresa con el fin de conjurar la selección arbitraria de los asalariados que se quieren excluir porque son menos productivos, o están sindicados o son inválidos, etc. El control debe ser ejercido de acuerdo con los criterios de la preeminencia de las funciones efectuadas y/o de la funcionalidad de la actividad del trabajo del asalariado con respecto a la parte de empresa cedida.

2) Cuando la transferencia concierne a una parte de la empresa, e independientemente del hecho de que ésta sea reconocida en la base del control del supuesto de hecho del precedente punto 1), el sistema de protección debería prever el interés de los asalariados a la conservación de sus puestos de trabajo ante el cedente. El consentimiento de los asalariados a la transferencia podría ser considerada como normalmente implícito, o expresado en términos de conformidad, pero cuando el asalariado hace explícito su desacuerdo a la transferencia, debería tener derecho a permanecer contractualmente vinculado con el empleador con quien se creó el vínculo contractual original. Tal solución, adoptada por los ordenamientos jurídicos que reconocen un derecho de oposición, introduce indudablemente elementos de rigidez, pero, al mismo tiempo, desempeña un papel positivo en la regulación de los comportamientos del mercado, induciendo a la empresa que descentraliza a buscar interlocutores sólidos y fiables para obtener más fácilmente el consentimiento de las organizaciones sindicales, de las representaciones colectivas de los asalariados, y de los asalariados mismos.

Sección II

1) Los destinatarios de las garantías

Aunque esto pueda parecer banal, antes de considerar si y cómo las legislaciones de los países justifican las posiciones jurídicas subjetivas de los asalariados implicados en procesos de transferencia de empresas o de parte de ellas, parece conveniente individualizar claramente quienes son los destinatarios de la garantía.

La directiva del Consejo n° 2001/23/CE en lo referente al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencia de empresa, de establecimiento, de parte de empresa o de establecimiento, indica cuáles son los destinatarios de las protecciones previstas: *los trabajadores de la empresa cedente en la fecha de la transferencia.* Hay que definir las nociones de *trabajadores, inherencia organizacional de la entidad objeto de cesión* y de *fecha de transferencia.*

En el sentido del artículo 2 de la directiva n° 23/2001, debemos entender por trabajador toda persona perteneciente al Estado miembro interesado que está protegido como tal por el derecho na-

cional del trabajo, precisando que la directiva misma no perjudica el derecho nacional en lo que concierne a la definición del contrato de trabajo y de la relación laboral.

El artículo 2 plantea algunos "límites" a la libertad de definición de los Estados miembros estableciendo que no se puede excluir del campo de aplicación de la directiva a los contratos o relaciones de trabajo por el solo motivo del número de horas de trabajo efectuadas o a efectuar, del contrato temporal tal como lo entiende el artículo primero punto 1 de la directiva 91/383/CEE del consejo del 25 de junio de 1991 (...), de relaciones de trabajo intermediarias como lo entiende el artículo primero punto 2 de la directiva 91/383/CEE y que la empresa, el establecimiento o parte de empresa o de establecimiento transferido es la empresa que emplea o que forma parte de ella. Consciente de la inestabilidad inherente a las relaciones de trabajo atípicas o flexibles, el *flexibility and security act* holandés de 1998 planteó el objetivo de mejorar la posición jurídica del asalariado "on call" o temporal (*temporary agency workers*). Si la directiva comunitaria se limita a definir como ilegítima la exclusión de estos salariados de su campo de aplicación, sin reforzar esta disposición con otros instrumentos de protección, el legislador holandés, de manera más realista, intenta introducir criterios concretos de protección de los trabajadores flexibles, que son los primeros que pierden su trabajo en el caso de una transferencia. De hecho, el FSA modificó el Código Civil holandés introduciendo una norma que contiene una presunción legal. Cuando una persona trabaja, mediante retribución, para un empleador más de tres meses consecutivos, por lo menos 20 horas semanales al mes, se presume que esta persona es titular de un contrato de trabajo y entra en el campo de aplicación de la legislación nacional y comunitaria sobre la transferencia de empresa. La presunción legal se vincula al rigor de la definición del legislador holandés, que se refiere al contrato de trabajo, y no a las amplias relaciones de trabajo utilizadas por la directiva, lo que implica que los *small engagements*, relaciones de trabajo no formalizadas, no están protegidos en el caso de una transferencia cuando el empleador niega la existencia de un contrato de trabajo.

2) La inherencia funcional organizacional del asalariado a la entidad objeto de cesión

La clase de la relación que vincula al asalariado con la unidad transferida no sólo depende del caso donde la transferencia con-

cierne a una empresa entera, supuesto de hecho en el que hay que distinguir las relaciones/contratos de trabajo estables de los *small engagements*, sino también y sobre todo del caso donde la transferencia concierne a una sola parte de la empresa, supuesto de hecho donde se plantea el problema de evitar la inserción en esta unidad de asalariados "degradados" para expulsarlos posteriormente, violando los procedimientos del despido.

La organización genera el vínculo que une a un asalariado con una unidad productiva. Tal elemento impone que los asalariados y los bienes de la empresa estén relacionados por un vínculo objetivo y necesario, una relación sincera entre asalariado y empresa o ramo de empresa cedida.

Aunque las relaciones dejan al lado este tema, éstas ponen de relieve la finalidad de evitar utilizaciones amplias o flexibles de la transferencia, en particular para despedir a la plantilla.

En Italia, por ejemplo, el problema del vínculo que debe unir a un salariado con una parte de la empresa transferida, se afrontó por la jurisprudencia varias veces, y se halla en el centro de un debate doctrinal sobre todo después de la promulgación del d.lgs. n° 276/03. El Tribunal Supremo, recordó varias veces que la elección de los asalariados afectados por la transferencia debe ocurrir sobre la base de la inherencia de la relación laboral a la parte cedida.

Las relaciones mencionan sólo marginalmente este tema, no obstante su indudable relevancia. Frente a la frecuencia cada vez más importante de recurso por las empresas a la transferencia de partes de empresa, instrumento jurídico elegido para realizar los procesos de reestructuración y de externalización, este instrumento necesita precauciones frente a lo que observamos en el caso de transferencias completas (donde hay, sin embargo, menos riesgos de elección discrecional).

Es interesante mencionar un ejemplo. Si la división tapicería de una empresa que fabrica sofás funciona con autonomía con respecto a las otras divisiones, que pueden tener un ritmo productivo diferente de las otras divisiones de carpintería y de transporte, podrá legítimamente ser transferida con el título de parte de empresa, dotada de una autonomía productiva y organizacional. La transfe-

rencia concierne a la división entera. Entonces, se incluyen en la organización, además de los carpinteros (trabajadores directos), también otros asalariado de mantenimiento, controladores de gestión (trabajadores indirectos). ¿Estos últimos deben ser transferidos? La respuesta requiere averiguar la prevalencia de las funciones efectuadas, la funcionalidad de la actividad desarrollada, etc., criterios, en resumen, de los cuales emergen si una eventual exclusión de dichos asalariados puede perjudicar la autonomía organizacional y productiva de la parte *transférande.*

Esto constituye un obstáculo concreto a las prácticas de empresas que se resuelven en predisposiciones ficticias de una parte que afecta a asalariados degradados (malos) con el único fin de expulsarlos. La inexistencia de un objetivo que vincula las prestaciones de trabajo y la parte cedida, probada por el recurso a actos de gestión antes de la cesión, lo que demuestra la incoherencia y la heterogeneidad entre la profesión del asalariado y la organización de la parte, y el carácter instrumental de la operación perseguida, no constituyen el supuesto de hecho de cesión de parte de empresa, y la aplicación de las protecciones consiguientes.

La organización nunca podrá provenir de una deliberación autónoma de la parte de empresa, sino que siempre debe constituir un elemento objetivamente evaluable. Se constituye de todas las reglas técnico-organizacionales en las cuales se encuentra la sustancia del poder del empresario que, en cada sector, sólo puede invertir la fuerza de trabajo, en la medida en que la coordinación y la armonización de las prestaciones simples sean suficientes en sí para integrar el ejercicio de una actividad empresarial.

3) La inherencia "temporal" del asalariado a la entidad objeto de cesión

Otro aspecto crítico afecta a la definición de la fecha de la transferencia. Cuando se trata de una norma dirigida a la protección de los asalariados transferidos, el legislador comunitario quiso individualizar con certidumbre las hipótesis legítimas usando la protección de la directiva n° 2001/23 (figurando ya en la directivas 77/187 y 98/50). Los asalariados ocupados en la entidad a la cual se refiere la transferencia se benefician de tal protección, y el contrato o la relación laboral que está pendiente "a la fecha de la transferencia",

a la diferencia de los que, a esta fecha, ya no son empleados por el cedente, ni tampoco de los que fueron contratados por el cesionario después de esta fecha. Hay que deducir que la realización de los derechos conferidos a los asalariados no se subordina al consentimiento del cesionista o del cesionario, ni tampoco a los representantes de los asalariados, ni a los asalariados mismos. Los asalariados sólo pueden expresar su renuncia a los derechos previstos eligiendo extinguir la relación laboral con el nuevo empleador. Esta relación, en ausencia de tal manifestación de voluntad, se transmite *ipso jure* por el único hecho de la transferencia.

Entonces, ¿Cómo adelantar la aparente incongruencia que nace de la limitación de la autonomía privada en una hipótesis que, como contractual, debería estar caracterizada por el libre encuentro de dos voluntades individuales y de la síntesis de tales voluntades en un acuerdo que responde totalmente a ambos intereses?

Si es correcto afirmar que la partes pueden determinar libremente los contenidos (en sentido estricto) del contrato y programar la concreta asignación de los intereses que consideran satisfactorio, salvando su libertad económica, sin embargo, esto no implica que la calificación del contrato proceda exclusivamente en base a tales estipulaciones. La acción de subsumir (*sussunziones*) la operación realizada en el supuesto de hecho jurídico "transferencia de empresa", con la consecuencia de atribuir tal *nomen juris* postula la individualización de la causa concreta del contrato de cesión, síntesis de estructuras reglamentarias predispuestas por la partes, intereses perseguidos, comportamientos de las partes y situaciones de hecho y de derecho sobre las cuales la operación se inserta y de las cuales la causa es el espejo. Los contratantes pueden evitar, o pretender evitar, la aplicación de un tipo particular de contrato a través de una operación de calificación formal, atribuyendo al contrato un *nomen juris*. El hecho de que la voluntad de las partes frente a la calificación no sea decisiva y que la calificación pertenece únicamente al juez, que permite atribuir un *nomen juris* diferente del que es adoptado por las partes es un principio indiscutible como garantía de la certidumbre del derecho. Para que la operación pueda ser identificable como "transferencia de empresa", es necesario que la entidad objeto de cesión posea los elementos ontológicos y estructurales indicados por la directiva 2001/23 y por la jurisprudencia, ya consolidada en este punto, de la CJCE. Se trata de crite-

rios de dirección de la discreción centrados en la efectividad de la articulación de la empresa y no sobre el carácter abstracto de un núcleo de bienes y relaciones cedidos para ser organizados para el ejercicio de una empresa. Estos criterios, en resumen, deben estar en condiciones de conservar un tipo de *discrimen* objetivo entre las hipótesis "cesión de empresa, de establecimiento o parte de ellos" y "cesión de simples bienes", u otras hipótesis idóneas para dar una forma jurídica a los fenómenos de externalización, así como los criterios que valoran el vínculo objetivo de pertenencia de un salariado a la entidad transferida.

Tales elementos están determinados por el CJCE en la sentencia *Celtec Ltd.* Esta clarifica la significación objetiva, y por ello indisponible para las partes, de la expresión *"fecha de transferencia"*. Por "fecha", el tribunal entiende el momento preciso (y no un lapso de tiempo que dura más o menos) durante el cual ocurre la transmisión, del cedente al cesionario, de la vestimenta del empleador responsable de la gestión de la entidad. La transferencia de los contratos y de las relaciones de trabajo en el sentido del articulo 3 n.1 de la directiva 2001/23 tiene necesariamente en la misma fecha de la transferencia de la empresa y no puede ser diferida, a discreción del cedente o del cesionario, a otra fecha.

Para apoyar esta interpretación, el tribunal observa que el artículo 3 n.1 de la directiva atribuye a los Estados miembros la facultad de prever que el cedente, después de la fecha de la transferencia de empresa, sea responsable, unitariamente con el cesionario, de las obligaciones que resultan de un contrato o una relación laboral, lo cual comporta, en todos casos, que las obligaciones se transfieran al cesionario en la mismas fecha (sentencia del 14 de noviembre de 1996, asunto C-305/94, *Rotsart de Hertaing*, rec. P. I-5927). El tribunal, además, constata que después de la fecha de la transferencia de la empresa, el cedente está liberado de obligaciones que derivan del contrato o de la relación laboral por el único hecho de la transferencia; teniendo en cuenta el objetivo de protección de los asalariados perseguido por la directiva, tal efecto sólo puede producirse cuando las obligaciones se transfieren al cesionario. El tribunal, por fin, considera que el hecho de reconocer al cedente o al cesionario la facultad de elegir la fecha en la cual el contrato de trabajo sería transferido equivaldría a admitir que los empleadores pueden derogar las disposiciones de la directiva 2001/23, mientras

que tienen un valor imperativo y que (no) se pueden derogar de manera desfavorable a los salariados.

4) Reglamentación de las protecciones. Las protecciones individuales en derecho comunitario

Como emerge de los "considerandos" de la directiva n° 2001/23, la reglamentación comunitaria responde principalmente a la exigencia de proteger los intereses de los asalariados a la conservación de su empleo, y al mantenimiento de sus derechos para con el cedente. Con tal objetivo, la directiva prevé la transmisión al cesionario de los derechos y obligaciones relativos al contrato de trabajo existente, evidenciando el principio de la insensibilidad de la relación laboral frente a las incertidumbres de circulación de la empresa (art. 3 de la directiva). El efecto de la sucesión se determina frente a la confrontación de todas las relaciones de trabajo que existen jurídicamente en el momento en que la operación translativa se perfecciona. La norma atribuye a los Estados miembros además de la facultad de prever, a cargo del cedente y a la ventaja del cesionario, una obligación de información circunstanciadas, en lo que concierne los derechos y obligaciones que serán transferidos, obligando a una notificación de estos derechos y obligaciones durante la transferencia. El hecho de que el cedente omita notificar al cesionario estos elementos no tiene incidencia, en cualquier caso, sobre la transferencia de los derechos y obligaciones, y sobre los derechos de los asalariados frente al cesionista o al cesionario.

Una norma nacional que pretenda establecer esta facultad debe asegurarse que la notificación de los créditos y obligaciones con referencia a las relaciones de trabajo que existen no puede tener incidencia en la transferencia, que sigue siendo automática, de estos derechos y obligaciones. Tal omisión de la notificación sería una violación del deber de buena fe en las negociaciones, y podría, en la relación cedente/cesionario, ser objeto de una eventual acción de responsabilidad.

En la posición acreedora del asalariado entran todos los derechos que encuentran su fuente de la relación con el cedente, cualquiera que sea su fuente de origen: legal, contractual o consuetudinaria. Corolario del principio de la continuidad de la relación laboral, y su "desarrollo riguroso", la norma comunitaria dispone

que la transferencia de empresa o de parte de ella no puede constituir en ella misma un motivo de despido, afirmación moderada por el reconocimiento contemporáneo de la facultad no perjudicable respetando la norma general sobre los despidos prevista por los Estados miembros (art. 4 de la directiva). Podemos decir que el principio de continuidad de la relación laboral, si se confirma por un lado por estas disposiciones, no es una conversión de un principio diferente, que prohíbe al empleador romper las relaciones de trabajo en un período anterior a la transferencia.

De la continuidad de la relación laboral deriva el principio a la conservación de todos los derechos inherentes a la misma (art. 3 de la directiva). La CJCE afirmó que la apreciación entraba dentro de la competencia de los jueces nacionales, observando que la disposición del artículo 3.1 apartado 1 de la directiva recordaba "en términos generales y sin ninguna restricción" los mismos derechos conforme a los objetivos de la directiva. La CJCE concluyó que la norma comunitaria preveía la transferencia al cesionario de todos los elementos del estatuto contractual, cualquiera que sea su origen.

La continuidad de la relación laboral que existe con el cesionista, en la fecha de la transferencia, con las mismas condiciones convenidas con el cedente, y, como corolario, la ilegitimidad del despido con motivo de la transferencia, son las protecciones mínimas inderogables garantizadas a los asalariados de los Estados miembros de la UE. Encontramos algunos, con menor fuerza e intensidad, en otros países.

5) Las protecciones individuales en los ordenamientos de los Estados miembros

La reglamentación de los Estados miembros de la UE, como lo impone la directiva comunitaria, se dedica a la protección de los derechos de los asalariados y garantiza, por un lado que las posiciones subjetivas relativas a las relaciones de trabajo existentes con el cesionista se transfieran al cesionario, y por otro lado que la transferencia en sí no sea considerada como un motivo válido de despido. No emergen del análisis comparado puntos importantes de contraste entre normas nacionales y derecho europeo.

El § 613 a BGB alemán prevé que, en el caso de una transferencia de empresa, el cesionario recupera los derechos y obligaciones

que derivan de la relación laboral que existía en el momento de la transferencia. Tales relaciones de trabajo pasan del cedente al cesionario *ope legis,* con la consecuencia que estos últimos son insensibles a las incertidumbres del cambio de empresa. Además, los asalariados están protegidos de los despidos efectuados con motivo de la transferencia. En sustancia, la transferencia de empresa produce una mutación subjetiva de la partes de los contratos de trabajo, permaneciendo invariable el contenido de la relación laboral en lo que concierne a los derechos y obligaciones contenidas en los acuerdos individuales (el salario, las indemnidades contractuales, la antigüedad, las vacaciones, etc.) que forman parte de la relación individual de trabajo.

El principio es análogo en derecho francés, en el cual, en el caso de una transferencia de "unidad económica" en el sentido susodicho, el artículo L. 122-12 al. 2 del Código del Trabajo, los contratos individuales de trabajo son mantenidos, el contrato antiguo permanece pero vincula en adelante al asalariado con un nuevo empleador. La transferencia de las relaciones de trabajo se realiza *ex lege* y cada acto que lo obstaculiza es ilegítimo. El derecho francés está muy atento frente a los despidos vinculados a la transferencia de empresa o parte de ella. Los despidos que se producen justo antes o justo después de la transferencia parecen estar prohibidos, mientras los despidos que se producen "*con motivo de*" la transferencia son nulos, "*sin efectos*" dice el Tribunal Supremo y eso por aplicación del artículo L122-12 al. 2 del Código del Trabajo. Una vez la transferencia realizada, la cuestión es más compleja. El nuevo empleador recupera en principio el derecho de despedir, pero el ejercicio del derecho está más vigilado cuanto más reciente es la transferencia. Un despido que se produce justamente después de la transferencia es claramente sospechoso de ser un rodeo del artículo L 122-12 del Código del Trabajo, una manera de eludirlo.

La transferencia no podía entonces ser en sí misma un motivo de despido. Más generalmente, en cuanto se muestra que las medidas adoptadas después de la transferencia tienen como finalidad de eludir el mantenimiento de los contratos de trabajo, son ilícitas: mutación pedida para eludir la transferencia. Pero esto no significa que el licenciamiento justo después de la transferencia es totalmente prohibido. Esto significa más bien que, cuando el nuevo empleador licencia poco después de la transferencia, debe no sólo

probar una causa real y seria, sino debe también probar que esta causa es independiente de la transferencia realizada.

La protección de los asalariados en el caso de *transfer of undertaking*, en el Reino Unido, sigue la norma comunitaria, para los elementos siguientes: la continuación de la relación laboral y el mantenimiento relativo de los derechos adquiridos por el asalariado; la aplicación del convenio colectivo como si fuera negociado con el *transferee*; la interdicción de despedir en relación con la transferencia (despido ilegítimo). La protección consentida por la legislación inglesa en este último caso se vuelve más fuerte por una presunción legislativa según la cual un despido se considera como ilegítimo si está, de cualquier manera, relacionado con una transferencia de empresa. Aunque la relación laboral se acaba con el cedente, el asalariado despedido se beneficia de una indemnización adicional de la indemnización de base del despido, calculada de manera "justa y equitativa" (*just and equitable*) a título de daños e intereses por el incumplimiento del empleador. Aunque el texto no esté claro, tal indemnización no parece ser debida si el despido no está relacionado con la transferencia.

En Suecia, en el caso de una transferencia de empresa o parte de ella, las relaciones de trabajo que existen con el *transferor* en el momento de la cesión permanecen automáticamente con el *transferee*, salvo el derecho, para los asalariados, de oponerse a la transferencia. Los derechos que figuran en el convenio colectivo del *transferor* se conservan también.

El derecho italiano establece también que el principio de la continuidad de las relaciones debe surtir su efecto de manera plena e incondicional, comportando la entrada del cesionario en la posición deudora y acreedora del cedente. El primer apartado del artículo 2112 del Código Civil dispone que "en caso de una transferencia de empresa (...) la relación laboral continúe con el cesionario y el asalariado conserva todos los derechos que derivan". El apartado 4 añade que "la transferencia de empresa no constituye en sí un motivo de despido". El artículo 44.1 ET español mantiene una posición análoga, indicando que la transferencia "no extingue por sí misma la relación laboral", y que la relación continúa con el cesionario.

El principio de intangibilidad es a partir de ahora reconocido en los nuevos países comunitarios. La República Checa, por ejemplo,

reconoce que en caso de una transferencia de empresa o parte de ella, las relaciones laborales continúan *ex lege* con el cesionario con el mantenimiento de todos los derechos. Las estipulaciones destinadas a excluir sus protecciones (en particular la continuación del trabajo del cesionista al cesionario) están expresamente prohibidas.

6) Las protecciones individuales en los países extracomunitarios

Fuera de la UE, los derechos individuales de los asalariados están también reconocidos, a niveles y grados de efectividad inferiores a la protección que otorga el derecho comunitario. Es posible individualizar tres grupos de sistemas.

El primer grupo incluye países como Turquía, donde las garantías de las posiciones individuales se desarrollan con una articulación normativa bastante similar al derecho comunitario. En Turquía, hasta 2003, no existía un derecho codificado a la continuidad de las relaciones laborales en casos de transferencia. Este principio era sin embargo reconocido en doctrina y en jurisprudencia. El nuevo *labour act,* que ajusta progresivamente el derecho turco del trabajo al derecho comunitario, prevé ahora expresamente en su artículo 6 el carácter no determinante del empleador y que en caso de una transferencia, el cesionario entra en la relación laboral en vez del cedente.

El segundo grupo incluye los países de América del Sur, que son bastante homogéneos. Conocen el principio de *continuidad laboral,* pero está presente de manera más fluida e incierta que en el derecho comunitario. En Costa Rica, donde no hay una regla legal en materia de transferencia de empresa, la jurisprudencia colma las lagunas del legislador planteando que en caso de venta o de transferencia de empresa, la sustitución de empleador no perjudique a los asalariados cedidos. En Perú, en la base de la aplicación extensiva del artículo 344-2 de *la ley general de sociedad,* la sociedad que absorbe (cesionaria en caso de transferencia) adquiere en bloque a título universal el patrimonio, incluyendo los créditos de los asalariados contratados por la empresa absorbida. Tal regla, unida al principio de continuidad laboral, permite deducir que los asalariados conservan sus propios derechos frente al nuevo empleador.

El tercer grupo de países presenta garantías más inciertas. Canadá tiene una doble reglamentación de protección. El efecto de las disposiciones del *succesor employer* es el de asegurar, en caso de *sale of business*, que la relación laboral de un asalariado (*an employee's employement service*) con el *employer* anterior sea transferida al *successor employer*. La continuación de la función para los asalariados se aplica sólo a los *statutary benefits*. El Código Civil de Québec prevé la continuación de la relación laboral cuando un asalariado anteriormente empleado por el *predecessor employer* se transfiere a la subordinación de un *successor employer*. Viceversa, el *common law* no contiene una disposición análoga, con el resultado que, salvo una posibilidad de novación de contrato (que requiere el consenso del asalariado) el *successor employer* será considerado como el nuevo empleador.

En la República de Sudáfrica, el *labour relation act* prevé que en caso de una transferencia, todos los derechos y obligaciones siguen estando en vigor entre el nuevo empleador y el salariado. Sin embargo, hay que hacer hincapié en el hecho de que la normativa sudafricana, caso único en las relaciones analizadas, inserta la transferencia de empresa como hipótesis que puede justificar un despido por "*operational requirements*", que además prevé espacios de derogaciones a las protecciones. El *labour relation act* precisa que el nuevo empleador se vincula por *arbitration awards* que derivan de leyes o convenios colectivos, salvo en caso de estipulación contractual contraria entre las partes. Entonces, hay un reconocimiento de la facultad de derogar *in pejus* por pacto entre cesionista y cesionario.

7) Las protecciones de fuentes colectivas dentro de los Estados miembros de la UE

Una cuestión particularmente debatida, y resuelta de manera diversa por los Estados miembros, concierne al futuro de las fuentes colectivas aplicables a la relación laboral después de la transferencia de empresa o de parte de ella. Es cierto que el principio de mantenimiento de los derechos de los salariados sería en gran parte vaciado de contenido si no era posible aplicar las condiciones de trabajo establecidas por convenios colectivos, especialmente porque en la mayor parte de los países, las posiciones subjetivas de ventajas del asalariado dependen generalmente, de las previsiones de convenios colectivos.

La directiva 2001/23 precisa en el artículo 3 punto 3 que "después de la transferencia, el cesionario mantiene las condiciones de trabajo convenidas por una convenio colectivo en la misma medida que fue previsto por el cedente, hasta la fecha de rescisión o de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor o de la aplicación de otro convenio colectivo. Los estados miembros puede limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, a reserva de que esta última no sea inferior a un año". Como vemos, la directiva impone por un lado al empleador cesionario la aplicación de las normas colectivas en vigor (incluso de empresa), y por otro lado, de manera aparentemente contradictoria, introduce moderaciones. Esta obligación puede terminarse (vencimiento del contrato); el convenio colectivo puede incluso ser sustituido por otro.

De hecho la norma europea tiende a velar por dos exigencias distintas: asegurar por un lado en lo que cabe la estabilidad de la relación laboral, a fin de evitar traumatismos demasiado grandes al asalariado durante la transferencia; por otro permitir una alineación de esta relación colectiva de trabajo dentro de la nueva empresa. La directiva es demasiado genérica, especialmente en lo que concierne a la hipótesis de sustitución fundada en la articulación de la estructura contractual, dejando el problema, crucial para definir la amplitud de las obligaciones del cesionario, de la definición del nivel que debe ser considerado para el efecto de substitución. La formulación literal de la directiva (que se refiere a la aplicación de los convenios colectivos) podría dar a entender la aplicación dentro de la empresa cesionaria del convenio colectivo a todos los niveles para los asalariados. Esta opción fue expresamente excluida por el legislador italiano, que, durante la recepción de la directiva 98/50, precisó que el efecto de sustitución se producía únicamente entre convenios colectivos de mismo nivel.

Las normativas nacionales organizaron reglamentaciones diferentes, en función de las tradiciones respectivas. El derecho alemán prevé una continuidad de la reglas que derivan de acuerdos colectivos limitada a las disposiciones que se aplican en referencia al contrato individual, es decir las normas en vigor que proceden de un convenio colectivo (*Tarifvertrag*) o de un acuerdo sindical (*betriebsvereinbarung*), mientras que se excluyen del campo de aplicación del § 613 a BGB las partes obligatorias del convenio colectivo y otras reglamentaciones colectivas que no conciernen a los derechos

y obligaciones del salariado, como en el caso de las normas sobre *Betriebswerfassung* (*works constitution*). En la base de una interpretación conforme a los principios comunitarios, lo que está previsto por el § 613 a BGB se extiende a todos los convenios colectivos.

En la normativa francesa también hay convenios colectivos afectados por el cambio de empleador. En virtud del artículo L 132-8 al. 7 del Código del trabajo, su porvenir es el mismo que el de los convenios colectivos denunciados. Se quedan en vigor durante una duración mínima de quince meses, salvo si un nuevo convenio colectivo, adoptado en la empresa de acogida, viene a sustituir a su antiguo convenio. Después de estos 15 meses, los salariados "conservan los beneficios individuales que han adquirido". La expresión, bastante enigmática significa que los beneficios "colectivos", como los que son relativos a las instituciones representativas de la plantilla o a los delegados sindicales, se pierden entonces. Sólo los beneficios "individuales", susceptibles de una utilización privativa, pueden conservarse. Además, sólo unos de estos beneficios se mantienen, los que llamamos "adquiridos". Los beneficios relativos al licenciamiento se pierden, mientras que en principio los beneficios relativos a la remuneración, ellos, se conservan. La jurisprudencia habla de derechos "nacidos" que se adquieren, por oposición a los derechos "eventuales" que no lo son. La distinción parece excluir del mantenimiento los derechos puntuales como los que son vinculados a la enfermedad o a la maternidad, por ejemplo, para mantener los derechos cíclicos o continuos, como los que son relativos a la primas y a las vacaciones anuales retribuidas.

El derecho holandés garantiza particularmente bien los derechos de los salariados transferidos. El legislador previó dos técnicas de regulación relativas al convenio colectivo aplicable: el *collective labour agreement act* y la *Declaration of universally binding and non binding status act.* El derecho entiende garantizar a los salariaos transferidos el mantenimiento de la condiciones de trabajo, aunque esto comporte, para el cesionario, la aplicación de salarios diferentes entre sus salariados y los salariados transferidos. Según el "*collective labour agreement act*", en casos de transferencia de empresa o parte de ella, los derechos y las obligaciones que encuentran su fuente en los convenios colectivos del cesionista siguen siendo aplicados a los salariados transferidos hasta el vencimiento natural del contrato. Sin embargo, si antes del vencimiento del con-

trato, el cesionario estipula un nuevo contrato, o se encuentra vinculado por un nuevo convenio colectivo (por efecto de la práctica denominada *extension of another collective agreement*), estos últimos prevalecen. En estos casos, quedará clarificar, y en este punto la doctrina es discordante, si el salariado puede reivindicar su derecho de elección de las condiciones más favorables (*cherry picking*). La *declaration of universally binding and non binding act* permite reconocer al ministerio de los asuntos sociales holandés la facultad de hacer obligatorio un convenio colectivo, o algunas de sus disposiciones, a todas las empresa que entran en el sector o en el campo de aplicación del acuerdo colectivo. El principio encuentra una aplicación específica en caso de transferencia parcial o total de empresa, en el sentido en que el contrato hecho obligatorio por el ministerio se aplica al cesionario hasta la firma de un nuevo acuerdo, o la aplicación de un nuevo acuerdo extendido.

Para hacer caer el convenio colectivo rendido aplicable por el ministerio, el cesionario debe aplicar las condiciones de negociaciones previstas para el cesionista antes de la transferencia. La situación acaba cuando los salariados transferidos aceptan las condiciones de trabajo aplicables, o negociadas con el cesionario.

En derecho austriaco, el nivel de protección de los elementos que derivan de fuentes colectivas es también elevado. El salariado puede oponerse a la transferencia si el cesionario se niega a aplicar las cláusulas de los convenios colectivos que introducen límites al derecho de ruptura o que prevén el derecho a un fondo de pensión. Si el salariado no puede ejercer este derecho si el cesionista paró su actividad, las cláusulas contractuales en vigor antes de la transferencia deben ser respetadas hasta ser escritas en el contrato estipulado entre los salariados transferidos y el cesionario. Si el convenio colectivo aplicado comporta una agravación sensible de las condiciones de trabajo, el salariado puede parar la relación laboral, y se aplica la norma prevista en caso de interrupción de la relación laboral por voluntad del empleador a la cesión. Si el cesionario no aplica el convenio colectivo, las condiciones de trabajo están reguladas en la base del convenio colectivo del cesionista. Si, al contrario en la empresa del cesionario se aplica el convenio colectivo, este último se aplica al salariado, con la excepción de las cláusulas menos favorables que las anteriormente aplicables.

En Italia, el paso del derecho colectivo del cesionista al convenio colectivo aplicable por el cesionario es particularmente delicado. Este último convenio colectivo puede comportar una deterioración de las protecciones previstas por el primero que no pueden ser cualificados como problemas de derecho. Según una primera interpretación, restrictiva, el convenio colectivo en vigor ante el cesionista conserva su efectividad sólo en la hipótesis donde el cesionario no aplica ninguna reglamentación colectiva. El contrato aplicado por el cesionario, o existente, se sustituiría inmediatamente y automáticamente (incluso en un sentido menos favorable) al en vigor en la empresa cesionista, garantizando por un lado a los salariados transferidos una continuidad de la apertura contractual colectiva, por otro lado la homogeneidad de la reglamentación colectiva en la empresa cesionaria, evitando las diferencias entre antiguos y nuevos salariados.

En nombre de la exigencia de un paso gradual de una a otra reglamentación colectiva, una interpretación diferente fue avanzada, que aparece mayoritariamente responder a la forma literal de la norma y a la finalidad de protección de los salariados presente en el derecho comunitario e interno. Según esta lectura, recordar el artículo 2112 a los convenios colectivos "aplicable" más que "aplicado" del cesionario dejaría suponer la referencia a una reglamentación futura y no preexistente, con la consecuencia de que los salariados transferidos conservarían el tratamiento colectivo aplicado por el cesionista hasta su eventual sustitución por el convenio colectivo, o su sustitución por una nueva reglamentación colectiva contextual o sucesiva a la transferencia. A la automaticidad del efecto sustitutivo, se prevé una sustitución de contrato gracias a "acuerdos colectivos de entrada" destinado a gobernar, armonizar la transición entre dos reglamentaciones colectivas. Apoyando esta segunda visión (que parece más consolidada), algunos jueces del fondo afirmaron que el artículo 2112 CC no sancionaría la automática sustitución del convenio colectivo aplicable por el cesionista al contrato aplicable por el cesionario, sino la posibilidad que se sustituya al primer contrato un contrato de entrada, con la consecuencia "que en caso de incumplimiento de un acuerdo, siguen estando en vigor los convenios colectivos que existen hasta su vencimiento natural".

8) Las protecciones de fuente colectiva en los países extra europeos

Si las fuentes individuales de protección de los derechos examinados son sustancialmente homogéneos, en el sentido en que se

reconoce el principio de insensibilidad de la relación laboral con respecto al proceso circulatorio de empresa, las fuentes colectivas son mucho más heterogéneas.

Sólo en las planificaciones canadienses y peruanas, encontramos leyes sobre la conservación de los derechos que derivan de convenios colectivos. Es difícil decir si para los otros derechos, tal omisión debe ser interpretada o no como una pérdida de las protecciones que derivan de las fuentes colectivas.

Si en Perú el artículo 43-e de la *ley de relaciones colectivas de trabajo* (D. Ley 25.593) prevé que los convenios colectivos de trabajo seguirán estando en vigor hasta su vencimiento en caso de fusión, cesión, venta, cambio de gestión, o otras situaciones similares, en Canadá, las leyes relativas a los derechos del sucesor vinculan al adquirente con respecto al convenio colectivo del vendedor hasta que un *labour relation board* lo decida de manera diferente. Según la ley que reglamenta la acción colectiva de contratar en Canadá y en Québec, el *successor* tiene derecho a aplicar el convenio colectivo del cesionista. Sin embargo, en caso de *sale or transfer of a business*, podemos llegar a una situación de "mezcla" de salariados protegidos, del cesionista, que se transfieren y de salariados que no son protegidos del cesionario, o también de salariados afiliados a sindicatos diferentes.

Este último caso es más delicado porque la legislación canadiense prevé que un sindicato tiene derecho a negociar para todos los salariados de una unidad productiva.

9) Derecho de oposición en la directiva y la jurisprudencia comunitaria

En adelante, es oportuno interrogarse sobre el derecho de los salariados transferidos a oponerse a su transferencia automática y su relación laboral, y, consecuentemente, a renunciar a su protección. En principio, vimos cómo la transferencia no necesitaba el consentimiento del salariado. El derecho comunitario no se ocupa entonces del rechazo del salariado a vincularse de manera diferente al empleador original (por eso una crítica de salariado-mercancía). En realidad, en la lógica de garantía de la reglamentación sobre la transferencia, este interés eventual fue absorbido por el interés del salariado a continuar su relación laboral.

Esta absorción resulta de dos presupuestos.

1) Que el vínculo circulatorio comprende, por lo menos según el *id quod plerumpque accidit*, la empresa global, y que así no exista para el salariado una verdadera alternativa a la transferencia.
2) Que la continuación de la actividad sea garantizada como fisiológica dentro del ambiente de una simple modificación subjetiva con la entrada de un empleador que actúa de manera autónoma sobre el mercado.

Ahora bien, estos dos presupuestos caen, o pueden fácilmente caer, cuando la transferencia llega en un proceso de externalización con cesión de una parte de empresa. Es seguro que el presupuesto 1) cae, porque subsiste la posibilidad de mantener la relación laboral por el cesionista. El presupuesto 2) puede caer cuando el ramo de empresa estaba recogida por un sujeto vinculado a la empresa cesionista por un contrato de adjudicación gobernado por esta última y cuya posición se convierte en la de un intermediario de mano de obra.

Frente a situaciones diversas, habría que tratar de manera diferente el carácter de la inderogabilidad del efecto translativo: automático para la transferencia de empresa entera, subordinada al consentimiento del salariado para la transferencia parcial.

La directiva 2001/23 no se enfrenta de esta manera a esa cuestión, limitándose a disponer el paso automático de los derechos de los salariados. La jurisprudencia de la CJCE tuvo ocasiones de clarificar que el objetivo de la directiva era de garantizar, "dentro de lo que cabe, la salvaguardia de los derechos de los salariados en caso de cambio de empleador, permitiéndoles de quedarse bajo la subordinación del nuevo empleador con la mismas condiciones que el cesionista". En otros términos, la directiva sigue, obviamente, una finalidad social, y se destina así a proteger las relaciones laborales que existen y los derechos sociales adquiridos en el ambiente de tales relaciones. La finalidad social de la directiva permite entonces preguntar legítimamente si el artículo 3.1, que prevé que "los derechos y obligaciones que resultan para el cesionista de un contrato de trabajo o de una relación laboral que existe a la fecha de la transferencia (...) se transfieren al cesionario" puede ser interpretada en el sentido de

permitir el derecho de oposición por parte del salariado a la cesión de su relación laboral.

Con la sentencia *Danmols* la CJCE dio una primera respuesta, diciendo que en el caso donde los salariados estaban "bajo la subordinación del cesionista en el momento de la transferencia", y habían "voluntariamente parado de trabajar bajo la subordinación del cesionista", la directiva no se aplica. El tribunal reconoció a los salariados el derecho de decidir unilateralmente de no continuar la relación, después de la transferencia, con el nuevo empleador. La relación laboral en virtud de la regla general, pasa al cesionario, pero, para que el salariado pueda ejercer su derecho legítimo de ruptura, esa relación "no continúa".

Con la sentencia *Katsikas*, el tribunal acaba de ocuparse del derecho de oposición. Reconoce que la facultad de oposición puede derivar del artículo 3.1, de la directiva. Esta facultad, según la CJCE, no debe entenderse como una medida más favorable, cuya introducción o aplicación depende de los Estados por efecto del mecanismo previsto en el artículo 7, pero más precisamente como una medida permitida y prevista por el legislador comunitario en el artículo 3.1 de la directiva 77/187.

El razonamiento de la CJCE evoluciona sobre el *ratio* de la directiva, para llegar a consagrar que "la directiva (...) aunque permita al salariado quedarse bajo la subordinación del nuevo empleador, (...) no puede ser interpretada en el sentido de obligar al salariado a continuar su relación laboral con el cesionario". El sentido de esta afirmación está clarificado ulteriormente por la consideración que "una obligación de este tipo comprometería los derechos fundamentales del salariado, lo cual debe ser libre de elegir su empleador y no puede ser obligado a trabajar para un empleador que no eligió libremente". Una vez afirmada en línea de principio y de manera incondicional la compatibilidad de la admisibilidad de la facultad de oposición por parte del salariado a la cesión en el sentido del artículo 3.1 de la directiva, el tribunal no entendió preocuparse de las consecuencias que generan el ejercicio de esta facultad de oposición en la relación laboral. Confió a las planificaciones internas el cargo de resolver este problema. El tribunal precisa que "cuando el salariado decide libremente no continuar su relación laboral con el cesionario, la directiva no obliga los Estados miembros a decidir

que el contrato de trabajo continúa con el cesionista. En tal caso, son los Estados miembros que determinan la reglamentación reservada al contrato o a la relación laboral". Para entender la importancia de esta necesidad estatal de estatuir sobre las consecuencias de oposición, es útil pararse un momento sobre la diferencia de posición adoptada por el tribunal y por el abogado general. En los argumentos de este último, las modalidades y la consecuencias del ejercicio de la facultad de oposición constituyen las condiciones subordinadas a la cuales, dado el carácter inderogable de la norma examinada, el derecho de oposición puede ser considerado como más favorable para el salariado y de este modo admisible en el sentido del artículo 3.1 de la directiva. La CJCE, al contrario, admitió de manera incondicional y por principio, la facultad de oposición, y eso en aplicación del artículo 3.1, sólo dejando a las planificaciones internas la competencia de reglamentar las consecuencias y la condiciones de ejercicio de la facultad de oposición, o mejor, la competencia de realizar *in concreto* una facultad que encuentra su origen en el derecho comunitario.

La remisión a las planificaciones internas, contenidas en la sentencia *Katsikas,* no es nada más que la especificación de un principio general, que condiciona las relaciones entre las planificaciones, en virtud de la cual la realización y la aplicación del derecho comunitario, en sus límites y condiciones delimitadas por este último, depende del derecho interno.

En el plano de la afirmación de un principio que deriva de la planificación comunitaria, un papel que tiene una relevancia importante es el del juez nacional. Este último debe averiguar, o reconstruir, dentro de los límites de su competencia, las consecuencias que el ejercicio de la facultad de oposición puede provocar en la relación laboral. En otros términos, a la luz de los argumentos desarrollados, con otra finalidad, por el Abogado general, el juez nacional debe averiguar si la reglamentación de las consecuencias y de los presupuestos de la facultad puede encontrarse en un acuerdo con el cesionista "que precisa los efectos del ejercicio del derecho de oposición" o en un conjunto de reglas de principio del orden jurídico interno.

La admisión abstracta de la facultad de oposición, en las condiciones señaladas, no contradice la jurisprudencia según la cual el nacimiento de todas las obligaciones que derivan para el emplea-

dor cesionario del contrato de trabajo se averigua por el único hecho de la transferencia, si este efecto no es "subordinado al asentimiento de los salariados interesados". En esta sentencia *Katsikas*, y en las palabras del abogado general, podemos encontrar las llaves de la superación de la contradicción aparente entre la facultad para el salariado de oponerse a la cesión de su relación laboral y el principio de transferencia *ipso jure* de los derechos y obligaciones al cesionario. Podemos retener que el consentimiento no es una condición que subordina la transferencia de la empresa. Este último, en general, no sufre ningún perjuicio de la facultad del salariado a oponerse a su transferencia, mirándolo individualmente. En otros términos, la transferencia de empresa interviene, salvo la circunstancia que los salariados expresen o no su consentimiento. Sin embargo, la facultad de oposición es salva, la cual se manifiesta durante la transferencia del contrato, durante la substitución del cesionario al cesionista.

En la jurisprudencia comunitaria expuesta anteriormente, y confirmada por las sentencias posteriores de los jueces de Luxemburgo, no se afirma nunca que el salariado que no consiente a su transferencia sea reconocido *ope legis* en derecho de quedarse empleado por el cesionista. Tal posibilidad no es excluida por parte del tribunal, pero su reglamentación es de la incumbencia de los Estados miembros. En este sentido, se parece más a un reconocimiento por parte del tribunal, que a una facultad —más que un derecho— de oposición del salariado, cuya determinación de las consecuencias es de la incumbencia del legislador nacional.

La remisión, por parte del tribunal, a la legislación de los estados miembros se encuentra repetida en dos sentencias sucesivas, *Mercks* y *Europièces*. Este último contiene una precisión: el tribunal indicó que si el contrato se resuelta a causa de una "modificación substancial de las condiciones de trabajo", procedente del empleador, consecutiva a la transferencia, el artículo 4.2 de la directiva impone a los Estados miembros prever que tal resolución sea considerada como procedente del empleador, como si la iniciativa viniera de él (hablamos así de "licenciamiento indirecto").

10) El derecho de oposición en las planificaciones de los Estados miembros

Las consideraciones desarrolladas en el párrafo anterior, relativas al reconocimiento de un derecho fundamental de los salariados

de oponerse a las incertidumbres de las transferencias, especialmente cuando la relación laboral corre peligro de ser modificada por el proceso de externalización, se confirman en los sistemas que reconocen expresamente a los salariados el derecho de oponerse a la transferencia. El análisis comparado permite distinguir tres modelos. En primer lugar, países como Alemania o Suecia, que reconocen un derecho general de oposición. Un segundo modelo, representado por Austria, que prevé un derecho parcial de oposición, para casos particulares. Un tercer modelo que incluye especialmente Francia e Italia, que no prevé un derecho de oposición.

En Alemania, el *Widerspruchrecht* se basa en el presupuesto que la atribución *ope legis* de un empleador que no fue libremente elegido perjudica la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona del salariado (art. 1, 2, 12 de la Constitución). En consecuencia, el § 613 a Abs 6 S 1 BGB plantea que un salariado, durante el mes de la comunicación del la transferencia (procedimiento de información detallada en el § 613 a Abs. 5 BGB), puede oponerse a la transferencia. Tal posibilidad se traduce, según la jurisprudencia consolidada de la BAG, por un derecho del salariado a la continuación de su relación laboral inicial con el cesionista, sin perjuicio de la posibilidad para el cesionista, de proceder a un licenciamiento conexo en razones económicas organizacionales que no se vinculan a la transferencia.

En Suecia, donde la transferencia comporta también el paso *ope legis* de las relaciones laborales, el ejercicio del derecho de oposición puede crear una serie de cuestiones prácticas, especialmente cuando el cesionario quiere obtener la fuerza de trabajo del cesionista. En este caso, procedemos a la práctica de la agregación de salariados ante el *transferee*, con un límite temporal. Por otro lado, el ejercicio del derecho de oposición no parece globalmente favorecido por el derecho. Por ejemplo, las cláusulas de los convenios colectivos aplicable a los *workers* que prevén una indemnidad suplementaria en caso de paro, que no se aplica a los salariados que rechazaron el paso con el *transferee*.

En Austria, hasta 1993, no existía una regla particular en lo que concerniente a las relaciones laborales en caso de transferencia. Ahora la ley se refiere expresamente a hipótesis específicas en las cuales el salariado puede oponerse a la transferencia de la relación

laboral. En particular si el cesionario no está dispuesto a encargarse de los cargos que derivan de una eventual garantía de estabilidad del empleo previsto en el contrato colectivo aplicable a la empresa cesionista, o coger de nuevo las obligaciones que derivan de normas que prevén el derecho a un fondo pensión de empresa. La oposición del salariado comporta el mantenimiento de la relación laboral con el alienante. Si el convenio colectivo aplicado por el cesionario comporta una sensible degradación de la condiciones de trabajo, el salariado puede romper el contrato con preaviso que se añade a la indemnidad prevista en caso de licenciamiento.

En general, en las otras planificaciones, la cuestión relativa a la existencia de un derecho de oposición reconocido al salariado en caso de cesión de empresa o de parte de ella se resuelve de manera negativa. La única posibilidad de manifestación del disentimiento reconocido al salariado es el de dimitir después de la transferencia, como lo prevé el artículo 4 alinea 2 de la directiva, que indica que si el contrato de trabajo se rescinde porque la transferencia implica una modificación de las condiciones de trabajo en detrimento del trabajador, la rescisión se considera como culpa del empleador. En Italia, la jurisprudencia y la doctrina que prevalecen siguen esa vía, reforzada por el contenido literal del artículo 2112 del Código Civil que dispone que "el salariado para quien las condiciones de trabajo sufren una sustancial modificación en los tres meses después de la transferencia puede presentar su dimisión con los efectos previstos por el artículo 2119 del Código Civil (imputación de la responsabilidad al empleador)". La interpretación supone, para su apoyo, la remisión operada por la CJCE a las planificaciones nacionales para que dispongan de las consecuencias después de la oposición, subrayando que, si nadie prohíbe al legislador nacional de introducir una norma que reconoce al salariado el derecho de continuar su relación laboral con el cesionista, no es posible confundir la facultad concedida por la CJCE de plantear esta reglamentación y la obligación para el legislador nacional de adoptar esta solución.

En Francia, en el caso de un cambio de cocontratante formal, los contratos de trabajo se mantienen frente al nuevo empleador, en nombre de la directiva de transferencia y del artículo L.122-12 del Código del Trabajo, sin que los salariados puedan oponerse. El salariado sólo tiene una posibilidad: o se somete, o dimite. El salariado puede rechazar su transferencia, pero esto no tiene efecto hasta que

dimita. Mejor aún, su primer empleador no puede decidir licenciar un salariado que rechazaría su transferencia. Este licenciamiento, que permitiría bloquear la transferencia, está privado de efecto. Porque rechazó el cambio de empleador, el salariado no tiene derecho a ninguna indemnidad de ruptura. Sólo tiene derecho a su reintegración en la empresa del cesionario, al mantenimiento de su contrato de trabajo.

Consideraciones *grosso modo* similares deben ser deducidas del sistema polonés, que no prevé el derecho del salariado a oponerse a la continuación del trabajo con el cesionario antes de la transferencia, sino sólo la posibilidad, en los dos meses después de la cesión, de romper la relación laboral, cualificada de resolución con preaviso imputada al empleador.

Todo esto dicho, no parece infundado valorizar, de manera interpretativa, la relevancia del consenso del salariado incluso en los sistemas que no lo prevén expresamente, en nombre de principios fundamentales comunes a todos los órdenes jurídicos, es decir la libertad contractual y el rechazo de la mercantilización del trabajo. Al contrario, no es decisivo limitarse a valorizar, lo que hacen generalmente los legisladores, en caso de disensión, las dimisiones *ex post* más que el derecho de oposición *ex ante*. En primer lugar porque la dimisiones conciernen justamente al momento que sucede al paso *ope legis* del cesionista al cesionario, en segundo lugar porque la facultad de dimisión prevista por el legislador nacional se plantea en aplicación del artículo 4.2 de la directiva mientras que, el derecho de oposición, en la experiencia jurisprudencial de la CJCE, interpreta el artículo 3.1 de la directiva, y valora la posibilidad de derogar al principio de la automaticidad de la transferencia sin consentimiento del salariado, poniéndose así en un campo de operatividad no sólo lógica sino también normativamente diversa.

De este modo, podemos decir que la cuestión, en las planificaciones que no han previsto el derecho de oposición, sigue siendo abierta. Los legisladores no optaron por una o otra alternativa planteada por la CJCE, según la cual pertenece a los Estados miembros determinar el derecho a aplicar al contrato o a la relación con el cesionista, si esta relación debe ser resuelta a petición del salariado o del empleador, o si puede continuar con el cesionista. Hoy día, en el silencio del legislador, es posible imaginar una derogación a

la irrelevancia del consentimiento limitada a la cesión del ramo de empresa, derogación sin fundamento literal, pero que encuentra un fundamento en la voluntad de poner en adecuación el ratio global de la materia, limitando su campo de aplicación a los únicos casos donde la transferencia produce efectos positivos sobre la relación laboral, o representa una extrema con respecto al licenciamiento por cesación de actividad por parte del cesionista. Resultaría una lectura de la materia en dos planos. Una donde la transferencia concierne a la empresa entera, la transferencia sigue siendo un efecto que no puede suprimirse del acto de disposición en la empresa, mientras que cuando la transferencia es parcial, podemos derogar a la regla en un sentido favorable a los salariados.

Se trata de un arma de doble filo. El salariado se queda con el cesionista, pero pierde su trabajo por licenciamiento debido a una reorganización que comporta la supresión de puestos. Además queda abierta la cuestión de la relación entre garantía individuales y dinámicas colectivas en el ambiente del proceso de descentralización productiva.

11) El derecho de oposición en las planificaciones extra europeos

Entre las planificaciones jurídicas extra europeas, el único país que reconoce el derecho de oposición de los salariados a la transferencia, que puede impedir el perfeccionamiento de la transferencia, es Japón. En derecho japonés, está previsto que en el contrato de cesión debe figurar el nombre de los salariados transferidos, y sólo después de su acuerdo es posible proceder a la transferencia. En algunos casos, el tribunal admitió la legitimidad de la transferencia, incluso en ausencia de contrato de cesión y de consentimiento de los salariados, reteniendo que podía deducirse del comportamiento de las partes una voluntad de transferir, además de la actividad, todos los salariados empleados en el *business* objeto de cesión.

En Venezuela, el salariado tiene derecho a juzgar perjudicial para su condición de trabajo la *substitución de patronos*, y poner fin a la relación laboral. En este caso, la resolución sobreviene después de la transferencia y se cualifica como "retracto justificado", dando derecho a percibir una indemnidad igual a la de un licenciamiento injustificado.

En los otros sistemas extra europeos considerados, no parece que tal derecho sea admitido. Las relaciones laborales permanecen *ope legis* con el cesionario y los salariados sólo pueden dimitir, sin beneficiar del régimen de protección previsto para los licenciamientos injustificados por responsabilidad del empleador.

12) El régimen de responsabilidad solidaria

El análisis de varias planificaciones evidencia varios límites en lo que concierne a la existencia y la reglamentación de un régimen de responsabilidad solidaria que, en fortalecimiento de las protecciones previstas para los salariados, garantiza el pago de los créditos anteriores a la transferencia. La directiva 2001/23 introduce en el artículo 3.1 una pura facultad (no una obligación), para los Estados miembros, de prever que el cesionista, incluso después de la fecha de la transferencia, sea responsable con el cesionario de las obligaciones vencidas antes de la transferencia consecuentemente a un contrato de trabajo que existía a la fecha de la transferencia. Todos los Estados miembros no ejercieron esta opción, y cuando codificaron un régimen de responsabilidad solidaria entre cesionista y cesionario para las obligaciones anteriores a la transferencia, las normas son heterogéneas sobre el contenido de la responsabilidad y de su extensión temporal.

El legislador italiano previó, en el sentido del artículo 2112 al 2 del Código Civil (modificado por la ley n° 428/1990), una responsabilidad solidaria entre el cesionista y el cesionario *ad limitum* para todos los créditos relativo a la duración de esta responsabilidad. Sin embargo el legislador permite al salariado liberar el cesionista de sus obligaciones de relación laboral.

Según el § 613 Abs 1 S BGB alemán, en consecuencia de una transferencia, el adquisidor se vuelve deudor de los derechos (*Forderung*) de los salariados que existen a la fecha de la transferencia. Los salariados se exponen al riesgo de ser transferidos en una realidad económica, con un empleador menos fiable. El derecho alemán prevé una responsabilidad solidaria para los créditos de estos derechos reivindicados. La condición en la base de la cual el cesionista es retenido responsable es que los derechos de los salariados existan a la fecha de la transferencia; el § 613 a Abs 2 S BGB prevé, en protección del cesionista, que la responsabilidad existe en un límite

temporal o más bien que los derechos de los salariados se accionan durante un período de un año. Además, si los derechos de los salariados caen sólo después de las transferencias, pero nacieron antes, el cesionista responde sólo en proporción del período de tiempo antes de la transferencia. En fin el régimen de responsabilidad solidaria, no cubre los derechos que nacen después de la transferencia.

El artículo 44.3 ET del Código Civil español introduce un límite temporal de tres años a la fecha de la transferencia de la responsabilidad solidaria que vincula el cesionista y el cesionario para las obligaciones anteriores a esta fecha.

La planificación polonesa prevé regímenes de responsabilidad solidaria diferentes en los caso de transferencia parcial o total. Si la transferencia incluye la empresa entera (empresa/establecimiento), el cesionario sucede a las relaciones laborales que existen y se sustituye al empleador anterior, tomando de nuevo las obligaciones que no fueron realizadas por su predecesor para con los salariados. En el caso contrario de cesión de una parte de empresa, el cesionario se convierte totalmente responsable para las obligaciones que derivan de las relaciones laborales con los salariados alcanzados a partir de la fecha de la transferencia, mientras que para las obligaciones anteriores a esta fecha, existe una responsabilidad solidaria entre el cesionista y el cesionario.

En países importantes como Suecia (con normas de protección y de seguridad social por lo tanto elevado), Inglaterra y Holanda, no existe ninguna norma referente a esto.

Las planificaciones del *common law*, como Canadá o Australia, no contienen ninguna previsión estatutaria ni jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria del cesionista y del cesionario, incluso para un período limitado, en lo que concierne a las obligaciones de los salariados anteriores a la transferencia.

El régimen de la responsabilidad solidaria, aunque reconocido, está limitado en el derecho turco. El *labour Act* de 2003 reconoce, en el artículo 6, que el cesionista y el cesionario son solidariamente responsables de las obligaciones que existen a la fecha de la transferencia para un período de dos años. No obstante, este régimen no se aplica en caso de fusión, incorporación o cambio de la base

jurídica de la sociedad. Para una institución muy particular, el TFR, existe una norma específica que excluye la limitación del régimen de responsabilidad solidaria del cesionista y del cesionario a sólo dos años.

Los países de América del Sur son también varios. Venezuela prevé normativamente que el empleador anterior será solidariamente responsable con el nuevo empleador durante un año después de la *sustitución.* Costa Rica reconoce un régimen de responsabilidad solidaria extendido a seis meses después de la transferencia. Sin embargo, en el caso de una venta de empresa o de una transferencia de empresa "aparente", una jurisprudencia consolidada se expresó en el sentido de un reconocimiento del derecho del salariado de volverse en contra del cesionista o del cesionario para la satisfacción de sus créditos, sin limitaciones temporales.

En Perú, al contrario, en ausencia de normas de derecho de trabajo que señalan este tipo de solidaridad entre cesionista y cesionario, o en ausencia de una jurisprudencia significativa en este punto, debemos concluir que el adquirente es exclusivamente responsable.

En fin, en República de Sudáfrica, el *labour relation act* prevé que el antiguo y el nuevo empleador son "*jointly and severally*" responsables, durante un período de doce meses, para todas las obligaciones nacidas antes de la transferencia.

13) Los procedimientos de información y de consulta. Derecho comunitario y de los Estados miembros

A las protecciones que se destinan a los salariados implicados en los procesos de circulación de empresa, hay que tomar en cuenta la dimensión colectiva del fenómeno, centrado en la elección por el derecho comunitario, de dedicar una parte de la directiva a la promoción de un sistema de información y de consultación destinado a proteger el salariado. Se añade la protección que la directiva reconoce a los salariados transferidos de continuar gozando de formas de representación colectivas adecuadas, prescribiendo que las representaciones de empresa continúan en el caso donde la entidad transferida conserva su propia autonomía e impone en los otros caso la adopción por los Estados miembros de medidas necesaria a asegurar a los salariados transferidos una representación

durante el período necesario para constituir una nueva representación. Además, en el caso donde, consecuentemente a la transferencia, el mandato de los representantes falta, estos últimos deberían seguir beneficiándose de medidas de protecciones previstas por el derecho nacional.

El núcleo de la materia, representada por el sistema de información y de consultación, figura en el artículo 7 de la directiva 2001/23, que indica que el cesionista y el cesionario deben informar los representantes de sus trabajadores respectivos en un cierto número de puntos, que por un lado atañen a las razones y consecuencias de la transferencia (jurídicas, sociales y económicas) de los salariados, y por otro lado, las eventuales medidas planeadas con respecto a los trabajadores. Para estimular la estrategia defensiva y participativa de las representaciones colectivas, es necesario que las informaciones estén disponibles en tiempo útil. Esta obligación tiene varios niveles para el cesionista y el cesionario: mientras que el primero debe dar la información antes de realizar la transferencia, el cesionario tiene más oportunidad en la información. Debe darse en tiempo útil pero de todos modos, antes que los salariados sean directamente perjudicados por la transferencia en sus condiciones de empleo y trabajo.

El sistema de informaciones es instrumental al de la consulta "a fines de buscar un acuerdo" sobre la medidas quizás previstas, sin obligación de éxito. Se debe tratar esa obligación, a medio camino entre la pura consulta pasiva y el acuerdo contractual verdadero y limpio. Las obligaciones procedimentales establecidas por la directiva pueden ser limitadas donde existe (como en Alemania) la posibilidad para los representantes de los salariados de recurrir a una instancia de arbitraje para obtener una decisión sobre las medidas a adoptar con respecto a los salariados. En todos casos los Estados miembros pueden excluir las empresas que se conforman al procedimiento de información y consulta, en lo que referente al número de salariados ocupados y las condiciones para constituir una representación en la empresa.

La materia rápidamente descrita responde a una demanda promocional de la regulación colectiva de los fenómenos vinculados a las reestructuraciones que caracterizó la legislación social europea de los años 70, consolidadas y generalizadas en los años ulteriores.

Ejemplo típico de la procedimentalización de los poderes patronales, el modelo puesto en plaza por la directiva no ataca las prerrogativas empresariales frente a las elecciones fundamentales relativas a la gestión de la empresa, sino sólo a enfrentarse con las consecuencias de tales elecciones, confiando a la autonomía colectiva el poder de condicionar los procesos de reorganización de las empresas y la adaptación de los niveles de empleo. En sustancia, procedimentando las fases que preceden la transferencia, la norma comunitaria inserta un *corpus* de una reglamentación conformada a la protección de prerrogativas individuales, una trama de intereses y de derechos colectivos o sindicales que deben ser judicialmente garantizados (artículo 9 de la directiva) y que involucra todas las articulaciones del grupo (artículo 7.4), sin que la decisión de efectuar la transferencia sea controlable. La consulta a fines de buscar un acuerdo concierne sobre todo las consecuencias jurídicas, económicas y sociales, y las medidas eventualmente tomadas para los trabajadores. Es un escenario de interferencia y de control colectivo sobre el ejercicio de las prerrogativas empresariales, pero no un verdadero contrapoder normativo. El modelo de información y de consulta delimitado por el legislador comunitario se acerca a una visión bastante débil de la democracia industrial. Para usar de esquemas ofertados por el modalismo jurídico, estamos lo más bajo del *continuum* que atañe a la formación de decisiones y reglas comunes. El modelo es entonces un instrumento imperfecto, externo a los lugares de decisión de la empresa, que se declina de manera más o menos consistente según las características jurídico-institucionales propias a cada sistema nacional y cada tradición de relaciones industriales.

Dejando las cuestiones de detalle, importantes pero sometidas a reconstrucciones en las bases normativas nacionales (por ejemplo las dimensiones, los sujetos destinatarios, etc.), es interesante evaluar comparativamente algunas problemáticas emergentes o particulares del modelo considerado, resueltas de manera no uniforme en los sistemas europeos.

La conexión funcional entre la reglamentación de los procedimientos de información y la consulta prevista por la planificación alemana y el ejercicio del derecho de oposición reconocido a los salariados son particularmente interesantes pero limitados al contexto nacional. Por otro lado, en el sentido del § 613 a BGB, la obligación "de instrucción" de los salariados sobre la transferencia

prevista no perjudica la realización concreta de la operación, que se perfecciona sin la realización del procedimiento. Igualmente, tal procedimiento no constituye una condición *sine qua non* para el ejercicio del derecho de oposición, que puede ser legítimamente ejercido por un prestatario de trabajo independientemente de esto. Sin embargo, un procedimiento de información que se desarrolla de manera "incorrecta" o incompleta puede conducir los salariados a ejercer su derecho de oposición de manera errónea; además, consecuentemente a un procedimiento de información que se desarrolló de manera incompleta o incorrecta, un salariado se vuelve titular de un derecho de oposición temporalmente ilimitado, con perjuicio de la buena terminación de la operación económica entre cesionista y cesionario.

Si la directiva comunitaria permite a los Estados limitar sus obligaciones de información y consulta a las empresas que se conforman, en lo que concierne al número de salariados, a las condiciones para la elección o la designación de un órgano colegial que representa a los salariados, el sistema alemán prevé que, prescindiendo de la designación por lo menos de un *Betriebsrat* (consejo de empresa), cada trabajador concernido por la transferencia debe ser instruido directamente *first hand* sobre la transferencia. Se trata de una previsión que no se encuentra en otros países europeos y que es funcional al desarrollo de un correcto y completo procedimiento de información, el derecho de oposición pudiendo ejercerse durante un mes.

En lo que relativo al contenido de la comunicación, los sistemas jurídicos europeos parecen adherir a la letra a la directiva, la cual, por lo tanto, no determina una lista imperativa de materias (que hubieran podido prever el contenido de información), pero más bien indica un contenido mínimo de información idóneo a construir un modelo operacional de democracia industrial. Las intervenciones de jueces no faltan, a fin de delimitar con más certidumbre los contenidos de la consultación. En particular, el sistema alemán, que confió a la jurisprudencia del BAG la acción de precisar el contenido instrumental al ejercicio del derecho de oposición, a fines de informar al salariado de los riesgos y beneficios conexos a la transferencia. La comunicación debe aquí indicar el momento previsto de la transferencia (normalmente por acuerdo entre el cesionista y el cesionario), el instrumento jurídico de realización de la

transferencia, que debe describir con una terminología comprensible por todos los salariados, los motivos de la transferencia, y las consecuencias económico-jurídicas y sociales de la transferencia, y las medidas eventuales para los salariados. Según los tribunales, es particularmente importante realizar la comunicación relativa a la continuidad de las normas colectivas, es decir el mantenimiento de las normas que existían con el vínculo bilateral de los contratos arancelarios (según los principios generales o según el § 613 a Abs 1 S 2 BGB en la base del cual los acuerdos se transformaran en acuerdos individuales) o al contrario su sustitución en la base del § 613 a Abs 1 S 3 BGB, que evidencia cuál será el nuevo contrato aplicable, los horarios, etc.

El contenido de la información a dar es amplio en Francia. Prevé la comunicación de toda "medida", para retomar la terminología del Código del Trabajo, en cuanto esta medida puede tener consecuencias sobre el empleo en la empresa. Esta consultación debe tener lugar cualquiera el tipo de efecto realizado sobre el empleo, el artículo L 432-1 al. 1 del Código del Trabajo precisa que "*el comité de empresa es obligatoriamente informado y consultado sobre las (...) medidas que afectan el volumen o la estructura de los efectivos, la duración del trabajo, las condiciones de empleo, de trabajo y de formación profesional de la plantilla*".

Esta consulta debe desarrollarse en cuanto ya no se trata de una simple idea, sino que ya se trata de un proyecto, y eso mucho antes de que la decisión se tome, a veces años antes. El artículo L 432-1-1 del Código del Trabajo confirma la idea, cuando impone una consulta anual del comité de empresa en las "previsiones anuales o plurianuales" en materia de empleo. Una consulta que supone que el comité sea informado y consultado de cada proyecto de externalización susceptible de tener un impacto en el empleo.

Por otro lado, el sistema francés indica también que en ausencia de efecto sobre el volumen o la estructura de los efectivos, una consulta es obligatoria, en cuanto la medida tiene una cierta importancia. El artículo 432 del Código del Trabajo, prevé una obligación de información y de consultación del comité de empresa "*sobre las cuestiones que interesan la organización, la gestión y el funcionamiento general de la empresa*"; así, un cambio de subcontratista, la cesión de una filial y más generalmente cada medida de gestión bastante importante se somete al imperativo de la previa consulta-

ción. Una negociación colectiva obligatoria debe aún tener lugar, en cuanto la externalización proyectada prevé una negociación anual obligatoria sobre las "*previsiones anuales o plurianuales de empleo*". Y el artículo L 320-2 del Código del Trabajo precisa que en las muy grandes empresas un negociación sobre este mismo tema, pero un poco más precisa debe establecerse cada tres años. Estas obligaciones de negociar se aplican naturalmente en la hipótesis de una descentralización productiva proyectada, en cuanto esta última podría modificar el volumen o la estructura del empleo de una persona moral dada. Es el caso en la mayor parte de las operaciones de descentralización productiva.

El ambiente comparado es bastante homogéneo en lo que concierne a la calificación jurídica de los hechos de especie descrita en la directiva con el término "consulta con vistas a un acuerdo", con oscilaciones que van del reconocimiento de la clase de negociación del procedimiento (obligaciones de tratar) a interpretaciones más débiles que se limitan a afirmar la existencia de una pura consulta pasiva.

Si en el derecho italiano, la expresión *esame congiunto* parece indicar una fase consultativa que puede, pero no debe necesariamente conducir a un acuerdo, tratándose de una situación parecida a la negociación, en Francia, la consulta se opera según las modalidades usuales de la consulta del comité de empresa, que incluyen al mínimo dos fases, una fase de información y una fase de consulta, en la cual el comité debe al final dar un aviso motivado, apoyado si es necesario, por contraproposiciones. El derecho sueco impone al cesionista y al cesionario la obligación de *negociar* con los representantes sindicales de los trabajadores —es decir los sindicatos que firmaron los convenios colectivos— las consecuencias de la transferencia, mientras que en Holanda los empleadores que quieren efectuar una transferencia deben consultar los *work council* o la *staff representation*. En Austria, en ciertos casos, los representantes de salarios pueden pedir en el campo de la negociación la elaboración de un plan social, es decir un verdadero acuerdo de empresa dedicado a minimizar las consecuencias sociales negativas que la transferencia puede conllevar para los obreros.

Las calificaciones de la planificación inglesa son más inciertas. Prevé una obligación de información y de consulta para los sindicatos reconocidos, o, en ausencia de ellos, otros representantes cuali-

ficados, que pesan sobre el *transferor* y el *transferee*, con objeto de buscar un acuerdo. Sin embargo, hay un debate para saber si el término "consulta con vistas a un acuerdo" se refiere a una verdadera actividad de negociación (efectiva mediación entre las posiciones de las partes), o si se trata de una obligación que vincula menos, que consiste en la posibilidad para el empleador cesionista de avanzar sus posiciones y validar contraposiciones, teniendo en cuenta algunas observaciones planteadas por los representantes del personal, contestando con la obligación de motivar cada rechazamiento.

El incumplimiento al respecto, por parte del cesionista o del cesionario, o a las obligaciones de información y de consulta genera varias reacciones, que van de sanciones totalmente pecuniarias (indemnización), que consiste en, para el derecho inglés, el pago de una suma definida por el juez de manera "justa y equitativa", en relación con la gravedad de la violación y de todos modos nunca superior a 13 semanas de salario, a la activación de remedios de restablecimiento. El modelo italiano es aquí característico, asimila el incumplimiento del procedimiento a una conducta antisindical (*condotta antisindicale*), por ejemplo, el artículo 28 del estatuto de los trabajadores. El problema, debatido en doctrina, concierne las consecuencias que derivan de las intervenciones judiciales, destinadas a hacer "*cessare il comportamento e rimuoverne gli effetti*". Esta fórmula de sanción sólo aplicable al caso estudiado significa que el incumplimiento de las obligaciones perjudica la validez de la transferencia —según una visión destinada a afirmar la caducidad de la incertidumbre traslativa no formalizada por el respeto de un procedimiento— o limita solamente su eficacia que sigue siendo suspendida hasta la realización de las obligaciones. La solución más acreditada es la segunda. No concierne al acto traslativo sino a su realización.

14) Los procedimientos de información y de consulta. Países extra europeos

Fuera de Europa, las planificaciones que prevén procedimientos de información y de consulta con los representantes sindicales o en su ausencia con los salariados puestos en los procesos circulatorios son muy minoritarias.

No es todo. Incluso donde existe una obligación, que pesa en el cesionista o el cesionario, de informar a los partenarios sociales del proyecto de transferencia, se acompaña raramente de una fase

sucesiva de consulta. Por lo que se trata del contenido de las informaciones y de las eventuales sanciones en violación de estas obligaciones, los derechos presentan lagunas obvias. Un parámetro de confrontación comparada puede encontrarse en la distinción entre (a) los países en los cuales hay una total ausencia de normas legislativas, compensadas por fuentes colectivas y jurisprudenciales (Australia), y (b) los sistemas que prevén procedimientos de información que se limitan a una pura comunicación a los representantes sindicales o a los trabajadores, que tratan de evidenciar, para este segundo grupo, como la violación de la obligación se sanciona.

(a) En el primer grupo, podemos poner los derechos turco y canadiense. El primero, no obstante las modificaciones del procedimiento de transferencia introducida por el *Labour Act* de 2003, que se acerca al derecho comunitario, no conoce en la materia un procedimiento de información y de consulta de los representantes de los trabajadores. El segundo no tiene en su planificación de *common law*, como en el de *civil law*, la obligación de consulta de las organizaciones sindicales en caso de venta de empresa o otras situaciones vinculadas a la transferencia de *business*.

Las previsiones legislativas que introducen obligaciones de información y/ o de consulta de representantes sindicales no son conocidas por la mayor parte de las planificaciones sudamericanas examinadas (Perú, Costa Rica, Brasil, Argentina) con la excepción del Venezuela. En Chile, no existe tampoco una disposición legal que vincule al cesionista y el cesionario en caso de externalización, sino un derecho de información que se impone por la acción colectiva de contratar, probablemente gracias a la importancia de los sindicatos. La legislación australiana no tiene ninguna obligación de información y de consulta de las organizaciones sindicales, sin embargo, algunas disposiciones federales permiten al *Federal industrial tribunal* adoptar medidas en el interés público para remediar las consecuencias negativas que derivan de la ausencia de información y de consulta de los sindicatos en las operaciones de reducción de personal para razones económicas de más de 15 salariados. Tal previsión no responde específicamente a las exigencias de un control sindical sobre los procesos de externalización; se trata del único dispositivo legal invocable para activar los procedimientos de información y de consulta en caso de transferencia. Estos fenómenos pueden por otro lado ser objeto a una información/con-

sulta en virtud de las obligaciones previstas por el convenio colectivo en materia de *proposal for the implementation for significant change*. Interpretada extensivamente, tales cambios pueden incluir proyectos de transferencia de *business* o de *outsourcing*.

(b) Entre los países que pertenecen al segundo grupo, hay que citar sobre todo Venezuela, que reglamenta diferentemente dos hipótesis. La primera concierne al caso donde una empresa decide subcontratar una parte de su actividad y un porcentaje de al menos el 10% de sus salariados destinados a parar sus relaciones laborales. Tal hipótesis se define como *de despido masivo*, y el ministerio del trabajo puede suspender la operación obligando al empleador a negociar la reducción del personal. Donde se trata, al contrario, de una verdadera *sustitución de patronos*, es decir cuando los salariados cedidos continúan sus relaciones laborales con cesionario, está previsto una obligación de notificación de la operación de transferencia al trabajador, a la organización sindical competente y a la inspección del trabajo. Pero esta notificación no puede definirse como una verdadera información sindical, en ausencia total de obligación de comunicación de un contenido. Una obligación análoga de comunicación de notificación está prevista por el orden mexicano, donde el cesionista y el cesionario son solidariamente obligados a comunicar a los representantes sindicales, a los trabajadores el comienzo del procedimiento de transferencia.

El modelo de información y de consulta está también presente en República de Sudáfrica, pero (caso único) en este sistema, la externalización puede constituir una justa causa de reducción de personal. Se aborda entonces esta temática en el ambiente de los procedimientos que reglamentan los licenciamientos colectivos. Explica que la materia sea objeto de consulta en lo que concierne a las medidas a tomar para evitar los licenciamientos, su número, el *timing*, los efectos socialmente negativos de la operación, los criterios de selección de los salariados a licenciar, etc.

En fin, en Israel, los sindicatos serán consultados de manera amplia, mirando al *outsourcing*, incluso si los efectos de la consulta sobre el *an* y/o el *quomodo* parecen irrelevantes. Los tribunales reconocen generalmente, si no respetan la obligación (por las empresas), que los trabajadores tienen derecho a hacer huelga y emprender otros *organized steps*.

CAPÍTULO IV

EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA (SUBCONTRATISTA/COPARTÍCIPE) Y LA COIMPLICACIÓN DE LA EMPRESA CONTRATISTA O PRINCIPAL

SUMARIO: A. Las técnicas de protección.— B. La distinción entre la adjudicación lícita y el suministro ilícito de mano de obra (interposición ficticia).— C. Los criterios distintivos entre las dos figuras.— D. Un modelo diferente de garantías de trabajadores: la reunión de empleadores o "copatronalidad": la *codatorialità*.— E. La responsabilidad solidaria del adjudicador y del adjudicatario en las adjudicaciones lícitas.— F. Las garantías de la paridad de tratamiento.— G. La información en la identidad del adjudicador.— H. El ejercicio de la actividad sindical.

A. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN

El contrato de adjudicación representa una de las formas contractuales con la cual se realiza la descentralización productiva que se concreta por un compromiso contractual de una empresa contratista (o subcontratista/copartícipe) a dar a una empresa (que llamaremos contratista o comitente) una obra o un servicio con su propia organización de medios y de personas y a sus propios riesgos. Tal contrato representa el vehículo con el cual la empresa adquiere (*buy*) desde fuera un producto o un servicio y renuncia a realizarlo (*make*) por sus medios internos. En realidad, un resultado semejante se puede alcanzar con la pluralidad de tipologías contractuales que se caracterizan por el mismo esquema triangular; además el contrato puede pasar por empresas del grupo o no

(externas), puede evidenciar una reacción "asimétrica" y de dependencia o, igualitaria entre las empresas, puede presentar más o menos fines de lucro. Sólo escapan a la categoría los contratos de compra-venta o administración/suministro (*somministrazione*) de bienes en el sentido del derecho (que, se implican a veces el contrato de adjudicación).

El caso de especie examinado, cuando surgen casos extremos, es retenido como lícito en la mayoría de las planificaciones consideradas, que se limitan a prever algunas de las protecciones y algunas co-compromisos garantizados por el adjudicador en favor de los salariados del adjudicatario, de intensidad variable según la relación que existe entre las empresas y el tipo de actividad externalizada.

Las técnicas de protección de los trabajadores empleados en la adjudicación son múltiples y diferentes según los Estados: de la distinción entre adjudicación lícita y seudo lícita (en este segundo caso con imputación de la relación a cargo del empleador efectivo), hasta el régimen de co-comitente/co-empleador (*codatoralità*) a la previsión de una obligación de los empleados de este último, hasta la imposición de un derecho de paridad de tratamiento con los empleados del adjudicatario, y en fin, a la previsión (en realidad esporádica) de una obligación de información en función de la identidad y de las características del comitente.

B. LA DISTINCIÓN ENTRE LA ADJUDICACIÓN LÍCITA Y EL SUMINISTRO ILÍCITO DE MANO DE OBRA (INTERPOSICIÓN FICTICIA)

Un primer modelo de garantías, difundido en la mayoría de los países considerados (v. *infra* sub c) tiende a separar (y sancionar) la pura interposición de mano de obra con respecto a la adjudicación sincera, para evitar la imputación de las relaciones laborales a testaferros u "hombre de paja", incapaces de satisfacer los derechos de los trabajadores pero que perciben un beneficio parasitario, que deriva de una simple actividad de interposición. En esta óptica, la adjudicación lícita se caracteriza por el hecho de que es el adjudicatario que organiza (a sus propios riesgos) los medios necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios y el que dirige y co-

ordina los trabajadores utilizados. Mientras que si este último no da ningún valor añadido en términos de organización de medios o de personal, limitándose a contratar de manera facticia trabajadores que son afectados después a la esfera de organización y de dirección del seudo adjudicatario, se realiza un suministro ilícito de mano de obra (o interposición ficticia).

La sanción que la mayoría de las planificaciones prevén consiste en imputar jurídicamente la relación a cargo del sujeto que dirige y utiliza efectivamente los trabajadores y no sobre el que los contrató personalmente (principio de "transparencia" o de "supremacía de la realidad"). De este modo, el que en sustancia se aprovecha de las prestaciones de trabajo se vuelve gratificado también de la calidad de empleador, con todas las responsabilidades vinculadas. Esta solución tiene en ciertos países una previsión legislativa expresa y en otros deriva de la jurisprudencia.

La técnica de protección examinada, no representa en sí un obstáculo a la descentralización productiva o a un desarrollo en red entre las empresas, en el momento en que, de hecho, no se excluye confiar segmentos de la producción a terceras personas gestionados por ellas: sólo se prohíbe que el sujeto pueda coordinar, dirigir y utilizar trabajadores contratados por otros, derogando de esta manera al principio de coincidencia entre titularidad de la relación y ejercicio de poderes los más típicos. Entonces, los dirigentes de las empresas siguen siendo libres de desagregar los procesos de producción y su titularidad jurídica de la manera más amplia y articulada que sea con arreglo a su conveniencia económica y organizacional, con tal que se salvaguarde la regla de transparencia según la cual las relaciones laborales se arraigan a cargo (*in capo*) del que dirige efectivamente y utiliza la prestación de trabajo.

La disciplina de la adjudicación no se limita a pretender la sinceridad o la transparencia en la identificación de la que da realmente trabajo, sino postula a veces, excepcionalmente, límites causales (*causali*) que, en sustancia, penalizan la posibilidad de usar este instrumento particular de descentralización productiva. En Turquía (y en algunos convenios italianos) el recelo con respecto a las operaciones de segmentación de los procesos de producción —reflejo condicionado de los períodos durante las cuales signifi-

caba frecuentemente la explotación de los trabajadores por seudo adjudicadores de pura mano de obra— favoreciendo hasta condicionar la atribución a terceras personas segmentos de la actividad principal del comitente en presencia de razones técnicas, comerciales o de gestión específicas (entendidas de manera restrictiva por la jurisprudencia) en ausencia de las cuales la adjudicación es prohibida. Se delimita en este caso una restricción obvia de la libertad de organización del empresario, mucho más allá de los vínculos dictados por las preocupaciones de evitar los fraudes o de transparencia.

Al contrario, hay que señalar que ciertas planificaciones desafían menos las hipótesis de interposición, resisten más a infringir el "mito" de la personalidad autónoma y jurídica de las empresas e ignoran el distingo propiamente dicho. Estos derechos tienden a liberalizar el suministro de mano de obra más allá de los casos típicos de préstamo de mano de obra (agregación) y de trabajo temporal gestionado por agencia adaptadas a este efecto, y se limitan a prever tales o cuales salvaguardias en beneficio de los trabajadores concernidos, especialmente con arreglo a la responsabilización de la empresa utilizadora para ciertos créditos o derechos de los trabajadores. Es así como, por ejemplo, por orden decreciente, que es posible situar el Reino Unido, mientras excluye en el campo de los principios la posibilidad de crear entre la empresa comitente y los trabajadores del adjudicatario una relación directa, registra soluciones jurisprudenciales opuestas, que desgarran el velo de la autonomía subjetiva societaria en la base de un reconocimiento del caso concreto y del carácter totalmente ficticio de la entidad interpuesta con el fin de engañar (v. el caso emblemático Catamaran Cruisers Ltd v. Williams). México que sólo conoce un régimen de solidaridad entre las empresas, considera en algunas sentencias jurisprudenciales, de manera unitaria, en términos de empleador, las mismas empresa, con el pleno consentimiento de la doctrina. Canadá (en la base del Código Civil de Québec y de la *common law* en el resto del país) niega la posibilidad de imputar la relación a cargo del adjudicador, considerando la necesidad de salvaguardar la independencia legal y financiera de las empresas que concluyen el contrato de adjudicación. En fin, Croacia y la República de Sudáfrica no registran sentencias jurisprudenciales que hubieran podido comportar la imputación de una relación a cargo del comitente o del seudo adjudicatario.

C. Los criterios distintivos entre las dos figuras

Dentro de los sistemas que conocen y sancionan la interposición ilícita, los criterios adoptados para distinguirla de la adjudicación lícita difieren según las planificaciones.

Se confiere en muchos países una importancia decisiva o por los menos sintomática, a la finalidad de la adjudicación de eludir la observancia de las disposiciones legales que rigen el trabajo. Para la mayoría, al contrario, no se focaliza la atención en la meta fraudulenta de la operación, sino en los criterios retenidos para expresar el carácter más o menos ficticio de la adjudicación: entre los cuales, en particular, la titularidad a cargo del comitente (adjudicación simulada) o al adjudicatario (adjudicación sincera) de los poderes de organización, de dirección y de control de los trabajadores. Francia, Japón y Australia (donde se afirma la teoría del *ineffective transfer* y donde se retiene como *true employer* a quien la prevalencia dirige y controla los trabajadores) valorizan esos perfiles, Israel (donde el que da trabajo retenido es el adjudicador o el adjudicatario según quien tiene concretamente la facultad de contratar y de licenciar o que detenta los poderes de organización y de control de la mano de obra), Turquía (que traduce el criterio en una especie de presunción, salvo prueba contraria), Perú y Brasil (los dos, por orientación jurisprudencial).

En estos países se afirma que la adjudicación es inválida y la relación se imputa desde el principio al comitente aún cuando después de la externalización, este último continúa dirigiendo los trabajadores del adjudicatario que actúa dentro o para su propia empresa, tratándoles como "suyos". Si, al contrario, el poder de dirección se ejerce por el subcontratista, cada relación directa entre el comitente y los trabajadores empleados en la adjudicación se excluye, aun cuando la obra y los servicios se realizan dentro de la empresa principal. Entonces, en estas planificaciones, la meta perseguida no sólo es la simple represión de prácticas que eludan las obligaciones que la legislación del trabajo y las convenciones colectivas prevén para la protección de los trabajadores, sino, de manera más general, la coincidencia necesaria entre la *titolarità* formal y sustancial de la relación laboral, prescindiendo de las verificaciones concretas de acciones con el fin de eludir o de engaños específicos. El que dirige, guía y utiliza el trabajador, debe ser considerado como el verdadero empleador.

Otro criterio de selección —a veces utilizado en competencia con el anterior—, para distinguir el puro suministro de trabajo (ilícito) de la adjudicación (lícita) está representado por el empleo por el adjudicatario de sus propios capitales, máquinas, equipamientos, materias primas y experiencia técnica (v. por ejemplo, en Japón y Uruguay). Estos elementos garantizan la verdadera consistencia y la aportación empresarial del adjudicatario y hacen poco probable la intervención de pura interposición o ficticia de este último. Viceversa, en el caso de utilización de medios de producción del comitente, el adjudicatario aparece como puramente interpuesto y la relación se junta al primero.

El criterio fue prevalente durante mucho tiempo, sobre todo cuando, considerada como una característica indefectible de la iniciativa empresarial, consistía (o se retenía así) en la utilización de elementos materiales significativos, en ausencia de las cuales se pensaba que no había la configuración autónoma del adjudicatario. Al contrario, la eficiencia discriminante del equipo instrumental debilitó a medida que las innovaciones informáticas y la evolución de la organización introdujeron nuevas realidades productivas caracterizadas por una imposición rara (o nula) de elementos estructurales y, al contrario, por la prevalencia de bienes inmateriales y con un perfil puramente organizacional de la mano de obra (pensar en los servicios de asistencia informática, en las actividades de estudios de los proyectos, en el marketing, o en la elaboración de los datos, o más tradicionalmente en los servicios de vigilancia o de limpieza). En presencia de casos de especie similares en la empresa, primero la jurisprudencia, y el legislador después, tuvieron que apoyar el *quid pluris* (conforme al suministro de mano de obra) que hace que la adjudicación es lícita, y puede ser representada —a lo menos en presencia de actividades "inmateriales" que por su clase no requieren la utilización de medios— también por las aportaciones inmateriales del adjudicatario, tal como un *know how* específico, las redes de relaciones o también la simple organización y dirección de empleadores. Tales aportaciones permiten reconocer el valor añadido que "retrovende" el puro suministro de mano de obra. Resulta una valorización del criterio sintomático de licitación anteriormente mencionado, basado en el ejercicio de poderes de dirección y jerárquicos por parte del adjudicatario (criterio del trabajo) con respecto al que es más tradicional y relacionado al empleo de instrumentos y instalaciones del comitente.

El legislador italiano tomó esta decisión en el D. Lgs. N. 276/2003 (art. 29) reafirmando al mismo tiempo el carácter importante de la organización de medios por parte del adjudicatario y reconoció aún, debido a las indicaciones de la jurisprudencia —que tal organización puede resultar— por lo menos para las adjudicaciones que postulan el empleo escaso de medios y capitales del único ejercicio por parte del adjudicatario del poder de organización legal y de dirección conforme a los trabajadores utilizados en la adjudicación.

Por lo tanto. La doctrina de algunos países avanza a veces la proposición de conferir importancia (con el fin de considerar del mismo modo al adjudicador y al adjudicatario o a la situación de "monocomitencia" a la cual deriva una particular debilidad contractual de los empleados del adjudicatario. No parece ser que la sugerencia fue aceptada en estas condiciones en las varias planificaciones en derecho del trabajo. No se vinculan tales conceptos a la conversión subjetiva de la relación a cargo del adjudicador. La "dependencia económica" o el abuso de posición dominante aparece sólo en la legislación mercantil de algunos Estados (entre los cuales Italia: v. la ley nº 192 de 1988), con efectos limitados a las relaciones entes las empresas.

D. Un modelo diferente de garantías de trabajadores: la reunión de empleadores o "copatronalidad": la codatorialità

Algunos sistemas no se preocupan de distinguir entre adjudicación lícita y ilícita (y de transferir de manera exclusiva la titularidad de la relación a cargo de falsos comitentes) y tienen generalmente propensión a crear una fuerte repartición de "responsabilidades" entre las dos empresas constituyendo la figura del empleador "conjunto". El caso se realiza en las situaciones donde el trabajador es empleado por dos o más empleadores, o donde el trabajo ante uno no es totalmente disociado del otro o que se averigua la influencia de los dos sobre las condiciones que constituyen la relación laboral (*Joint Employement doctrine,* derivada de la *common law* de EEUU o Inglaterra). Todos los empleadores "conjuntos" son individualmente y solidariamente responsables de la aplicación de tratamientos previsto legalmente en beneficio de los trabajadores.

El modelo del empleador "conjunto" existe en los países siguientes. En Estados Unidos, que tienden a desagregar la figura del empleador en relación con varias instituciones consideradas (seguridad, retribución, baja por enfermedad o vacaciones familiares, indemnidad de paro), identificándolo a veces en la base de pruebas y criterios predeterminados por la jurisprudencia, pero que, atribuyen donde hace falta una doble paternidad en lo que concierne al empleador. En Australia, fue empleado para superar el esquema de la personalidad jurídica autónoma (*corporate veil*) en los grupos de sociedades y a veces también la eventualidad de adjudicaciones fraudulentas. En Uruguay, donde, en ausencia de indicaciones legislativa específicas, la jurisprudencia elaboró la figura de "*empleador complejo*" en presencia de una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y utilizan simultáneamente las prestaciones de un trabajado: que se trate de verdaderas empresas, privadas de vínculos de dependencia o del caso donde una de ellas ejerce una supremacía económica o una fuerte interferencia conforme al o a los que suministran servicios. Sin embargo, parece ser que en esta última experiencia la *codatorialità* se limita a la creación de una obligación solidaria conforme a los trabajadores de cada una de las empresas que benefician de prestaciones de trabajo, de esta manera este modelo tiende a evolucionar en dirección de un sistema de garantías diferentes que examinaremos en el párrafo siguiente.

E. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ADJUDICADOR Y DEL ADJUDICATARIO EN LAS ADJUDICACIONES LÍCITAS

Incluso en presencia de adjudicaciones tenidas por lícitas en la base de criterios susodichos, la mayoría de los sistemas jurídicos considerados prevén algunas garantías para los trabajadores empleados que en general se materializan por el compromiso solidario del adjudicador en la satisfacción de algunos créditos o derechos de los empleados del adjudicatario, esto en el presupuesto que si la empresa auxiliar no está en medida de subvenir a ellos, el trabajador puede invocar la intervención de este último, que íntimamente vinculado a la obra o al servicio objeto de la adjudicación se beneficia de esto. Se realiza así una especie de *co-employement* sustancial (aunque limitado a ciertos tratamientos) por efecto del cual el trabajador sigue siendo dependiente del adjudicador en el cual incumba todos los deberes y los derechos que implican la re-

lación, pero el adjudicatario está implicado en la relación deudora, porque la adjudicación debe satisfacer sus intereses.

a) En particular, en casi todos los países considerados, la empresa comitente es retenida corresponsable de la adopción de medidas de higiene y seguridad con respecto a los trabajadores de las empresas adjudicatarias y subcontratistas.

La responsabilidad es, a veces, efectiva sólo si los trabajadores operan dentro de los locales de la empresa comitente: Canadá, Polonia, Turquía, Suecia, el Reino Unido, Francia e Italia (los dos últimos sólo prevén para las adjudicaciones internas una obligación de cooperar, coordinando con los otros responsables, a la predisposición de las medidas de seguridad y de prevención), España (que para las adjudicaciones *extra moneia* o no conectadas a la actividad principal del adjudicador sólo prevén la responsabilidad genérica establecida por los productores, por los importadores y por la administración de bienes).

En otros casos, la responsabilidad del comitente se precisa incluso si se trata de adjudicaciones a efectuar fuera de la empresa: Australia, Venezuela, Suecia, Chile. En ciertos países la responsabilidad del comitente para los accidentes y enfermedades profesionales de los trabajadores del adjudicatario es subsidiaria en caso de violaciones cometidas por este último, es directa si la omisión de las medidas de seguridad es imputable al comitente mismo.

Los Estados Unidos utilizan un criterio material y el que "tiene el control de la actividad diaria del trabajador" puede ser llamado a responder de ello y puede impedir que ocurran los daños.

En efecto, los legisladores, tomando en cuenta el contexto en el cual se desarrolla el trabajo, en el caso de la adjudicación *intra moneia*, y en vista de satisfacer las exigencias de organización y de producción del comitente, en el caso de adjudicaciones externas, extienden de manera variada los límites objetivos y subjetivos de la responsabilidad *in parola*.

Responsabilidad de la cual no hay traza, al contrario, en algunos países de América del Sur y precisamente en Uruguay (donde sin embargo un proyecto de ley *ad hoc* fue presentado), en Perú (salvo

para las actividades de alto riesgo, tal como las obras públicas, las minas, etc.) y en México (si el adjudicatario puede cumplir con las obligaciones examinadas), también en Croacia (excepto el caso de deslocalización que presenta una finalidad fraudulenta) y en República Checa.

b) Una responsabilidad, generalmente solidaria, del comitente para los salariados y los otros créditos de los empleados del adjudicatario, está prevista en Austria, España (si la adjudicación tiene como objeto una actividad estrechamente conexa a la actividad principal del comitente), Turquía (pero sólo en relación con adjudicaciones internas y exclusivas), Francia (donde se prevé una acción directa de los trabajadores —poco practicada— en contra del comitente o del destinatario en el caso de adjudicaciones en cascada, pero en los límites de las sumas debidas al adjudicatario), Québec (Canadá), República de Sudáfrica, Venezuela, Costa Rica (donde la responsabilidad solidaria entre dos empresas solamente opera cuando forman parte del mismo grupo, siendo trazable a la misma propiedad), Chile y México (en estos últimos la responsabilidad es solidaria). La legislación italiana (art.29, del D.Lgs n. 276 de 2003) atribuye la solidaridad entre comitente y adjudicatario al pago de tratamientos retributivos y de contribuciones de previsión, pero confirma la obligación en el límite de un año a partir de la cesación de la adjudicación y consiente a los convenios colectivos una posibilidad de derogación en dirección de la liberación del comitente. Pasado un año el trabajador puede utilizar el mecanismo de solidaridad previsto en el art. 1676 c.c., que opera sin embargo, en los límites de las sumas debidas por el comitente al adjudicatario en el momento que el trabajador formula la demanda.

La solidaridad del comitente es, al contrario, subordinada a la presencia de perfiles de exclusión fraudulenta de los derechos de los trabajadores de la empresas adjudicatarias o subsidiarias de los países siguientes. En Croacia y Argentina (donde la solidaridad impone además, que la adjudicación se refiera a segmentos de la actividad normal y específica del adjudicador y que éste haya omitido los controles necesarios relativos a las normas de la protección de los trabajadores de la empresa adjudicataria), en Uruguay (donde la obligación subsidiaria del comitente se transforma en obligación solidaria si hay fraude o disimulación), en Perú, en Ontario (Canadá), pero en estos dos últimos casos sólo si la adjudicación se desarrolla entre empresas conectadas.

En todos estos países el comitente que satisface todos los créditos de los empleados del adjudicatario puede actuar en contra de este último, incluso reteniendo las sumas debidas para la adjudicación.

Al contrario, el adjudicador es exonerado de toda situación deudora con respecto a los empleados del adjudicatario, a condición que se trate de adjudicaciones lícitas, en Polonia (incluso en presencia de sociedades conectadas, pero aquí los convenios colectivos de establecimiento gobiernan frecuentemente, los modos de garantías de las relaciones de trabajo de los empleados de varios empleadores), Grecia, República Checa, el Reino Unido, Suecia.

Hay que señalar que en Suecia y en el Reino Unido una disposición expresa impone al empresario principal garantizar también a los empleados del adjudicatario contra las discriminaciones por motivo de raza, debilidad, orientaciones sexuales, salvo si se trata de comportamientos relativos a la exclusiva pertinencia del adjudicatario. En Estados Unidos se tiene como empleador, referente a las normas anti-discriminadoras, al que ejerce el control del trabajo (y entonces, a lo más, el adjudicatario).

c) La responsabilidad del comitente referente a las obligaciones relativas a las contribuciones y previsión (con una eventual compensación del adjudicatario) es ratificada en pocos países (Canadá, Chile, Italia); en Polonia sólo es prevista en el campo de previsiones integradas en las tablas colectivas; en Francia sólo es operacional si el comitente es privado de un fundo comercial o artesanal.

F. Las garantías de la paridad de tratamiento

Además de la cobertura de la solidaridad a cargo del comitente, una garantía suplementaria a favor de los empleados implicados en la adjudicación es representada por la previsión de la paridad de tratamiento con los empleados del adjudicatario, por lo menos a funciones iguales. Sin embargo, hay muy pocos países (por ejemplo México) que prevén tal salvaguardia, quizás porque la paridad del tratamiento sería trabada por el hecho de que las funciones de los empleados del adjudicatario y las de los empleados del adjudicador son frecuentemente incompatibles, porque las actividades externa-

lizadas pertenecen a sectores mercantiles diferentes y son regidas por convenios colectivos diferentes de las del adjudicador. Sin embargo, la previsión de una obligación de paridad sería oportuna en el caso donde los empleados del adjudicatario operan en contacto estrecho con los del adjudicador, quizás en los mismos locales, con funciones similares.

En Italia, la paridad de tratamiento, ratificada en lo que concierne a las adjudicaciones "internas" por la ley histórica nº 1369 de 1960, fue superada por el D. Lgs nº 276 de 2003, en el contexto de una ley destinada en su conjunto a facilitar los proceso de externalización sinceras, evitando apremios excesivos debidas a las garantías.

La ausencia general de previsión referente a las obligaciones paritarias tiene dos lecturas posibles: desde el punto de vista de las elecciones de *outsourcing* y desde el de una "reconstrucción sistemática".

Según el primer caso es útil precisar que el canon paritario, además de la protección individual de los trabajadores, tiene como función garantizar que la elección de externalizar segmentos de la producción tiene como única variable una conveniencia de tipo industrial (especialización productiva, simplificación logística, oportunidad financiera , etc.) y no objetivos de reducción del costo del trabajo, justamente frenada por la presencia del vínculo en cuestión. Al contrario, en los casos donde el vínculo no existe, la aplicación por el adjudicatario de un convenio colectivo diferente y más barato que el del adjudicador se hace legítimo (a condición que esté en coherencia con la actividad ejercida por éste) con la consecuencia que la opción empresarial de pasar del *make* al *buy* también puede ser influenciada por la ventaja comparativa consecuente en el campo del trabajo.

En una óptica "reconstructiva" el tratamiento diferente reservado a la adjudicación y a la administración / suministro (*somministraziones*) del trabajo a través de agencias, referente al vínculo paritario, puede encontrar una explicación relevando que une tratamiento idéntico normativo y económico es debido a los trabajadores que, mientras dependen de empleadores distintos, son some-

tidos al mismo poder de dirección y de organización, como ocurre en materia de administración / suministro, donde es el utilizador quien guía y coordina tanto sus propios empleados como los enviados por la agencia. Al contrario, la regla de la uniformidad se niega a los empleadores del adjudicatario sometido a un poder de dirección y de control distinto del empleado del adjudicador (y condición esencial de la legitimidad de la adjudicación). En una elección más o menos consciente por parte de varios legisladores, la implicación de los trabajadores en un contexto subjetivo de poder que es el mismo o diferente, se hace decisivo con el fin de relacionarse, o excluir la regla de la paridad. La delimitación citada, relativa al ambiente de referencia del principio paritario, se confirma en la disciplina referente a las transferencias de ramos de empresa en varios países, entre los cuales Italia; la posibilidad reconocida al cesionario de aplicar inmediatamente a los trabajadores "adquiridos" su "propio" régimen colectivo (substituyendo de este modo los tratamientos colectivos de los cuales gozaban antes de la cesión) puede leerse como la negación de la regla paritaria entre los trabajadores que se quedaron con el cesionista y los que pasaron al cesionario, estos últimos sometidos después de la transferencia, a poderes de dirección diferentes. Al contrario, se lee como la confirmación de la igualdad de tratamiento entre los trabajadores cedidos y los otros empleados del cesionario, tanto que siguen gestionados por el mismo poder de dirección.

En fin, hay que señalar que a título de excepción, una obligación específica de paridad de tratamiento económico con los empleados de la empresa adjudicadora es prevista en Italia a favor de los empleados de un adjudicatario transnacional, implantado en un Estado miembro de la UE (diferente de Italia), que se compromete con su propia organización y gestión y efectúa un servicio dentro de una empresa italiana; los empleados en cuestión pueden hacer valer sus propios derechos en contra del adjudicador, a causa de un vínculo de solidaridad en vigor durante la ejecución de la adjudicación y hasta un año después de la cesación de ésta (art. 3, 2, D. Lgs. 2 de 2000, puesto en ejecución por la directiva 96/71/CE). La principal meta de la reglamentación comunitaria es garantizar a trabajadores normalmente empleados en países de la UE diferentes del cual donde van a actuar para la ejecución del contrato de adjudicación, las condiciones legales y contractuales en vigor en el lugar de ejecución de la prestación.

G. LA INFORMACIÓN EN LA IDENTIDAD DEL ADJUDICADOR

La mayoría de los países considerados no prevén obligaciones específicas referentes a la información a dar a los trabajadores empleados en la adjudicación, a la identidad y las características financieras y productivas del sujeto a favor del cual se realiza la obra o el servicio; lo que confirma que, aunque garantías individuales son frecuentemente presentes para los trabajadores implicados en la ejecución de los contratos de adjudicación, el apoyo colectivo es raro y hay una carencia en lo que concierne al papel activo de los trabajadores y de los sindicatos en los procesos de decisión que preceden y acompañan la adjudicación. Con las excepciones de España, donde se prevé una obligación especifica de información de los trabajadores a cargo del adjudicatario referente a la identidad del comitente y de la Tesorería General y de la Seguridad Social; Argentina donde se prevé una cantidad notable de procedimientos de información, a favor de los sindicatos y de las autoridades del Estado, referente a las modificaciones, las más diversas relativas a la organización y a la tecnología, a los procedimientos de crisis de empresa, a la previsión de un "balance social" de la empresa y, también en algunos sectores, a la conclusión y al beneficio subjetivo de un contrato de adjudicación. Italia se limita al caso donde la adjudicación es relativa a una transferencia de ramo, ya que el que aliena y el que adquiere deben dar a las representaciones sindicales de la empresa y a los sindicatos categoriales toda la información relativa a la transferencia y eventualmente entablar una consulta.

En otros sitios, existen a lo más disposiciones de carácter general que imponen dar informaciones sobre los acontecimientos dentro de la empresa que pueden tener una incidencia en las condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, en Francia, se prevé una obligación de informar y consultar al comité de empresa para todas las decisiones referentes a hechos marcantes relativos a la gestión de la empresa o que tienen un impacto en el empleo, entre los cuales caben seguramente la conclusión o la cesación de un contrato de adjudicación, con consecuentemente las informaciones sobre la empresa comitente. La misma cosa debe decirse si la empresa adjudicadora formula proyectos de reestructuración si tienen una influencia sobre los volúmenes de empleo y de actividad de la empresa adjudicadora: la información ser debida a esta última y después transmitida a

sus representaciones sindicales. En Polonia la obligación de informar anteriormente a los trabajadores en el lugar de ejecución de la prestación puede comportar la necesidad de indicar el nombre y la sede de la empresa comitente si la adjudicación debe desarrollarse en los locales de esta última. En República de Sudáfrica, en ausencia de una obligación específica de información, los trabajadores obtienen la identidad del adjudicador por efecto de algunas obligaciones de información en el tema de la seguridad de los lugares de trabajo.

H. El ejercicio de la actividad sindical

La dificultad para reagrupar y desarrollar la acción sindical en presencia de presencia de fragmentación de la empresa se conoce bien y se refleja también en las posibilidades concretas ofrecidas a los empleados de los segmentos productivos externalizados. Ni la legislación, ni los convenios colectivos de varios países no parecen haber remediado tales situaciones. La atomización de las realidades de la empresa, consecuencia de la descentralización genera en algunos países efectos particularmente penalizantes: como esto surge en el Reino Unido donde las acciones reivindicativas o conflictivas puestas en adelante por los empleados de un comitente en apoyo de las demandas de los empleados del adjudicatario corren peligro de ser consideradas ilegales, como *secondary actions* (huelgas de solidaridad), porque apoyan las reivindicaciones de los trabajadores que dependen de un empleador deferente del suyo.

En consecuencia sólo podemos limitarnos a esperar que la intervención de un apoyo y de una promoción de derechos sindicales de los empleados de los adjudicatarios, reconociéndoles las mismas garantizadas a los empleados de la empresa comitente. Gozar de tales derecho sería fácil en los casos de adjudicaciones internas. Es decir efectuadas dentro de la empresa comitente, pero deberían ser perseguidas en lo que concierne a las adjudicaciones externas, a través de un modelo normativo que podría poner en adecuación la disciplina pensada para la fábrica "fordista", y su concepción espacial, a las nuevas exigencias del interés colectivo evidenciadas en la empresa fragmentada.

CAPÍTULO V

EL FRANCHISING

SUMARIO: A. El ambiente del contrato.— B. La posición del franquiciado con respecto al franquiciador y la actitud de los tribunales.

A. EL AMBIENTE DEL CONTRATO

Para el contrato de *franchising*, en la gran mayoría de las planificaciones examinadas, falta una expresa reglamentación jurídica, en particular en el campo del derecho laboral. Utilizando las categorías generales del derecho civil (*civil law*), puede definirse como un derecho atípico, consensual, bilateral, *intuitu personae*, y que dura con prestaciones recíprocas y onerosas.

Frecuentemente regulado en la esfera de la atipicidad mercantil, obedece al principio, en plaza en cada sistema jurídico, en la base de la cual se reconoce a los co-asociados la facultad de estipular contratos incluso fuera de los modelos típicos previstos en la legislación, con la condición de que los intereses en juego merezcan el apoyo de la planificación jurídica y no sea contraria al orden público.

Incluso donde no hay reglas expresas o definición normativa, el *franchising* ganó un carácter típico en el campo social y una fisonomía relativamente estable, puede generalmente presentarse como el instrumento jurídico con el cual el empresario descentraliza la distribución de sus productos, se libera de los riesgos relacionados, sin, por lo tanto, renunciar a ejercer una cierta influencia o control sobre esta actividad, ya que el *franchisee*, en el desarrollo de su actividad, se aprovecha de los signos distintivos del *franchisor*, de su *know how*, de su asistencia técnica y comercial.

También el contrato del *franchising*, como lo que fue dicho para las otras relaciones contractuales que las empresas entretienen en la esfera de los grupos o, más generalmente, para las prácticas de *subcontracting*, representa un instrumento de gobierno privado de las translaciones de tipo híbrido, donde las partes resienten la exigencia de definir formas de gestión de sus relaciones comerciales a medio camino entre mercado y jerarquía.

Generalmente, un cierto poder de ingerencia por parte del *franchisor* sobre el *franchisee* puede ser considerado como una característica estructural del *franchising*, en la medida en que el control de la actividad de distribución tiene como función alinear los intereses de uno a los del otro, de manera que contienen los costos de agencia y el riesgo de *free-riding* del distribuidor.

No es por casualidad que en la cultura jurídica anglo-sajona, el poder de control penetrante del *franchisor* por un lado, y por otro el hecho de que el *franchisee* sea propietario de *assets*, representen elementos en virtud de los cuales el *franchising* se considera como un contrato que asocia características propias, tanto el trabajo subordinado como el trabajo autónomo, y se posiciona así a medio camino entre las dos tipologías de relaciones.

El *franchisee* tiende a ser considerado como un empresario autónomo, cuya relación es regulada por principios generales del derecho de los contratos, salvo a ser reconducido a otras categorías de derecho del trabajo, como ocurre en el derecho inglés que a veces lo califica como "*worker*", haciéndolo alcanzar protecciones en materia de retribución mínima y de horario de trabajo. Consideraciones análogas valen para Canadá donde la tradicional localización del *franchising* referente a la atipicidad comercial fue acusada por las jurisdicciones del Alberta y del Ontario las cuales emitieron normas específicas en la materia. Se trata en primer lugar, de disposiciones clásicas destinadas a equilibrar la asimetría "informativa" pero también de normas destinadas a especificar los deberes de corrección y de buena fe, de reglas en materia de jurisdicción competente y de derecho de asociación.

Quedándonos en el campo de *common law*, en Australia algunos contratos de *franchising* puede ser sujetos de "*unfair contract juridiction*" que funcionan en los sistemas de relaciones industria-

les en algunos estados. Las disposiciones permiten a una parte, que efectúa una actividad de trabajo en la base de un contrato, ser protegida en el caso de cláusulas contractuales *unfair* en el caso donde, aunque equitativas, sean aplicadas de manera injusta. Esta legislación fue aplicada a varias formas de contratos de *franchising*.

Dudas de la clasificación del *franchisee* subsisten en Suecia, donde, aunque en ausencia de una regulación específica legal, la atención dada por los juristas del trabajo al *franchising* crece, a causa de la importancia notable del fenómeno.

Además de las indicaciones dadas por la parte contractual y la jurisprudencia, encontramos en algunos sistemas examinados algunas referencias legales y, en algunos casos, una regulación normativa con elementos relativos tanto como en el caso de especie como en la disciplina de la institución.

Durante mucho tiempo el contrato de *franchising* fue confinado, en Italia, en el campo de la atipicidad mercantil (*negóciale*) pero fue modelado hace poco por el legislador que lo define hoy como "el contrato, cualquiera que sea su nombre, entre dos sujetos jurídicos económicamente y jurídicamente independientes, en la base de la cual una parte concede la disponibilidad a otro, en vista de una retribución, de un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectuales relativos a marcas, denominaciones comerciales, letreros, diseños, derechos de autor, *know how*, asistencia o *consulting* técnico y comercial, insertando el afiliado en un sistema constituido por una pluralidad de afiliados repartidos en el territorio, con el fin de comercializar bienes o servicios determinados" (art. 1º ley nº 19/2004).

En la planificación italiana, por lo menos en el campo formal, no se admiten formas de control del *franchisor* sobre el *franchisee*, cuya "independencia jurídica y económica" es expresamente sancionada por el artículo 1º de la norma 2004. Hay que observar por otro lado cómo la disciplina dictada por la vía legislativa reservó una atención prevalente a los acontecimientos que generaban relaciones de *frachising* —dictando prescripciones en materia de forma y de contenido del contrato (art. 3º), de obligaciones de información del afiliado y también en materia de obligaciones pre-contractuales de comportamiento (art. 6º)— negando sin embargo los aconteci-

mientos relativos al desarrollo de la relación, donde se materializa el riesgo concreto que la independencia jurídica del *franchisee* esté comprometida por la actitud de la parte "fuerte" de la relación contractual.

Elementos normativos aún más insuficientes resaltan en otras planificaciones como la española o la brasileña.

En España, no obstante la gran difusión del *franchising*, la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* dedicada a la franquicia sólo tiene un artículo, definiéndola como la actividad comercial con la cual, en virtud de un acuerdo o un contrato "una empresa denominada franquiciadora da a otra, llamada franquiciada, el derecho de explotar su propio sistema de comercialización de productos o servicios".

La norma contiene dos prescripciones: por una parte establece un deber pre contractual de información preventiva del franquiciador para con el franquiciado que permite a este último conocer, por lo menos 20 días antes de la suscripción de cualquier compromiso, el sector de actividad del franquiciador, el contenido y las características de la franquicia, la estructura y la extensión de la red de distribución tal y como los elementos esenciales del acuerdo; por otro lado prescribe a los franquiciadores un deber de inscripción en el registro especial.

Fuera de las dos prescripciones legales, las partes pueden libremente establecer las condiciones contractuales y la intensidad del vínculo jurídico, los únicos límites son de respetar la ley, la moral y el orden público.

Tanto en España como en Brasil, donde sin embargo la materia conoce una regulación normativa específica (Ley Federal nº 8955 del 15/12/1994), las modalidades cambian de manera notable; por lo tanto, en una relación contractual, donde la gran mayoría de la regulación de relación contractual es reservada a la libre determinación por las partes, puede resultar de ello un grado de ingerencia muy diferente del franquiciador sobre la actividad de empresa del franquiciado.

En la parte comercial, el modelo consolidándose comporta una serie de cláusulas estándar y de condiciones impuestas por el fran-

quiciador, a tal punto que no es raro, por lo menos en España, que se invoquen las reglas típicas de contratos relativos a cláusulas vejatorias.

En una perspectiva de derecho de trabajo, la única vía hoy día, consiste en averiguar hasta qué punto la regulación prevista por la cesión de trabajadores, la transferencia de empresa, el grupo de empresa, etc., puede aplicarse al caso de una franquicia. Pero la operación no es fácil, la jurisprudencia todavía es rara.

En Francia, sólo existe una reglamentación parcial y ligera del contrato de franquicia, la cual tiene sobre todo por objeto la adaptación del derecho de la competencia a este tipo de contrato (v. not. la reglamentación 2790/99 CE o en materia de distribución automóvil la reglamentación 1400/2002). En derecho francés, una ligera reglamentación se prevé en el artículo L 330-3 del Código del Comercio.

Sin embargo, como lo veremos en el parágrafo que sigue, la condición de empresario propio del franquiciado, no impide la operatividad de ciertos mecanismos de protección asegurados por el libro VII del Código del Trabajo, ni tampoco impedir la recalificación del contrato en contrato laboral cuando se demuestra, en justicia, la subsistencia de un vínculo de subordinación entre franquiciado y franquiciador.

B. La posición del franquiciado con respecto al franquiciador y la actitud de los tribunales

Como resulta de las consideraciones hechas hasta ahora, la tendencia es de considerar el franquiciado como un empresario y que el que emplea o no trabajadores a su servicio, entra en la categoría general del trabajo autónomo, estando sometido —pero con algunas excepciones— a las reglas que presiden en la relaciones de mercado.

Aunque la relación contractual, en la medida en que se determina la transferencia de *know how*, de licencias y de uso de marca, conjuntamente a la asistencia técnica y al control por parte del franquiciador, conduzca a cierto nivel de integración en la organización de la empresa de otra persona, se tiene que éste acepta tal

condición para asegurarse el *know how* y reducir los riesgos económicos de su propia actividad de distribución.

Naturalmente el *franchising* (o franquicia) puede esconder una relación de trabajo dependiente cuando el sujeto en cuestión representa en sustancia un simple empleado con la función de responsable del funcionamiento de una sucursal comercial. Además en todos los casos considerados, el *nomen juris* no excluye por una calificación diferente de la relación (por el respeto del principio de la indisponibilidad del tipo o en conformidad al principio de realidad). De todos modos, pertenecerá a los falsos franquiciados dar la prueba del comportamiento fraudulento de la parte adversa o de demostrar la presencia de elementos típicos de la relación laboral subordinada.

Las estadísticas de la jurisprudencia en los países considerados no parecen ser particularmente importantes.

Si ningún caso fue sometido a la atención del Tribunal Supremo español, los raros juicios de los tribunales inferiores se orientan hacia la aplicación de la disciplina del derecho del trabajo. En el estado de Israel también, en la mayor parte de los casos a la atención de los tribunales, la demanda en juego por parte del franquiciado, era de ser reconocido como dependiente del franquiciador. En el caso *Fritz Haim v. The Israel Lottery*, los vendedores de los billetes de la lotería pidieron a los jueces la recalificación de sur relación evidenciando que la sociedad soportaba, sea los gastos de los presupuestos estables a la venta, sea los de los seguros, y se comprometía a retirar los billetes no vendidos. No obstante esto, el tribunal consideró los franquiciados del mismo modo que empresarios autónomos, ya que controlaban las entradas, tenían la plena autonomía en la definición de los horarios de apertura y de las estrategias de marketing, y eran registrados como *independent contractors* ante las autoridades fiscales y la seguridad social.

En Austria, las limitaciones notables a la libertad de acción del franquiciado intentaron, en varias circunstancias, un recurso al juez del trabajo con el fin de obtener una calificación diferente de la relación. La jurisprudencia, por su parte, no faltó en reconocer las protecciones particulares con respecto al franquiciado, sobre todo cuando, por estipulaciones negociadas, resultaba que fuertes inter-

ferencias del franquiciador eran permitidas referentes a la gestión y la organización de ventas, las políticas de marketing, la elección de los precios de venta. Incluso en ausencia de reconocimiento de la subordinación de la relación, la analogía entre la posición del franquiciado y la del trabajador dependiente justifican, según la jurisprudencia austriaca, no sólo el recurso ante la jurisdicción del tribunal del trabajo, pero también la aplicación de ciertas protecciones previstas por la legislación del trabajo, incluyendo la limitación de la responsabilidad para los daños causados a una tercera persona en la ejecución del contrato. El sistema francés presenta casos muy particulares, también en virtud de los sistemas particulares regidos por el libro VII del Código del Trabajo, a los cuales volveremos más ampliamente en el tratamiento del trabajo autónomo (v. *infra* cap. VI). En efecto, el artículo L. 781-1, 2 del Código del Trabajo creó un estatuto híbrido llamado del "comerciante-salariado", que puede beneficiar a los franquiciados. Para ser un "comerciante-salariado" tres condiciones deben ser cumplidas. La primera es que debe tener como abastecedor exclusivo o casi exclusivo el franquiciado. Lo que es frecuentemente el caso en un contrato de franquicia, en cuanto el franquiciado tiene como empleo principal vender bienes suministrados por el franquiciador, o trabajar para el franquiciador. La segunda y tercera condición son actos de poder ejercidos por el abastecedor. Este último debe haber elegido o aceptado las condiciones del trabajo, de higiene y de seguridad del establecimiento del comerciante. Lo que, otra vez, es frecuentemente el caso en una relación de franquicia. En fin, él debe haber impuesto sus precios. Esta tercera condición no está necesariamente presente, pero otra vez, puede ser considerada como relativamente frecuente.

Estas tres condiciones son suficientes. Es notablemente posible para el "comerciante-salariado" tener salariados.

Beneficia también él sus relaciones con su abastecedor exclusivo o casi exclusivo, de los libros I y II del Código del Trabajo, los cuales comprenden casi todas las protecciones individuales de los salariados, especialmente con limitaciones del tiempo de trabajo, el derecho a un salario mínimo, vacaciones con sueldo y el derecho común del licenciamiento. Al contrario se excluyen el derecho al licenciamiento económico y las disposiciones relativas a la representación colectiva. Es estatuto "comerciante-salariado" benefició a gerentes de gasolineras, a concesionarios exclusivos, pero también, es cierto, a franquiciados.

La aplicación de este texto a los franquiciados, en la práctica, sigue siendo mucho más bajo que su potencial. Las personas susceptibles de beneficiarse de este estatuto son relativamente poco dispuestas a reclamar la protección del código del trabajo, sea que tal reclamación les parezca como una decadencia social, sea que ignoran las posibilidades que el texto les abre.

El caso de Costa Rica merece una consideración particular. En este país el *franchising* entra en la panoplia de los contratos atípicos, tradicionalmente regidos por los principios generales del derecho comercial. Estando considerado como sujeto independiente del franquiciador, el franquiciado goza de protecciones particulares en caso de cesación anticipada de la relación contractual, a causa del obvio presupuesto de una notable disparidad contractual, incluso en presencia de una relación de tipo comercial. Pero parece ser que ese régimen particular de protección se eliminará después del acuerdo de libre comercio estipulado entre Costa Rica, Guatemala, República Dominicana y los Estados Unidos (CAFTA), lo que parece dar un sujeto de reflexión debido a modalidades con las cuales operan los procesos de globalización de la economía y de liberalización de los cambios, y a los efectos que pueden generar sobre las condiciones de protección acordada a los que, en todos los casos, dejan su trabajo en condiciones notables de disparidad económica.

C. La posición legal de los empleados del franquiciado

Conforme a la configuración —por lo menos formal— del contrato de *franchising*, en práctica, todos los contratos excluyen que haya cualquiera relación jurídica entre el franquiciador y los empleados del franquiciado. Sin embargo, aunque estos últimos están indubitablemente, en el campo jurídico formal, en la dependencia exclusiva del distribuidor, ocurre en la practica que el franquiciador intervenga de manera intensa sobre las condiciones de empleo (selección y formación de la plantilla, comportamiento e imagen ante la clientela, etc.). Es el caso de España, tales intervenciones se justifican por la jurisprudencia con la exigencia legítima de proteger la marca y el nombre de la organización del franquiciador, a menos que el franquiciado no tenga, en sustancia, una propia organización de empresa, y represente un simple intermediario ficticio. En

el caso de Uruguay, al contrario, incluso en ausencia de estadísticas importantes, no parece que se excluya la hipótesis de la responsabilidad solidaria del franquiciador, ya que el contrato de *franchising* podría ser retenido como *"contrato comercial de dominación"*, con la consecuencia que la planificación jurídica y la práctica jurisprudencial deducen en materia de responsabilidad.

El contexto argentino merece en estos aspectos una atención particular. Presenta entre las técnicas jurídicas antifraude la responsabilidad solidaria del empresario principal con respecto a las obligaciones laborales de la seguridad social del personal salariado de estos empleadores a los cuales "ceda total o parcialmente el establecimiento o explotación habilitado a su nombre" o con los cuales "contrate o subcontrate, 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". Tal formulación que generó relevantes controversias interpretativas, no parece sin embargo comportar la extensión de la responsabilidad solidaria al franquiciante para las obligaciones del franquiciador, mientras que una extensión del régimen de la solidaridad puede basarse en la existencia de "control externo" por parte del franquiciante, susceptible de ser considerada como un presupuesto de conjunto económico de carácter permanente. Incluso en este caso, se tratará de una simple extensión del régimen de la responsabilidad al franquiciante, y ya no de una imputación directa de las relaciones laborales. Esto podrá averiguarse sólo en la hipótesis de una interposición facticia, es decir cuando el franquiciado no representa nada más que "hombre de paja", por respecto de las prescripciones dictadas por el legislador para los casos de interposición fraudulenta.

En Francia también, la plantilla de un franquiciado siempre puede tratar de enseñar que es, de hecho, subordinado al franquiciador. Este último será entonces considerado como su empleador o como su co-empleador. Encontramos de nuevo aquí, en materia de contrato de franquicia, la facultad de descubrir un co-empleador, en los términos que pueden ser utilizados par levantar el velo de la personalidad moral de dos sociedades distintas de un grupo, o, para oponerse a toda forma de descentralización productiva.

En el campo de la imputación directa de las relaciones laborales del franquiciado ante el franquiciador, una sentencia muy reciente

del tribunal de Milán merece ser relevada. En esta última los jueces italianos resolvieron ignorar cada pantalla formal acogiendo las demandas de la parte apelante.

En el caso concluido por la sentencia del 29 de abril de 2005, un empleado, licenciado por la sociedad que da trabajo, que lo empleaba en calidad de franquiciado, pero que tenía una nómina de empleadores inferior a 15 —calidad requerida por la legislación italiana para la aplicación de la protección "fuerte en materia de licenciamiento individual (art. 18, Ley nº 300 de 1970)— invocaba la aplicación de verdadera protección.

Los jueces, acogieron la demanda del trabajador ya que, en la base de los testimonios acogidos, resultaba una notable ingerencia de los responsables de la sociedad que asumía el papel de franquiciador sobre la actividad de gestión del franquiciado (en particular con respecto a la formación del personal, a la organización del tiempo de trabajo, al envío de cartas de licenciamiento). La interconexión que existía entre el franquiciador y el franquiciado —según el Tribunal— iba entonces, "mucho más allá de lo que requería el contrato de *franchising*", las dos sociedades fueron consideradas como un reagrupamiento de empresas únicas, en total superior a 15 unidades.

CAPÍTULO VI

"INDEPENDANT CONTRACTORS", FALSOS AUTÓNOMOS Y TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

SUMARIO: A. El renacimiento del trabajo autónomo y los proceso de descentralización productiva.— B. Las soluciones reglamentarias y las protecciones.— C. La actitud de la jurisprudencia con respecto a "falsos autónomos".

A. EL RENACIMIENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO Y LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Estos últimos años, precisamente y consecuentemente a los procesos de desmembramiento y de descentralización de la producción que tuvieron lugar en los grandes complejos industriales, como efecto de la crisis del modelo de integración vertical propio a la gran empresa fordista, el trabajo autónomo conoció otro período de crecimiento. Mientras que en el pasado habíamos experimentado una expansión progresiva del trabajo subordinado hacia campos anteriormente ocupados por la *locatio temporis*, hoy día el péndulo de la historia parece invertirse, empujado por tecnologías informáticas *labour saving* que prefiguran, no tanto una sociedad sin trabajo, sino de cierta manera un *scenari* en los cuales la prestación de mano de obra empleada ya no representa el modelo utilizado exclusivamente para ofrecer una actividad en coordinación y/o en el interés de otra persona.

Si al principio de los años 90 este fenómeno retenía la atención sólo por parte de un sector circunscrito de la doctrina del derecho del trabajo italiano, hoy día este dato parece adquirido en la ma-

yor parte de la producción científica corriente. Encuestas recientes revelan una tendencia mundial del crecimiento del trabajo autónomo durante la ultima decena del siglo pasado, al que el OCDE (2000) dedicó un capítulo del *employement outlook* "al parcial renacimiento del trabajo independiente", especialmente en el sector del *business* y de los servicios a la comunidad. Este hecho parece ser confirmado también por los informes nacionales elaborados a la ocasión de estas jornadas de estudio, los cuales no faltan de evidenciar un *trend* bien visible no sólo en el ámbito de la comunidad europea, sino generalmente a la escala global.

Hay también que notar que, preliminarmente, las políticas de "adelgazamiento", de *downsizing* y de "desmaterialización de la empresa", además de contribuir de manera significativa a la expansión del trabajo autónomo, modificaron de manera amplia las connotaciones tanto en el aspecto social como jurídico. Es tan verdad que los especialistas en ciencias sociales los más avisados crearon rápidamente el término de trabajo autónomo de "segunda generación" para marcar la especificidad innovadora, y la distancia con las formas tradicionales del *locatio operis*.

Comenzando por el examen de las características sea cuantitativas sea cualitativas del fenómeno, hay que subrayar inmediatamente que en los Estados Unidos los *independant contractors* representan, hoy día, un segmento bastante relevante de la fuerza de trabajo. En efecto, en 1995 —según las indicaciones contenidas en el informe USA— los trabajadores autónomos, empleados de manera significativa (para un 40%, más o menos) en los sectores así denominados del terciario avanzado y de los servicios, supera los diez millones, y representa 8.44% de la población activa.

Katherin V.W. Stone evidencia, por otro lado, que es frecuente reconocer entre los trabajadores autónomos que dejan su actividad propia a empresas americanas, antes de ser considerado como *independant workers*, efectuaban el mismo trabajo para la cuenta de la misma empresa con un contrato de trabajo salariado.

Una amplia utilización del trabajo autónomo como sustituto del trabajo salariado ocurre —hay que precisarlo— en todos sitios. Desde Venezuela, donde se utiliza más y más la práctica de sustituir los contratos laborales con otras formas contractuales regidas

por la legislación del comercio (*contratos de comisión mercantil, de concesión o de transporte*) la cual sin embargo, obviamente, no asegura protecciones y garantías aportadas por las planificaciones del derecho del trabajo, hasta Italia, que conoció estos últimos años un crecimiento notable del trabajo "*parasubordinato*".

En los Estados Unidos y en Venezuela, no hubo tentativas de crear una categoría intermedia entre trabajo subordinado y trabajo autónomo. No conocemos hoy día técnicas de extensión de protecciones del trabajo a prestatarios autónomos que efectúan su propio trabajo al beneficio de un comitente único o principal.

La situación europea es diferente: la emergencia de formas de trabajo autónomo que presentan las características más o menos visibles de dependencia económica (*wirtschaftliche Abhangigkeit*) llevó al intérprete (a veces el legislador mismo) a utilizar fórmulas ambiguas, como la de trabajo "*parasubordinato*" en Italia, de persona "semejante a trabajador subordinado" (*arbeitnemeranliche Person*) en Alemania, de " contratos de dependencia a sujeción imperfecta" o a crear nociones aparentemente contradictorias como el trabajo "autónomo dependiente". Hace poco proposiciones de regulación se hicieron por parte de los sindicatos (*Proyecto de Ley por la que se regula el Trabajo autónomo, 2005*) en España (1). Aparecieron también fórmulas como, por el lado anglo-sajón, "*dependent self-employed workers*" y "*dependent entrepreneurs*" o la expresión "dependencia en la autonomía" (*dependency within independance*) los cuales hacen referencia a las investigaciones realizadas sobre este tema a la sede de la OIT.

B. LAS SOLUCIONES REGLAMENTARIAS Y LAS PROTECCIONES

Estas fórmulas se explican en razón de una serie de características típicas del trabajo autónomo de nueva generación (personalidad de la prestación, larga duración de las relaciones contractuales, ausencia de colaboradores, destinación de la prestación a favor de un único comitente, importancia del ingreso percibido por el *partner* dominante, ausencia de una verdadera y directa relación del

(1) *Nota de la coordinación*: Con posterioridad a la preparación del presente informe se sancionó en España la ley 20/2007 que rige desde el 12 de octubre de 2007, conocida como la ley de los TRADE.

prestatario con el mercado). Estas fórmulas lo hacen diferente del trabajo autónomo tradicional y lo acercan, bajo diferentes aspectos, al trabajo salariado e indican, casi inmediatamente, la importancia del problema en derecho del trabajo.

En los países europeos la atención de los juristas en derecho del trabajo en materia de trabajo autónomo coordinado a la empresa se orienta hacia dos aspectos principales: la prevención de las formas ilegales del trabajo autónomo, que frecuentemente esconden relaciones de trabajo salariado (los falsos autónomos) y la extensión de algunas salvaguardias o protecciones previstas por el sistema de la seguridad social.

Si el primer aspecto parece ser común a países de otras zonas geográficas (del continente americano hasta el Oriente Medio), el segundo representa una particularidad sobre todo europea, al cual se merece dar unas consideraciones sumarias.

En el panorama europeo, los legisladores se plantean generalmente según dos lógicas:

a) lógica de "asimilación", o

b) lógica de "extensión selectiva de las salvaguardias".

a) La lógica de asimilación, expresión típica de una tendencia expansiva (o atractiva) del derecho del trabajo, empuja hacia un alargamiento del campo cubierto por la disciplina del trabajo salariado hasta que incluya las figuras de los trabajadores autónomos que de hecho se orientan hacia un estado de dependencia económica.

Un caso ejemplar de asimilación casi total existe en el sistema francés, que adopta con este fin dos técnicas diferentes. La primera es la de la presunción (en algunos casos, absoluta, en otros relativa) de recurso al trabajo salariado. La presunción interesa una serie de actividades profesionales (de manera abstracta, que se pueden ejercer en régimen de autoría) denominadas en el libro VII del Código del Trabajo intitulado "disposiciones particulares a ciertas profesiones"; se trata en particular, de trabajadores a domicilio, de representantes y corredores, de periodistas profesionales, de artis-

tas y modelos. Estas figuras gozan de un estatuto especial, en ausencia de la cual la relación relativa debería cualificarse en la esfera de un "contrato de alquiler de obra" o de "contrato de empresa". La segunda técnica es la de la asimilación en sentido estricto, que no opera (como la técnica de la presunción) en el campo de la calificación del contrato pero, haciendo abstracción de cuestiones de clasificación, se halla en el campo (diferente) de la aplicación directa al caso que de hecho presentan condiciones enunciadas por la norma. Estas condiciones demuestran la inexistencia de una verdadera autonomía económica de profesionales concernidos y por su integración en el sistema de la empresa a la cual están vinculados por un contrato que sigue, en derecho, un contrato de mandato, de alquiler-gestión, de fondo de comercio, de concesión, etc. En virtud del artículo L 781-1,2 del Código del Trabajo, las garantías típicas del trabajo salariado encuentran una aplicación a los sujetos cuya profesión consiste en la venta de bienes o de mercancías de toda clase para la cuenta, exclusivamente (o casi exclusivamente) de una empresa industrial o comercial, a las condiciones que ésta impone. O también en la recepción de pedidos o objetos a manipular, guardar o transportar para la cuenta de una sola empresa comercial o industrial, en un local dado (o aceptado) por la empresa y con sus condiciones contractuales impuestas.

La particularidad de esta norma emerge, ante todo, de su latitud extrema, que puede adaptarse a numerosos casos de especie contractuales, extenderse hacia profesiones fundadas sobre la exclusividad sea en la venta, sea en la adquisición, sea en el hacer para la cuenta de alguien. Además de la orientación jurisprudencial según la cual la disposición en examen encuentra su aplicación "en cuanto las condiciones enunciadas están reunidas de hecho, cualquiera que sean las enunciaciones de los contratos, sin que haga falta establecer la existencia de un vínculo de subordinación". Al afirmar que las disposiciones del Código del Trabajo se pueden aplicar sin que haya una necesidad de establecer la existencia de un vínculo de subordinación, el Tribunal Supremo clarificó que la existencia del vínculo no era una condición para la aplicación del art. L 781-1, pudiendo encontrar aplicación en las situaciones típicas del trabajo autónomo, o directamente empresario, como por ejemplo la agencia o el *franchising* (v. *retro*, cap. V). Una semejante posición presupuesta implica, en realidad, la negación del carácter prescripto y exhaustivo de la definición técnica de subordinación, para reunir,

bajo un único "gorro" todas esas relaciones que, más allá de cualquier normalismo clasificatorio, se desarrollan concretamente con modalidades como si todas fueran dirigidas a procurar a uno o más sujetos la disponibilidad de la fuerza de trabajo del otro. Bajo este aspecto esencial, el derecho francés creó entonces verdaderas y propias figuras con un estatuto mixto o mejor "*bifronti*". Los trabajadores que caen en el campo de aplicación del art. L 781-1 son al mismo tiempo trabajadores asimilados a los salariados y empleadores/prestatarios autónomos, sometidos a las reglas del derecho mercantil, con sus clientes propios y su propio personal salariado. El ejemplo típico son las personas que gestionan las gasolinas, cualificados por la jurisprudencia como comerciantes independientes, como los ya mencionados "gerentes no salariados" de las sucursales de grandes empresas del sector alimentario y de otro presupuestos a la distribución. Estos últimos a pesar de ser asimilados a los trabajadores salariados por ejemplo en el art. L 782-1 (lo cual remite al art. 781-1) se cualifican textualmente como "jefes de establecimiento con respecto al personal que emplean" (art. L 782-2).

Ejemplos de asimilación parcial son sacados, todavía, del mismo sistema francés como por ejemplo el art. L 732-2, que prescribe la aplicación de un cierto número de disposiciones del código, pero no de su totalidad a los "asistentes maternales".

Técnicas de asimilación parcial se pueden observar en el Reino Unido, donde la legislación fiscal y la de la previsión consideran como trabajadores subordinados algunos sujetos que, en la base de pruebas de *common law*, son, al contrario trabajadores autónomos (por ejemplo los *contract workers*).

En el sistema alemán también, frente a un crecimiento sin precedentes del trabajo autónomo, el legislador había llegado al final de los años 90, a intervenir significativamente en materia de la seguridad social, y había introducido, modificando el párrafo 7.4, libro IV del *Sozialgesetzbuch*-SGB, un sistema de presunciones legales dirigidas a ampliar significativamente el campo de la subordinación. Sin embargo, la *Korrecturgesetz* generó generalmente más críticas que consentimientos, y fue juzgada insatisfactoria por la misma doctrina que la había apoyado (sea porque sólo consideraba el problema en parte, es decir desde el punto de vista del falso trabajador autónomo y de la "autonomía aparente", sea porque hubiera podi-

do generar un sistema de calificación muy débil. La trayectoria de la reforma, totalmente recorrida por la legislatura pasada, se acabó con su abrogación.

b) Todavía en Alemania encontramos desde hace un rato, bajo otro aspecto, una tendencia a la extensión selectiva de las protecciones del derecho del trabajo, más allá del círculo de los trabajadores subordinados. Así, se aplican al *arbeitnehemercänliche Person* normas de protección (*Arbeitsgerichsgesetz,* párrafo 5), de previsión (*Korrecturgesetz 1998 y Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit 1999),* en materia de vacaciones (*Bundesurlaubsgesetz, 1963,* párrafo 2), así como convenios colectivos (*Tarfvertragsgesetz - TVG, §12*) y, más recientemente, en contra del hostigamiento en los lugares de trabajo (*Beschaftigtenschutzgesetz,* párrafo 1).

El Reino Unido conoció un fenómeno de extensión importante, a través de la individualización de campos concéntricos de aplicación de normas de protección. En tal perspectiva, en un círculo concéntrico que contiene la figura tradicional del *employee,* fue individualizada la figura más amplia del *Worker,* a medio camino del trabajador subordinado (*employee*) y del trabajador autónomo (*selfemployed*).

Más precisamente, la legislación empieza con el recurso al termino *worker* para indicar una categoría más amplia de trabajadores subordinados y en las hipótesis según las cuales "el sujeto se compromete contractualmente a efectuar en persona un trabajo y servicio para otra parte y cuyo *status* no es, según el contrato, el de un usuario o de un cliente de la actividad profesional o comercial efectuada por la contraparte".

En su conjunto, la reciente legislación dibuja un sistema de protecciones estructurado en líneas concéntricas, que se alejan en parte de la bipartición tradicional donde sólo son pertinentes las nociones de trabajo subordinado y de trabajo autónomo. Se aplican a los *workers* una serie de garantías que, al origen, eran reservadas al trabajador subordinado estándar, tales como el *National Minimum Wage Act 1998,* el *Working Time Regulations 1998 y el Part-time Workers Regulations 2000.*

Esas normas fueron concebidas para aplicarse "*to all those who work for another person, not just tose employed under a contract of*

employment", y el mismo enfoque se proyecta para la aplicación de la directiva comunitaria sobre los horarios de trabajo. Las normas anti-discriminatorias se extienden a un grupo incluso más amplio (todos los que efectúan personalmente un trabajo o un servicio) mientras que las normas en materia de seguridad en los lugares de trabajo son contenidas en el círculo que presenta la circunferencia más grande, y se aplica también a favor de los *dependent entrepreneurs*. La extensión selectiva se opera también con respecto a ciertas categorías específicas de trabajadores que se caracterizan por un status incierto, como por ejemplo los *agency workers* —que efectúan un trabajo a favor de un sujeto (principal) diferente del que da trabajo/comitente (*agency*) en el marco de un contrato de suministro— y los *homeworkers*. Ambos entran en el *National Minimum Wage Act*, en el *Working Time Regulations*, tal y como en el *Employement Rights Act 1996* (aunque fuera limitado a la parte relativa al *public interest disclosures*). Posibles extensiones posteriores —que el libro blanco mencionado se suponen poder mirar directamente "*all existing employment rights regulation*"— se estudian actualmente por parte del gobierno en la base de la sección 23 del *Employment Relation Act 1999 (Department of Trade and Industry 2002)*.

Podemos también hablar de extensión selectiva referente a España, donde el Estatuto de los trabajadores mismos, excluyendo de su propio campo de aplicación las relaciones laborales autónomas, prevé textualmente la posibilidad de una extensión de las normas de derecho de trabajo al "trabajo realizado por cuenta propia" en el caso de que el legislador lo disponga expresamente (disp. Final 1 ET 1995). Esta tendencia del derecho del trabajo interesó hasta ahora la prevención y la seguridad en el lugar de trabajo. La libertad de organización sindical y las normas sobre el salario mínimo garantizado (estas últimas se limitan al sector agrícola, para los contratos de alquiler de fondos rústicos). En Dinamarca también, donde la noción de trabajador dependiente encuentra una correspondencia en la figura del *freelance*, presente sobre todo en los sectores del *consulting* informático, de la contabilidad y de la distribución/venta, conoce los mecanismos legales de extensión selectiva, incluso si son muy limitados y controlados (a los trabajadores *freelance*, se aplican protecciones en materia de salud, de seguridad en los lugares de trabajo y de descanso prenatal).

Mecanismos de ampliación del campo de aplicación de las normas de trabajo a formas de trabajo autónomo, coordinado y conti-

nuo, a dominante personal, referente a Italia, la cual conoce, desde el tiempo de la reforma del Código de procedimiento civil de 1973 (art. 409 n. 3 c.p.c) una extensión al trabajo "parasubordinado" de la protección *procesuale*, tal y como a reglas en materia de renunciación y transacción (art. 2113 c.c.). Después de una serie de intervenciones normativas dirigidas a dar una protección mínima en el tema de la seguridad social (pensión, protección contra los accidentes y las enfermedades profesionales, protección de la maternidad e indemnidades de enfermedad), el trabajo subordinado fue sometido a una reforma de una cierta importancia en el curso de la legislatura pasada.

El D. Lgs. Nº 276 de 2003, introdujo una nueva institución de *lavoro a progetto*, con la doble intención de contrariar fraudes, delimitando el campo de las colaboraciones coordinadas y continuas, y aportar una protección mínima inderogable a favor de los colaboradores propiamente autónomos. Si es prematuro formular un juicio en la nueva institución, hay que relevar que las soluciones adoptadas fueron acogidas con mucha frialdad por el mundo sindical y con una severidad más fuerte aún por la prevalente doctrina del derecho del trabajo, la cual recusaba al legislador la inadecuación de los elementos selectivos, la insuficiencia de las protecciones reconocidas a los colaboradores así como la inoportunidad de un régimen de sanciones tanto severas como ineficaces.

C. LA ACTITUD DE LA JURISPRUDENCIA CON RESPECTO A "FALSOS AUTÓNOMOS"

En casi todas las planificaciones jurídicas consideradas, la calificación formal que las partes dan al contrato no excluye la verificación por parte de los jueces, de la clase real de la relación.

La jurisprudencia no tiene un papel secundario en referencia con el tema del trabajo autónomo, utilizado de manera sustitutiva al trabajo salariado, ya que es frecuente descubrir detrás de la predilección para formas contractuales de tipo mercantil, el fenómeno conocido como "huida del Derecho del Trabajo" al terminar el proceso de descentralización. Incluso en los países donde los jueces asignan una importancia máxima a la calificación dada por las partes par fundar las estipulaciones de la relación —como el estado de

Israel, que representa según el OCDE el país con el porcentaje más elevado de trabajadores que no son salariados por el que beneficia de la actividad dejada— el *"piercing the corporate veil"*, dicho de otra manera, la superación del velo formal, utilizado para esconder una relación laboral de clase subordinada, no es desconocida por la jurisprudencia más reciente.

En regla general entonces, la facultad por parte de jueces de averiguar la real naturaleza de una relación de trabajo cualificada diferentemente por las partes con el fin de contornear la legislación del trabajo, parece valer para cada una de las planificaciones, que sea en razón de un principio de realidad o en virtud de la denominada indisponibilidad del tipo o también por las cláusulas generales dictadas en materia de fraude.

Frente a la expansión progresiva de "zonas grises" entre trabajo autónomo y trabajo subordinado, el papel de la jurisprudencia se convirtió, sin embargo, asignando a los jueces una función de gran importancia en la delimitación de las esferas de aplicación del derecho del trabajo. La actividad hermética puede operar una continua revisión interpretativa del concepto de la subordinación y selecciona frecuentemente los sujetos que merecen una protección, contribuyendo por el otro lado, a hacer más o menos urgente la necesidad de disponer nuevas normas de protecciones en las zonas contiguas. Está claro que donde la noción de subordinación es objeto de una interpretación jurisprudencial extensiva, se reduce la cantidad de trabajadores autónomos situados en la zona gris, los cuales se engloban entonces en el universo del trabajo salariado. Se trata de un objetivo muy presente en las posiciones jurisprudenciales (y doctrinales) de varios países europeos, a poner en la tradicional "tendencia expansiva" del derecho del trabajo. Por ejemplo, la utilización del método tipológico por parte de la jurisprudencia alemana favoreció sin duda la inclusión de mucho casos de especie, "deficitario" de índices habituales de subordinación en "el alveolo" de la regla protectriz. Mientras que en Italia, las orientaciones más restrictivas adoptadas por los jueces, que sin embargo, habían frecuentemente utilizado en el pasado el mismo método que sus colegas franceses, contribuyeron a la expansión progresiva de colaboraciones no protegidas, empujando —como lo hemos visto— el legislador a intentar vías nuevas, más o menos felices según los puntos de vista.

Una parte de la jurisprudencia inglesa, aunque utiliza instrumentos conceptuales y operacionales diferentes, se orientó hacia una prospectiva expansiva. Por un lado, los tribunales, tomando en consideración el interés público que persiguen las normas en derecho del trabajo, tienden a interpretar de manera extensiva los conceptos que determinan el campo de aplicación; por otro lado, utilizando el *economic reality test* llegan a ofrecer una representación más adecuada a la realidad económica y social. A través de este método de calificaciones del contrato, es necesario averiguar dónde se hallan los riesgos financieros, y si el trabajador está en la situación de sacar provecho de tal situación. El *test* en cuestión no se limita a evaluar quién soporta el riesgo de trabajo pero toma también en consideración otros elementos, como la propiedad de medios de producción o los métodos de pago, que son útiles para determinar si el trabajador efectúa una actividad por su cuenta propia, organiza el trabajo y entonces asuma los riesgos o si el contrato se inserta en los negocios de otra persona. Su utilización permitió a los tribunales clasificar como subordinados, numerosos *casual workers*, es decir trabajadores irregulares y atípicos que, si se hubiera adoptado otros métodos basados en los criterios formales (en particular el *mutuality of obligation test*, fundado sobre la continuidad y la estabilidad del contrato) seguiría estando sin protección. Este *test* evidenció además la debilidad económica de estos prestatarios, que no eran sometidos a un poder de control, retenidos en la base del *control test* como trabajadores autónomos. En esta óptica el *economic reality test* puede ser considerado como un precursor jurisprudencial del concepto legislativo de *worker* a través del cual, como vamos a verlo ahora, una parte de la legislación protectriz se extendió más allá de la frontera del trabajo subordinado estándar.

En España, donde el número de trabajadores autónomos supera los 3 millones, con dos sin ningún trabajador a su servicio, con el fin de distinguir el trabajo subordinado y el trabajo autónomo cuyos criterios claves son representados por las circunstancias de un trabajo dejado "*por cuenta ajena y subordinada*".

Para llegar a identificar prestaciones de servicio sometidas al régimen del derecho del trabajo, la legislación española utiliza tres técnicas. La primera consiste en una definición abstracta y en positivo de los elementos consubstanciales a las *relaciones laborales*: *voluntariedad, ajenidad, subordinación y retribución*. La segunda

técnica consiste en la enumeración de una serie de casos hipotéticos excluidos de la aplicación del derecho del trabajo, esta lista tiene un carácter complementario con respecto a la definición abstracta y puramente simplificadora. La tercera técnica normativa consiste en la previsión de la categoría de *"relaciones laborales especiales"* a medio camino entre la exclusión y la inclusión en el derecho del trabajo.

La ajenidad se descubre en el hecho de que el resultado del trabajo (*utilidad patrimonial*) se atribuye desde su origen al *"empleador"* ya que en virtud del *contrato de trabajo* pone *"su fuerza de trabajo a disposición del empleador"*. La doctrina del derecho del trabajo razonó según diferentes declinaciones de esta requisición para llegar a su individualización concreta: *ajenidad en los riesgos de la actividad profesional, ajenidad en los frutos del trabajo, ajenidad en la utilidad patrimonial, ajenidad en la titularidad de los medios de producción y ajenidad en el mercado*. La *subordinación* se materializa, al contrario, en la sumisión al poder de organización y de dirección del que da órdenes. Tal requisición representa el factor decisivo para delimitar la frontera entre trabajo autónomo y las relaciones sometidas a la legislación del derecho del trabajo.

A partir de mitades de los años 60, la jurisprudencia elaboró sin embargo un concepto flexible que encuentra siempre, con más o menos intensidad según los casos, un poder de requerimiento en la empresa y correlativamente una obligación de obediencia por parte del trabajador. La subordinación se encuentra como *el estar situado el trabajador dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria del empleador*, sin la existencia de una autoridad tácita que no excluye el régimen del derecho del trabajo.

Entre los casos más controvertidos encontramos las actividades de transporte de mercancías y actividades de transporte de bienes y servicios. Aquí también, en ciertas ocasiones se observa situaciones de transición ya que a partir de una situación de *laboridad* el empresario vende el vehículo para el transporte al trabajador obligándolo a formalizar el vínculo contractual como trabajo autónomo (con los efectos fiscales y los de la seguridad social consecuentes). Otro ejemplo típico se encuentra frecuentemente en el sector de la construcción, donde la descentralización de la producción realizada estos últimos años prevé un sistema de externalización

en cadena con una fuerte presencia de trabajo autónomo que no será siempre verdadero. Un tercer ámbito al cual se asocia también lo de "zona gris" (y que genera fenómenos de fraude) es el de representantes de comercio u operadores mercantiles que operan en el nombre y por cuenta de una empresa como intermediarios en la comercialización de sus productos.

En fin, tanto en España como en Italia hay que señalar el uso obviamente ilegítimo de las relaciones laborales por parte de la Administración Pública: se trata de relaciones dejadas en los locales de la Pública *Amministrazione* con un horario fijo y muy penoso frente a la jerarquía, lo que es lo propio de la estructura administrativa.

CAPÍTULO VII

EL SUMINISTRO DE TRABAJO POR EL INTERMEDIARIO DE AGENCIAS

SUMARIO: A. Introducción.— B. Las condiciones de acceso al suministro.— C. Condiciones de licitud / autorización de la actividad de suministro.— D. La reglamentación de la relación de trabajo.— E. El sistema de responsabilidad compartida entre la empresa usuaria y la empresa proveedora.— F. Las relaciones sindicales. G. El sistema de sanción en las hipótesis de recurso ilegítimo al suministro a la mano de obra.

A. INTRODUCCIÓN

Cuando nos preparamos a un análisis comparativo del suministro de trabajadores (trabajo temporal o interino), se debe primero esclarecer los límites precisos de estos casos. Esta operación es todavía más útil y necesaria para los ordenamientos judiciales que conocen varias formas, más o menos reguladas, de utilización directa de la mano de obra.

La primera condición necesaria para poder hablar de suministro de trabajo es la existencia de una relación triangular entre una empresa proveedora de prestación de trabajo, una empresa utilizadora y un trabajador. Una relación trilateral que produce como efecto por lo general la disociación entre el titular formal de la relación de trabajo y el beneficiario efectivo de las prestaciones de trabajo. El esquema de negociación comporta pues un primer contrato, de derecho civil, que rige la relación entre la empresa utilizadora y la empresa suministradora del trabajo temporal, y un segundo contrato de derecho del trabajo, que vincula al trabajador a la empresa que suministra el trabajo, con la exclusión como consecuencia de todo vínculo jurídico entre el asalariado y la empresa utilizadora.

Todas las legislaciones en materia de suministro, abstracción hecha de su grado de extensión, afirman de manera clara la ausencia de contrato entre el trabajador y la empresa beneficiaria.

El otro elemento constitutivo del suministro, que lo distingue de las otras formas de préstamo o alquiler de la mano de obra, es que la empresa proveedora (también llamada agencia de trabajo temporal) tiene como actividad primera o exclusiva el suministro de trabajo temporal.

Una vez estos límites establecidos, la primera consideración, inducida por una vista global de los ordenamientos judiciales examinados, concierne su amplia difusión. En un panorama con límites multicolores variados, caracterizado por una pluralidad de formas de utilización indirecta de los trabajadores, no hay duda de que el suministro, por el intermediario de agencias constituye un caso difundido en la mayor parte de los ordenamientos judiciales examinados, difusión que representa el más pequeño denominador común entre los instrumentos variados y multiformes de disociación entre sujeto titular y beneficiario efectivo de la relación de trabajo en los diversos derechos nacionales. Interrogándose sobre las razones que han producido un fuerte crecimiento del recurso al suministro de mano de obra, un estudio americano (D.H. Autor, *Outsourcing at will, il contributo del principio della giustificazione del licenziamento all'incremento del ricorso all'esternalizzazione della manodopera, RIDL* 2004, p.459) ha lanzado la hipótesis sobre la base de datos estadísticos muy detallados, pero relativos a EEUU, de una correlación entre el paso por vía jurisprudencial, del principio de derecho consuetudinario de libertad de ruptura del contrato de trabajo (con imposición de límites causales al despido) y el desarrollo impetuoso del suministro de trabajo temporal. En realidad, la correlación no es evidenciada tan sólo en una perspectiva diacrónica (referida a la progresiva emergencia de la orientación jurisprudencial citada) sino también tomando como variable la situación de los meros Estados (donde la rigidez del despido es la más fuerte, el recurso al suministro de mano de obra es el más fuerte, y viceversa). Sin embargo, no existen estadísticas similares en otros países.

Un elemento ulterior que es de notar es la impresión que las reglamentaciones en materia de suministro de mano de obra se caracterizan por una especie de "mimetismo legislativo". Excepto

inevitables divergencias, es fácil distinguir en el medio ambiente reglamentaciones variadas en la materia, con algunos rasgos de similitud.

El grado de similitud es todavía más obvio relativamente a los países pertenecientes a la misma área geográfica. A la continuidad geográfica de los países corresponde una más o menos evidente similitud de las decisiones de regulación. Esta tendencia al mimetismo es por ejemplo evidente en los países del área sudamericana (Venezuela, Brasil, Uruguay, Méjico): las diversas leyes siendo orientadas hacia la misma finalidad, tienen líneas directrices unívocas y convergentes. El denominador mínimo común de estas legislaciones es la previsión de ninguna regla significativa limitando el recurso al suministro, funcional para garantizar un zócalo de protección para los asalariados. Incluso en los países privados de ley sobre el suministro por el intermediario de agencias (como por ejemplo Uruguay), sin embargo es posible distinguir algunos principios, de origen contractual, administrativo o jurisprudencial, que poner límites a una utilización excesiva del suministro de trabajo.

Convergencias pueden también encontrarse en los diversos ordenamientos judiciales europeos. Polonia, la República Checa, Grecia, Croacia, y en ciertos aspectos, España, son países que ponen sobre el suministro reglas claramente inspiradas por las exigencias de protección de los asalariados.

Al lado de estos ordenamientos judiciales, caracterizado por las normas rígidas y rigurosas hay por fin un bloque de países, europeos o no, que se distingue por tener una reglamentación liberal. Los primeros son los de derecho consuetudinario, entre ellos, EEUU, Canadá, el Reino-Unido y Australia además de países de Europa del Norte: Holanda y Suecia.

A nivel del ordenamiento jurídico de la UE, se nota la existencia de principios en materia de trabajo temporal por el intermediario de agencias, sacados de la directiva del 20/03/02. La particularidad de estas fuentes consiste en el hecho de ser potencialmente superiores a las legislaciones de los Estados miembros de la Unión, y por lo tanto pedir la adaptación de las legislaciones nacionales, pero de no ser todavía formalmente adoptadas, no son sino una línea directriz emergente de la confrontación/debates sea de los partena-

rios sociales europeos (UNICE, CEEP, CES), sea de las instituciones comunitarias (Comisión, Parlamento, Consejo, Comité Económico Europeo). Tales líneas directrices constituyen la síntesis de dos enfoques diferentes sobre los temas del nivel, objetivos y técnicas normativas.

Sobre el primer aspecto, la propuesta de directiva funda dos finalidades, entre ellas no totalmente opuestas, pero concurrentes: la finalidad de empleo y la finalidad social. La primera entendida como el objetivo de crear y mantener el empleo a través de la reglamentación de formas de acceso al trabajo y su flexibilización, la segunda como la búsqueda de una protección de los asalariados siempre mejor a través de la creación de una red de derechos mínimos inderogables y de obstáculos al uso distendido de la institución.

En el segundo aspecto, relativo a las técnicas de regulación, existen conjuntamente en el proyecto de directiva sobre el trabajo temporal, disposiciones de ley dura, que contienen normas imperativas (incluso si son sujetas a derogación) como las relativas a la prohibición de la discriminación, a la nulidad de cláusulas que prohíben contratar asalariados suministrados por la empresa utilizadora (con la finalidad de favorecer la estabilidad de los salarios precarios), con disposiciones de ley blanda que prevén principios generales adaptables de manera flexible por parte de las legislaciones nacionales, como la del artículo 4 párrafo 2: las prohibiciones o las restricciones impuestas al recurso al trabajo temporal, si no justificadas por razones de interés general o de protección de la salud y de la seguridad de los asalariados, son asunto de los Estados miembros, los cuales deben evaluar la justificación de estos límites, y, en última instancia, decidir de manera autónoma mantenerlos o no en vigor.

Poniendo en evidencia la propensión marcada de la propuesta de directiva a la difusión del trabajo temporal como instrumento de política del empleo, incluso con una tendencia a su recalificación bajo el perfil de protección de condiciones mínimas de trabajo, se pueden evidenciar dos elementos: el establecimiento de un principio de no-discriminación de los trabajadores temporales indicando que las condiciones de trabajo de estos últimos deben ser al menos idénticas a aquellas que se aplicarían si fuesen directamente em-

pleados por la misma empresa para el mismo trabajo (artículo 5, párrafo 1).

Este principio solemnemente enunciado es no obstante inmediatamente redimensionado por la disposición siguiente: la autorización a los Estados miembros de derogar, en materia retributiva, al principio de paridad cuando los trabajadores temporales son vinculados a la agencia por un contrato de duración indeterminada y son remunerados también en el intervalo de sus prestaciones; la posibilidad general de derogar, a través de convenios colectivos concluidos por los partenarios sociales de los Estados miembros, a las estipulaciones que garantizan los niveles de protección; la posibilidad de no aplicar la paridad retributiva a los asalariados en trabajo temporal ocupados por menos de seis meses. Además, en el plan sindical se pone que los trabajadores temporales son calculados con el fin de llegar al límite de ocupación más allá del cual se constituyen instancias representativas del personal en la empresa proveedora, y si los Estados miembros lo prevén, también en la empresa utilizadora.

B. LAS CONDICIONES DE ACCESO AL SUMINISTRO

El grado de permisividad de las diversas reglamentaciones del suministro es dado ante todo por la reglamentación de las condiciones que legitiman que se pueda recurrir a ellas.

Una técnica común de intervención de las legislaciones examinadas es prever límites causales y/o temporales, a la utilización del contrato de derecho civil por el cual la agencia se obliga a suministrar a la empresa utilizadora trabajadores.

Particularmente, en algunos casos, la ley prevé de manera más o menos detallada, hipótesis en las cuales el recurso al suministro de trabajo es posible. Se trata de hipótesis lo más a menudo connotadas con su carácter intrínseco temporal, con el obvio objetivo de evitar que un esquema sea utilizado de manera exagerada eludiendo la norma estándar del trabajo de duración indeterminada.

En otros casos, el legislador pone límites expresos y específicos máximos de duración del contrato entre la agencia de trabajo temporal y la empresa utilizadora.

Los países de América latina dan ejemplos significativos de reglamentación del acceso al suministro de mano de obra. En Brasil, la Ley Federal Nº 6019 del 03/01/74 prevé que el recurso al suministro de trabajo temporal es admitido tan sólo en casos de necesidad transitoria de sustitución de personal en la hipótesis de un auge extraordinario de la actividad. Como otra garantía, el recurso al suministro no debe menguar el área de trabajo de duración indeterminada. La misma ley prevé como límite temporal concurrente una duración máxima de tres meses, excepto autorización concedida por el ministerio de trabajo. Se prevén restricciones específicas relativas a la prórroga del suministro de trabajo, que es admitida una vez, por una duración igual a la individualizada en el primer contrato y en presencia de condiciones específicas expresamente fijadas por la ley.

La finalidad legislativa de preparar una reglamentación que garantice los derechos de los trabajadores es completada por la disposición excluyendo el carácter temporal del contrato de trabajo entre trabajador y agencia de trabajo temporal. De esto deriva un sistema doble de protección que no parece tener equivalente en ningún otro ordenamiento judicial. De un lado, el carácter necesariamente temporal del contrato comercial de suministro de trabajo que elude el riesgo de fraude a la ciudadela del trabajo estándar de duración indeterminada. Del otro, la exclusión de un término del contrato de trabajo entre trabajador y agencia garantiza el interés del trabajador en la estabilidad del empleo.

Inspirada de las mismas finalidades de control, y limitando el recurso al suministro, está el derecho de Venezuela (artículo 26 del Reglamento de la Ley Orgánica de Trabajo), que admite el recurso al trabajo temporal tal sólo para:

a) realizar una obra o la prestación de un servicio en el cual la duración, incluso incierta, es limitada en el tiempo;

b) afrontar las exigencias excepcionales del mercado por un período no superior a tres meses;

c) sustituir asalariados ausentes cuya relación de trabajo está suspendida.

Al lado de esta determinación precisa de las hipótesis por las cuales el recurso al suministro de mano de obra es posible, el mis-

mo derecho venezolano prevé también una serie de prohibiciones a la utilización del trabajo temporal. El artículo 26 prevé, con analogías con el derecho italiano, que el recurso a este contrato está prohibido para las tareas peligrosas para la vida y la salud, y para remplazar a huelguistas.

El derecho argentino va en la misma dirección. Aquí también la técnica normativa consiste en predeterminar precisamente las hipótesis de legítima estipulación de contrato entre la agencia y la empresa utilizadora. Además, como para los otros ordenamientos judiciales citados, la previsión de estas hipótesis resulta exclusivamente de la ley.

Sobre la base del artículo 3 del decreto 342/1992, la estipulación de un contrato de suministro está autorizada:

a) para sustituir trabajadores ausentes o que gozan de una suspensión autorizada, o legal o convencional, durante este período;

b) en el caso de un aumento de la actividad de la empresa, requiriendo, de manera ocasional, y extraordinaria, un número mayor de asalariados;

c) en el caso de organización de congresos, seminarios, ferias, exposiciones, etc.;

d) para efectuar tareas de instalación u de reparación destinadas a prevenir incidentes que ponen en peligro a trabajadores o a terceros, si estas tareas no las pueden efectuar asalariados de la empresa;

e) en general, cuando por necesidad extraordinaria o transitoria se deben realizar funciones externas a la actividad normal y habitual de la empresa.

La legislación de Méjico prevé igualmente, de manera más o menos estricta, límites temporales al suministro de trabajo. Este está subordinado a la existencia de una exigencia justificativa de índole temporal.

Fuera del área de América latina, existen muchos órdenes jurídicos caracterizados por cierta protección en la admisión del su-

ministro. Prudencia, e incluso desconfianza, evidenciada en la instauración de límites, a menudo en competencia, las cuales llevan sobre la selección del esquema contractual, la determinación rígida legal y/o contractual de las hipótesis de admisión del suministro, el reenvío más flexible a causas más generales, la previsión de un límite final de una duración máxima del contrato entre la agencia y el utilizador, las prohibiciones específicas.

Un elemento recurrente, sobre todo visible en los ordenamientos judiciales que no se fía del suministro, es la tendencia a regular la materia directamente por la ley evitando el reenvío a fuentes secundarias y contratos colectivos. Salvo excepción, la técnica normativa del concurso ley/contrato colectivo, factor de flexibilidad, no está establecida en los ordenamientos judiciales examinados. La regulación fundada en la previsión de cláusulas generales no parece tampoco ser muy utilizada. De donde la tentación de poner la hipótesis que la falta de confianza de los ordenamientos judiciales hacia el suministro de trabajo se traduce prioritariamente por una rigidez de la técnica normativa: abstracción hecha de las selecciones operadas por los ordenamientos judiciales, no hay duda de que la previsión únicamente legal de las hipótesis de recurso al suministro determina una rigidificación de la materia, estructuralmente incapaz de amoldarse a las exigencias variables del mercado y de los sectores productivos.

La legislación polaca de julio de 2003 lo demuestra. Por primera vez admitió la escisión entre titular de la relación (agencia) y beneficiario de las prestaciones de trabajo (utilizador). La técnica utilizada es la de prever directamente por vía legal los casos posibles de recurso al suministro, y sus prohibiciones.

A la base de esta materia, el recurso al trabajo temporal es admitido: para desarrollar actividades estaciónales, temporales e inmediatas, para efectuar actividades en las cuales la organización normal de la empresa no sería capaz de efectuarlas en los mismos plazos (a las cadencias previstas), para remplazar a asalariados ausentes.

Al mismo tiempo, la ley fija prohibiciones. Particularmente, está prohibido utilizar la mano de obra temporal: para tareas particularmente peligrosas individualizadas por el ministerio de trabajo y

el de sanidad, para sustituir a asalariados huelguistas, para cubrir un puesto vacante, en los tres meses anteriores, por efecto de una resolución del contrato por razones independientes del trabajador. Además la ley prohíbe el recurso al trabajo temporal en una empresa que, en los seis últimos meses, ha recurrido a un despido colectivo.

Finalmente, siempre por vía legal, está previsto un límite máximo de duración, fijado a un año, con o sin interrupción, comprendido en un plazo de tres años. Un límite superior, no superior a tres años, es autorizado para remplazar a un asalariado ausente.

Se encuentra una dirección similar en España. Por una parte, el contrato entre los proveedores y las empresas utilizadoras se puede celebrar en los mismos casos en los cuales es posible estipular un contrato de trabajo de duración determinada. Esto significa, para la prestación de obra o de servicio determinado, por razones productivas o sustitutivas, para la contratación de asalariados en el paro por una administración pública o una asociación, finalizada por la realización de una obra o de un servicio de interés general o social. Por otro lado, la misma materia prevé prohibiciones de recurso al suministro: de la recurrente prohibición de remplazar a un asalariado huelguista (presente también en otros países en que el suministro es más libre, como Austria, Holanda y Suiza), a la, común también, de recurso al suministro poco después de un procedimiento de despido colectivo.

En Grecia, por lo contrario, en ausencia de causas específicas autorizando la estipulación del contrato de suministro, la ley prevé límites de duración del contrato más estrictos. La misión del trabajador con la empresa utilizadora no puede exceder los ocho meses, con posibilidad de prórroga una sola vez en un límite de ocho meses. Tal límite es completado por una regla precisando que la continuación de la prestación de trabajo durante dos meses tras el final del contrato determina la declaración de un contrato de duración indeterminada entre la empresa utilizadora y el trabajador.

La ley croata sobre el trabajo prevé de manera análoga que las agencias de trabajo temporal no pueden enviar el trabajador a la empresa utilizadora para un solo trabajo durante un período inin-

terrumpido superior a un año. Se precisa que las interrupciones inferiores a un mes no son consideradas como interrupción del período anual. El mismo límite de un año está previsto en la República Checa. Sin embargo, aquí la protección es más débil en la medida en que este plazo puede ser alargado a petición del trabajador.

Un recurso más amplio a fuentes no provenientes de la ley se puede averiguar en los países más favorables a una liberalización del suministro.

Basta pensar en la reciente reforma alemana del trabajo con la ley "*Hartz*". La reforma del trabajo temporal hace más numerosas las hipótesis de recurso lícito al suministro, aboliendo numerosas restricciones. No existen así ya límites de duración a la posibilidad de proporcionar prestaciones de trabajo, haciendo lícito el suministro de trabajo de duración indeterminada. Sin embargo, se precisa el alcance de algunas protecciones a favor de los trabajadores. La primera es la paridad de trato, entendido como paridad de retribución entre estos trabajadores y los trabajadores comparables de la empresa utilizadora. Sin embargo, contratos colectivos pueden prever la posibilidad de excepciones a este principio. El reenvío de la ley a la fuente sindical es funcional en autorizar eventuales modulaciones de protección.

En este mismo sentido, se puede citar la reciente reglamentación italiana. Contiene un condensado de diversas técnicas de intervención ya descritas. Ante todo, la ley prevé una cláusula general que delimita las condiciones de legitimidad de la estipulación de este contrato de suministro, y reenvía a la negociación colectiva sobre el punto relativo al suministro de mano de obra de duración indeterminada.

De todas formas, a pesar de la liberalización operada por la reciente reforma de 2003, el baricentro de la materia, sobre todo confrontado a los casos holandeses y suizos, se posiciona hacia la protección de los trabajadores.

Sobre el suministro de duración determinada, la ley italiana preveía una lista de hipótesis de posibles estipulaciones del contrato de suministro de trabajo temporal, y reenviaba a la negociación colectiva la posibilidad de prever otras hipótesis. La nueva norma,

a la vez que conserva algunas garantías, sustrae a la negociación colectiva tal posibilidad, e indica que el recurso al suministro es posible en todas las hipótesis, temporales o no, en donde se presenta una exigencia técnica, productiva o sustitutiva.

Aquí pues, la técnica legislativa ha cambiado mucho. Para algunos, la exclusión de la fuente colectiva en la individualización de las causas de acceso a la institución, y el recurso a una cláusula en blanco, garantiza un mejor margen de libertad a la autonomía privada individual. Para otros, esta evolución presenta márgenes de incertidumbre conexos a las interpretaciones jurisprudenciales diversas de la amplia (por no decir genérica) cláusula legal de autorización.

Por fin, a la diferencia de los ordenamientos judiciales examinados, hemos sobrepasado la regla, prevista anteriormente, del carácter necesariamente temporal del contrato de suministro, en la medida en que se acepta expresamente, para actividades específicas, la posibilidad de recurso al suministro de duración indeterminada ("*staff leasing*"). El legislador italiano conserva aquí la técnica normativa de la integración ley - contrato colectivo. Prevé en efecto, hipótesis específicas de admisibilidad del *staff leasing* por contrato colectivo. La integración del suministro de duración indeterminada, además de ser recibida de manera negativa por el nuevo gobierno, no ha tenido un éxito práctico.

La legislación francesa tiende igualmente a facilitar las vías de acceso al suministro mediante la utilización de amplias y generales cláusulas de autorización, con a veces reenvío a la negociación colectiva.

Conviene considerar algunas hipótesis en las cuales el recurso al suministro está autorizado: por ejemplo, la autorización temporal de actividad (artículo L 124-2-1-1). Se trata de un artículo amplio, idóneo para abarcar los auges recurrentes y habituales de actividad, o los picos excepcionales de actividad. O bien los empleos de carácter estacional o para los cuales, en ciertos sectores definidos por decreto, o por vías de convenio o acuerdo extendido, el uso requiere que sea constante el no recurrir al contrato de duración indeterminada en razón de la naturaleza ejercida y del carácter por naturaleza temporal de estos empleos. Aquí el legislador remite a la

negociación colectiva la función de delimitar los casos excepcionales autorizando el suministro (artículo L 124-2-1-3).

Siempre en Europa, existen derechos menos rígidos y limitativos en el recurso al suministro. Se debe hablar de la legislación holandesa, que no prevé límite de acceso al suministro, limitación temporal, ni sistema de autorización para el desarrollo de actividad de suministro. En julio de 1998, el sistema de licencia para las agencias de trabajo fue abolido. En los últimos años, a causa de un fuerte aumento del trabajo ilegal, las organizaciones sindicales de empleadores y trabajadores del sector del trabajo temporal pidieron que se desarrollase un sistema de auto certificación que pronto debería entrar en vigor.

En caso de ausencia de reglas legales precisas, se confía un papel importante a la negociación colectiva (no queda claro que sea por reenvío expreso de la ley). El contrato colectivo, más que una incidencia sobre las condiciones de acceso al suministro, regula las diversas posibilidades de contrato que se pueden establecer entre el trabajador y la agencia.

La reglamentación sueca es poca, con la diferencia que, en este país, la ley remite a la negociación colectiva, ésta teniendo el poder de intervenir para limitar las posibilidades de recurso al suministro: de la determinación de prohibiciones específicas a la utilización del suministro hasta la posibilidad de fijar a cargo de la empresa una obligación de negociación sindical preventiva a la estipulación de contratos de alquiler de mano de obra; o al reconocimiento, directamente, al sindicato de un propio y verdadero derecho de veto (artículo 39 de la ley sobre la co-determinación en el lugar de trabajo) concierne las hipótesis de recurso al suministro efectuadas en violación de algunas reglas legales, o de las reglas contractuales. El veto sindical puede ser ejercido, por ejemplo, si la empresa de suministro no transmite de manera correcta las comunicaciones al fisco, o si viola importantes condiciones de trabajo o reglas sobre el horario de trabajo.

El derecho de veto sindical no puede, sin embargo, llegar a ser un instrumento de control de la legitimidad de las operaciones comerciales de la empresa. Para garantizar un uso responsable y moderado de este instrumento, está previsto, en caso de abuso del

veto, que el sindicato pueda ser llamado a responder de los daños causados a la empresa utilizadora. No está formalmente prevista la responsabilidad por los daños causados a la empresa proveedora.

Las libertades más amplias de acceso previstas por los derechos suecos y holandeses en materia de suministro por la agencia no representan sino un aspecto de un conjunto de normas que, si por un lado, prevén un sistema de acceso fácil, por otro no renuncian a poner algunas reglas de protección del trabajador, sobre todo para evitar un uso fraudulento del suministro. Se ven así algunas prohibiciones de recurso al suministro. Se nota una prohibición de sustituir a asalariados en huelga. Las aberturas descritas a la negociación colectiva, con sus límites (conexos a la insegura difusión sindical a los asalariados temporales y flexibles en general), representan una señal tangible de una sensibilidad de estos sistemas a las exigencias las más elementales de protección de los trabajadores.

En el derecho australiano, como en Suecia, se registra una tendencia de la negociación colectiva a intentar reforzar las débiles fronteras en la licitud del suministro de trabajo. Frente a estas reglas legales particularmente liberales, sobre todo en el acceso al esquema de suministro, que no prevén nada o poco, sobre la relación entre la agencia y el utilizador, y sobre la relación entre la agencia y el trabajador, la negociación colectiva tiende a regular el uso de este instrumento contractual intentando negociar cláusulas que impongan límites de utilización del trabajo suministrado por las agencias: acuerdos que subordinan el recurso al suministro a la existencia de exigencias específicas, que prevén límites temporales de utilización de los trabajadores, o también que introducen las obligaciones de información y de consulta preventivas.

La misma obligación de paridad de trato entre trabajadores interinos y trabajadores del utilizador correspondiente, que, como lo veremos, está previsto en muchas legislaciones por la ley, constituye en Australia un objeto de la negociación colectiva.

Estos tipos de regulación tienen sus límites, vinculados a las dinámicas de los sujetos negociadores, y a sus inevitables relaciones de fuerza. A esto se debe añadir las dudas de la jurisprudencia sobre la posibilidad de que tales cláusulas puedan ser incluidas en los contratos colectivos certificados como norma de la ley federal.

El tribunal supremo australiano ha recientemente sostenido que la certificación federal del contrato colectivo está subordinado al hecho que cada cláusula del contrato colectivo concierna únicamente a la relación de trabajo individual. Sin embargo, en el campo de los jueces del fondo, se sigue registrando cierta variedad de orientaciones. Muchas decisiones recientes han considerado así las cláusulas (relativas al suministro) como inherentes a la relación de trabajo individual, y, así lo legitiman en el campo del contrato colectivo certificado.

La ambivalencia descrita entre las exigencias de la protección y las exigencias de la producción, visible en estos ordenamientos judiciales, europeos o no, mayoritariamente inspirados por una política liberal, no es, por el contrario, visible en derecho americano. La ausencia de reglas limitativas al acceso del suministro de trabajo por agencia no está ni tan siquiera compensado por reglas de protección comparables a las visibles en los ordenamientos judiciales examinados. El discurso es en parte análogo para Canadá, caracterizado por la ausencia de restricciones a la utilización de trabajadores suministrados por el intermediario de agencia de trabajo temporal y de limitación temporal. Sin embargo, algunas provincias han recientemente emitido normas sobre la actividad de las empresas de suministro previendo sea la necesidad de una licencia para el suministro de trabajo temporal, sea la prohibición de pedir retribuciones a los trabajadores objeto del suministro.

El ordenamiento judicial japonés parece ir en una dirección opuesta. La impresión que emerge del examen del derecho japonés es la adopción de cierta prudencia en la admisión del suministro, para preservar el trabajo estable. El reconocimiento del suministro de mano de obra como objeto lícito de actividad empresarial, realizada por la ley sobre la estabilización del empleo, modificada por la ley de 1985 sobre el *dispaching* de trabajadores, es acompañada por una serie de controles sobre el acceso al suministro. La ley sobre el *dispaching* de trabajadores ha precisado las funciones que pueden ser objeto de un suministro de mano de obra, haciendo referencia a funciones generalmente altamente especializadas (por ejemplo programador de ordenador, delineante de máquinas, etc.), de todas formas tareas particulares, que excluyen un impacto negativo sobre el sistema del empleo a largo plazo. Las funciones retenidas de alto contenido profesional eran 26 en 1999. Con la reforma de

1999, hemos pasado a una lista de hipótesis prohibidas, y en 2003 se ha previsto el recurso al suministro de mano de obra también en la industria manufacturera. Para evitar un impacto excesivo sobre el sistema de empleo a largo plazo, se ha introducido una regla según la cual, fuera de las 26 hipótesis en las cuales el recurso al suministro estaba autorizado antes de 1999, el período máximo de empleo de los trabajadores es de tres años.

Sobre el tema de las restricciones o de las condiciones a la utilización del trabajo proporcionado, se debe recordar la propuesta (ya mencionada) de directiva comunitaria 2002/701 del 28/11/02, modificando la propuesta precedente 2002/149 del 29/03/02, en una óptica de flexibilidad en función del aumento del empleo y protección de las condiciones de trabajo, imponiendo a los Estados miembros suprimir las prohibiciones o restricciones al trabajo temporal no justificado por razones de interés general que se enfrentan particularmente a la protección de los trabajadores temporales, las prescripciones en materia de salud y de seguridad y la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado del trabajo (art. 4º al. 1).

C. CONDICIONES DE LICITUD / AUTORIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE SUMINISTRO

La tendencia legislativa a circunscribir las vías de acceso al suministro de trabajo emerge igualmente en la previsión, en muchos derechos nacionales examinados, de un sistema más o menos detallado de licencia y de acreditación para las empresas proveedoras de trabajo temporal: por lo general, se pide que las empresas proveedoras sean dotadas de una autorización preventiva del ministerio de trabajo, subordinada a la existencia de diversas requisiciones organizacionales y económicas. Emerge, en algunas legislaciones, una tendencia a prever, de manera bastante detallada y rigurosa, las requisiciones necesarias para la autorización al desarrollo del suministro de mano de obra.

Basta ver los ejemplos de Grecia y de España. La autorización de desarrollo de la actividad de suministro de mano de obra está subordinada a la posesión de una estructura organizacional adecuada a la realización del objeto social, sea en el plan instrumental

o de los recursos, sea en el plan de los recursos humanos. Se prevé además —con algunas excepciones— que la agencia debe ocupar un número mínimo de trabajadores en cada agencia, con contrato de trabajo de duración indeterminada, proporcional a la calidad de los trabajadores proporcionados.

El derecho griego, particularmente, se distingue por ser minucioso y detallado. En primer lugar, se prevé que las agencias de trabajo temporal deben tener la forma jurídica de sociedad de capital con un capital mínimo de 176.000 euros. Además, las agencias deben emplear un mínimo de 50 asalariados, entre los cuales algunos con un diploma universitario. Deben poseer las estructuras necesarias, es decir que deben ser dueñas de un local de un mínimo de 150 metros cuadrados, y las sucursales eventuales deben ser de mínimo 80 metros cuadrados. Por fin, deben poseer las herramientas técnicas necesarias y un sistema de información completa con dirección Internet.

La agencia debe proporcionar dos pólizas de caución como garantía financiera para obtener la autorización de operar. La primera se transmite al ministerio de trabajo, para garantizar las obligaciones de retribución a favor del trabajador temporal, y la segunda al instituto de seguridad social (IKA) para cubrir cargos de previsión. El nivel de garantía es proporcional al número de trabajadores temporales empleados, y es también constantemente adecuado al número de asalariados. El incumplimiento de una de estas garantías patrimoniales provoca la revocación de la autorización ministerial.

También en Polonia, la ley subordina el ejercicio de la actividad de suministro a la inscripción en un registro del ministerio de trabajo. Para inscribirse, la persona física o jurídica debe proporcionar un documento incluyendo la posesión de una caución que garantice un importe al menos igual a 50 veces el importe del salario mensual mediano. Se confirma la inscripción por un certificado que define las condiciones de ejercicio de la actividad, y cuya violación puede provocar la radiación del registro. La vigilancia relativa a la actividad efectuada concierne al ministerio, al cual la agencia tiene obligación de comunicar su sede social, la abertura y el cierre de filiales, y las informaciones anuales sobre la actividad ejercida.

Hay que añadir la previsión, común a muchos derechos, de la exclusividad del objeto social. Según una regla bastante difundida en

las diversas legislaciones, las agencias tienen prohibido ejercer una actividad diferente de la de suministro de mano de obra. Tan sólo excepcionalmente se les autoriza a operar también como agencias para el empleo, como selección y formación de recursos humanos, y en estas hipótesis, deben satisfacer a condiciones legales.

El desarrollo de una actividad de suministro por parte de una empresa es subordinado a la obtención de una autorización aun en países caracterizados por límites al acceso al trabajo temporal menos estrictos.

Es un hecho significativo que derechos, en Francia, Alemania e Italia, que han adoptado una política de más o menos amplia liberalización del mercado del trabajo, han mantenido, bajo formas diversas, el principio de la autorización necesaria previa al desarrollo de la actividad de suministro de trabajo temporal.

En derecho alemán, el alquiler de la mano de obra es una actividad que debe ser expresamente autorizada. Para que las agencias de trabajo temporal, llamadas *"Personal-Service-Agenturen"*, puedan proporcionar mano de obra, deben solicitar y obtener una autorización administrativa. El ejercicio no profesional de esta función por parte de un sujeto que ejerce marginalmente esta actividad, no impone sin embargo la autorización administrativa.

En Francia, hay que hacer una declaración de actividad a la autoridad administrativa. El derecho prevé condiciones para que las agencias puedan efectuar su actividad. El artículo L 124-1 del Código del trabajo precisa que la empresa de trabajo temporal debe tener una "actividad exclusiva" de puesta a disposición de mano de obra con fin de lucro. Además, estas empresas deben presentar garantías financieras (artículo L 124-8 y R 124-7 del Código).

Italia, por fin, conserva un régimen de autorización completo y riguroso. El ministerio de trabajo ha instituido una lista en cual están inscritos los sujetos, públicos o privados, autorizados por el ministerio a efectuar la actividad de suministro. Para obtener esta autorización, y esta inscripción, las nuevas agencias deben estar en posesión de garantías en el plan organizacional (difusión en el territorio nacional, competencias, profesionales, posesión de locales idóneos), y en el plan económico y financiero (capital social mínimo, caución con un organismo de crédito).

Ningún régimen de autorización está previsto por lo contrario, en EEUU, Canadá, el Reino-Unido, Holanda y Australia.

En el Reino-Unido, se señala que, aun sin ningún sistema de autorización para el ejercicio de la actividad de suministro de mano de obra, el ministerio puede requerir el tribunal para que éste pronuncie un veto acerca de un individuo o una empresa. Este veto consiste en la prohibición, para estos sujetos, de gestionar y administrar las agencias para el empleo (EB, Employment Business). Para que el tribunal pronuncie un veto, debe producirse una violación de las reglas fundamentales de protección del trabajador, sancionadas por la ley, o la violación de la legislación, en materia de agencias de trabajo, como por ejemplo las reglamentaciones de 2003 sobre cómo llevar agencias para el empleo (*"Conduct of Employment Agencies and Employment Businness Regulations"*).

Un régimen mixto de autorización está previsto por la legislación japonesa. En lo que concierne a los sujetos que realizan la actividad de suministro de mano de obra, la ley establece una distinción entre las empresas (o agencias) generales, o especializadas. Las primeras proporcionan a la empresa utilizadora trabajadores empleados por la agencia durante el período de la misión tan sólo. En razón de la inestabilidad de las relaciones de trabajo que esto genera, la ley prevé que el suministro de mano de obra por parte de las agencias está subordinado a la obtención de una autorización especial por parte del ministerio de trabajo, y el de sanidad, según ciertas condiciones legales. Las segundas, en vez, proporcionan sus propios trabajadores, ya empleados, abstracción hecha de la existencia o de la duración de la misión. La ley favorece a estas agencias, lo cual se comprueba vista la ausencia de condiciones autorizando la actividad (basta un comunicado al ministerio).

D. LA REGLAMENTACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La mayor parte de los ordenamientos judiciales prevé la posibilidad por parte de la agencia de contratar al trabajador por plazo determinado o indeterminado.

Brasil sólo prevé como única posibilidad el contrato de duración indeterminada.

Por el pasado, la legislación alemana preveía que el contrato de trabajo entre la agencia y el trabajador debía ser de duración indeterminada, con obligación por parte del empleador (agencia) de pagar una indemnidad de disponibilidad durante el plazo en que el trabajador no estaba en misión. Para evitar esta disposición, en la práctica la agencia despedía al trabajador al acabar su misión, y lo volvía a contratar cuando se presentaba una nueva posibilidad de empleo con una empresa. Así sincronizaba la duración del trabajo y la de la misión. Para luchar contra esta situación, con leyes sucesivas, se ha introducido la prohibición de esta sincronización y de volver a emplear un trabajador en un plazo de tres meses tras su despido bajo pena de nulidad del despido.

La necesidad de recurrir al suministro como instrumento para favorecer la inserción de los parados en el mercado del trabajo, ha llevado al legislador alemán a abolir esta prohibición en la reforma reciente. Hoy en día, es lícito estipular que el contrato de trabajo entre trabajador y agencia es de duración determinada, sincronizando su duración con la misión. Se trata de una liberalización controlada mediante la previsión de un límite máximo de duración del contrato de trabajo, fijado a dos años, con una posibilidad de renovarlo un máximo de tres veces.

En los Países-Bajos, se ve un régimen articulado. Ya vimos el papel fundamental de la negociación colectiva para la regulación de la relación de trabajo entre agencia y trabajador. El segundo contrato colectivo sobre el trabajo temporal (ABUCAO), recientemente concluido por la federación general de agencias de trabajo temporal (ABU) y las tres principales organizaciones sindicales de trabajadores, prevé que un contrato temporal puede ser previsto según tres formas diferentes (art. 7):

a) Un contrato de trabajo con una cláusula de misión para la duración del período de la misión. La relación entre el trabajador temporal y la agencia acaba con el contrato entre la agencia y la empresa usuaria (art. 7, párrafo 691. 2). En este caso, el trabajador siempre puede interrumpir el contrato sin preaviso.

b) Un contrato de trabajo de duración determinada, concluido por un período predefinido conexo a la realización de un proyecto específico. La relación entre el trabajador tempo-

ral y la agencia acaba, sin otra notificación, al final del plazo predefinido, o al final del proyecto.

c) Un contrato de duración indeterminada.

En el nuevo sistema, a cada tipo de contrato corresponde una etapa distinta de protección del trabajador temporal. En el primer caso, la duración máxima del contrato es de 78 semanas —este término es superior al ya elevado que figura en la ley: 52 semanas, art. 8, párrafo 1, ABUCAO— tras el cual el trabajador adquiere el derecho *ipso jure* de estipular con la agencia un contrato de trabajo de duración indeterminada sin cláusula de misión. En todos los casos, a partir de 26 semanas en la misma empresa usuaria, el trabajador temporal tiene derecho a recibir un salario correspondiente al de los trabajadores comparables de la empresa usuaria (art. 22).

En el segundo caso (contrato de trabajo de duración determinada, que no coincide forzosamente con la duración de la misión), las partes pueden acordarse hasta ocho contratos de duración determinada, en un plazo total no superior a 13 semanas. Como garantía para el trabajador, la regla prevé que si el trabajo temporal acaba durante un contrato, la agencia debe retribuir al trabajador hasta su término temporal.

En el último caso, el trabajador titular de un contrato de duración indeterminada, está cubierto por todas las garantías reconocidas por el derecho del trabajo a este contrato (art. 8, párrafo 3, UBUCAO). En todo otro caso, tras tres años y medio de empleo con una misma agencia, el trabajador tiene derecho a un contrato de duración indeterminada.

La ausencia de una verdadera posibilidad legal de selección de la relación de trabajo entre agencia y trabajador es característica del derecho británico. Particularmente, no existen previsiones en lo que se refiere a la naturaleza jurídica, subordinada u autónoma, de esta relación. Puede ser que el trabajador y la agencia establezcan un contrato de trabajo subordinado (*contract of service*), o un contrato de trabajo autónomo (*contract for service*). La jurisprudencia del Reino-Unido, con relación a estos problemas de calificación, ha adoptado desde los años 1970, una posición de auto moderación, recurriendo a esquemas de negociación *sui generis*, diferentes del

trabajo subordinado y del trabajo autónomo. Evitando volver a generar las circunstancias en términos de subordinación o de autonomía, los jueces se limitaron a excluir en el caso concreto la aplicación de la reglamentación legal, favoreciendo la proliferación de negociaciones atípicas. No existe en estos contratos reciprocidad precisa de obligaciones (*mutuality of obligation*). Las partes tienen libertad de hacer una oferta de trabajo y de aceptar las misiones. El contrato entre el trabajador y la agencia es considerado anormal, es decir un contrato *of its own kind*. Esta tendencia se prolongó hasta el caso McMeechan c. Secretary of State of Employment (1977, ICR 549 CA). En esta decisión, los jueces afirmaron el principio según el cual no existe en el ordenamiento judicial anglosajón una prescripción absoluta a la posibilidad de cualificar la relación en cuestión en términos de autonomía o de subordinación. Por lo contrario, existe un principio según el cual hay que tomar en consideración todas las circunstancias y todas las cláusulas para evaluar el desarrollo concreto de la relación contractual. Según este enfoque, aun en caso de incumplimiento de una expresa *mutuality of obligation* en la relación entre agencia y trabajador, la existencia implícita de este elemento se puede deducir del hecho que el contrato nace en el momento de la aceptación de la misión por el trabajador. De esta manera, no obstante el contenido de la cláusula que excluía la subordinación, la Court of Appeal señaló que había entre las partes un contrato de trabajo dada la misión para la cual el trabajador había sido utilizado (aun y cuando el contrato no contemplaba la obligación de otras misiones). Parece que en el Reino-Unido, si por una parte se consiente una total libertad contractual en lo que se refiere a la calificación de la relación triangular en el caso de suministro de mano de obra, por otra parte, los tribunales no están vinculados por la calificación de la relación entre las partes.

Para atenuar los posibles efectos negativos de esta amplia libertad contractual que podrían excluir la aplicación de estándares legislativos de protección del trabajo subordinado a favor de los trabajadores, las intervenciones legislativas sucesivas intentaron disuadir las agencias de comportarse de tal manera. Especialmente, la ley N° 36 sobre los horarios de trabajo de 1998 (*Working Time Regulation*, n° 3) prevé que las normas en materia de vacaciones, tiempo máximo de trabajo y descanso, se apliquen también a los trabajadores temporales, aunque no esté estipulado en el contrato. De la misma manera, la ley sobre el salario mínimo se extiende a

estos trabajadores. En este caso, la obligación legal incumbe al sujeto que paga al trabajador, es decir, por lo general, la agencia. Sin embargo, todas las legislaciones no son tan extensas: por ejemplo, la ley sobre los despidos ilegales se aplica tan sólo a los contratos de trabajo subordinado entre un empleador y un trabajador.

Aunque la legislación británica no ofrezca muchos puntos de apoyo a favor de una interpretación de garantía de los trabajadores temporales, hay una jurisprudencia creativa que puede afirmar principios novadores que protegen el trabajo temporal. La reciente decisión Dacas v. Book Strett Bureau (UK) Ltd (2004, EWCA Civ. 217; 2004, ICR 1437 CA) pronunciada en última instancia por la Court of Appeal consideró la existencia de un contrato de trabajo tácito (*non express*) entre un trabajador y un utilizador deducido del comportamiento de las partes, delimitando así una hipótesis de co-empleadores.

El derecho de EEUU reconoce una libertad importante al acceso al suministro, y no prevé nada en lo que se refiere a los casos posibles de recurso ni los regímenes de autorización de las actividades de suministro de mano de obra. Sin embargo, prevé claramente que en el caso del trabajador suministrado por una agencia, la relación de trabajo es considerada imputable a la sola agencia de trabajo temporal. Esto resulta de los esfuerzos de las empresas del sector de trabajo temporal que gracias a la asociación nacional de servicios temporales (NATS), al final de los años 1960, llevaron una intensa actividad de presión para que los Estados sancionasen la regla de imputación de la relación de trabajo a la empresa usuaria.

Como para el Reino-Unido, la ley americana no prevé nada con respecto a los tipos de contratos que se pueden establecer entre una agencia y el trabajador dejándoles un margen de maniobra muy extenso a las partes. De todos modos, esta libertad se ve frenada por el control de la jurisprudencia sobre la correspondencia entre la calificación jurídica operada y el desarrollo concreto del contrato.

La condición para aceptar la naturaleza subordinada de la relación de trabajo (en su sentido literal), y así para la aplicación de la ley sobre los estándares de trabajo justo (FLSA), es, según la norma

americana, la demostración por parte del trabajador temporal que está empleado por alguien que le ha proporcionado trabajo. A pesar de la fórmula utilizada por el legislador que parecía referirse a una subordinación técnico-funcional, la Corte Suprema ha proporcionado una interpretación amplia, contemplando tan sólo que el estatuto del trabajador/empleado se basa en una averiguación de la entidad económica y no en el tradicional test patrón y subordinado (*master and servant*). La jurisprudencia propone una idea de la subordinación que parece acercarse más a la noción de subordinación socio-económica en la medida en que se averigua que el individuo, en tanto que entidad económica, es dependiente del que proporciona el trabajo. Aplicando el test de la entidad económica, los jueces han nucleado progresivamente una serie de indicios de la existencia de una relación de dependencia entre trabajador y empresa (1). Además de la averiguación del test del trabajador dependiente (*employee*), la otra condición para que el trabajador temporal sea considerado por la ley FLSA, es que dependa de una empresa involucrada en el comercio interestatal y que represente un volumen de negocios importante fijado en un mínimo de 500.000 dólares al año. En consecuencia, los trabajadores de las pequeñas empresas de suministro de mano de obra no entran en el campo de aplicación de la ley, y no acceden pues a muchas de las protecciones, aun económicas, previstas por la legislación del Estado. En este caso, la única posibilidad reconocida al trabajador temporal es intentar demostrar la existencia de una relación de empleo conjunto entre la agencia y la empresa usuaria para hacer a esta última responsable de un pago mínimo más un pago extraordinario, a la luz de una decisión de 1973 en la cual la Corte Suprema admitió la eventualidad que un trabajador pueda tener varios empleadores, igualmente en vistas de la aplicación de la ley FLSA.

(1) Si el empleador presunto tiene derecho a contratar, a despedir y a fijar cotidianamente las condiciones de trabajo; si se reconoce que se le efectuaron pagos al trabajador; si el trabajo formaba parte de un proceso más completo sobre cuya base se pide el grado de capacidad para efectuar la prestación de trabajo; si hay cierta estabilidad de la relación laboral; si el trabajador está investido en la actividad económica; si el empleador presunto posee locales para la prestación de trabajo; si los servicios forman parte integrante de la actividad económica; manteniendo cierto control del presunto empleador sobre la prestación de trabajo; considerando la responsabilidad del trabajador por pérdidas y ganancias; considerando la iniciativa, el juicio o la prudencia en la libre competencia del mercado del trabajo.

E. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD COMPARTIDA ENTRE LA EMPRESA USUARIA Y LA EMPRESA PROVEEDORA

1) Premisas

La mayor parte de los ordenamientos judiciales (Italia, Francia, Alemania, etc.) que conocen o conocieron una prohibición general de la interposición de mano de obra y que en consecuencia ven la reglamentación del suministro como una excepción a esta prohibición, prevén que el incumplimiento de las condiciones de forma o de fondo en las estipulaciones de las partes genera la disolución del caso y la imputación directa de la relación de trabajo al utilizador, según los casos, de duración indeterminada (por ejemplo Italia) o mientras dura la misión (Alemania). En este caso, el utilizador queda directamente expuesto a las pretensiones de los asalariados implicados.

De manera distinta, los ordenamientos judiciales (EEUU, Australia (2), Reino-Unido, etc.) en los cuales se desconoce la prohi-

(2) A causa de la naturaleza contractual de la relación de trabajo en el derecho consuetudinario australiano, no es posible establecer de manera general una relación directa entre el contratista y los asalariados dependientes del contratista (o entre la empresa madre y los asalariados de las empresas controladas), a menos que exista un contrato vinculándolos directamente. Sin embargo, existe una serie de decisiones jurisprudenciales que reconocen en estos casos la existencia de una relación de trabajo. Estas decisiones contemplan dos tipos de hipótesis:

a) Es definida como *ineffective transfert*, la hipótesis en la cual la transferencia del asalariado (del comitente al contratista o de la empresa madre a la empresa controlada) queda sin efecto, y en consecuencia, el comitente sigue siendo el verdadero empleador.

b) Es definido como *joint employment*, el caso en que es posible reconocer en el comitente como en el contratista la calidad de empleador.

Entran en la hipótesis a) los casos en que se alquila un grupo de trabajadores, o también las relaciones triangulares en que los trabajadores dependen de las agencias (*agency workers*) empleados de forma continua a largo plazo con un único cliente. La cuestión de la individualización de la figura del empleador es tradicionalmente resuelta determinando el sujeto que efectivamente ejercía el poder de dirección y de control sobre el asalariado. Gracias a este enfoque, la jurisprudencia ha logrado revelar personalidades jurídicas distintas, dando aun importancia a las convicciones de los asalariados en lo que se refiere a la identidad del empleador. Nos encontramos en el esquema del *joint employment* para levantar el *corporate veil* en respuesta a la tentativa de la empresa para evitar ser considerada como empleador recurriendo a prácticas de *outsourcing* o estratagemas como la creación de empresas fantasmas.

bición de suministro de mano de obra, aun históricamente, asimilando este tipo de negociación a un suministro de servicios, la posibilidad para los trabajadores de actuar contra el utilizador se añade la cuestión del verdadero empleador, y se resuelve mirando el ejercicio concreto del poder de dirección y de control.

2) La responsabilidad solidaria del proveedor y del utilizador en lo que se refiere a los salarios y las condiciones de empleo de los trabajadores

A la base de las normas de muchos países, la agencia de trabajo temporal y la empresa usuaria son consideradas —en principio— responsables conjuntamente frente a los trabajadores en lo que se refiere al pago de los sueldos y de los costes de seguro. La constitución de una responsabilidad solidaria entre el sujeto empleador formal y el utilizador efectivo de las prestaciones responde no tan sólo a la exigencia de protección de los trabajadores temporales sino también hace en cierto modo los sujetos empresariales juntos y garantes del caso contractual según el modelo prefigurado por la ley.

En Grecia, la ley Nº 2956/2001 considera la empresa usuaria como "empleador indirecto" y la tiene por co-responsable del pago de los salarios, determinados sobre la base de los contratos colectivos de la empresa usuaria. Tal responsabilidad es de carácter subsidiario excepto estipulación contraria de las partes. El contrato entre agencia y empresa puede designar el sujeto responsable del pago del seguro y de las contribuciones de los asalariados.

En Italia (art. 23 párrafo 3, D. lgs. n° 276/03) el utilizador tiene obligación *in solido* con el proveedor de pagar al trabajador los salarios y contribuciones de previsión (no hay previsión expresa de subsidiaridad de la responsabilidad del utilizador). Por lo contrario, la reglamentación es más detallada y no parece prever responsabilidad solidaria en lo que se refiere a la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, sino más bien una repartición de las cargas y obligaciones entre proveedor y utilizadores. El párrafo 5 del artículo 23 del D. lgs. Nº 276/03, prevé que el proveedor informe los trabajadores de los riesgos para su seguridad y su salud conexos a la actividad productiva en general, y los forme para saber utilizar los equipos de trabajo necesarios para llevar a cabo la actividad de trabajo para la

cual fueron contratados, en conformidad con las disposiciones del decreto legislativo del 19/09/94 y sus modificaciones sucesivas. El contrato de suministro puede prever que esta obligación sea llevada a cabo por el utilizador; en este caso, se estipula en el contrato con el trabajador. Cuando las funciones del trabajador requieren una vigilancia especial o comportan riesgos específicos, el utilizador informa al trabajador en conformidad con el D. lgs Nº 626, 19/09/94, y sus modificaciones sucesivas. El utilizador observa, de cara al trabajador, todas las obligaciones de protección previstas de cara a sus asalariados propios, y es responsable de la violación de las reglas de seguridad previstas por la ley o los contratos colectivos.

Esta reglamentación es indubitablemente compleja pero establece una responsabilidad del utilizador por violación de las obligaciones de seguridad previstas por la ley o los contratos colectivos.

En Austria (3) y en Francia, la responsabilidad del utilizador está prevista para garantizar las solicitaciones de retribución por parte del trabajador. La responsabilidad de la empresa usuaria tiene sin embargo un carácter subsidiario, pues interviene tan sólo después de que el asalariado haya intentado denunciar la agencia.

En Africa del Sur, donde el intermediario es considerado como suministrador de trabajo de hecho, y este último como su cliente (la empresa usuaria) son solidariamente responsables en caso de inejecución de las obligaciones vinculadas a la contratación.

En Venezuela la Ley Orgánica de Trabajo reglamenta la responsabilidad de la agencia, esta última siendo considerada, en principio, como único empleador. Sin embargo, la ley prevé que en las hipótesis en que la agencia no respetase sus obligaciones en lo que se refiere al trabajador, perdería su cualidad de empleador para tomar la de intermediario, con la consecuencia que los trabajadores puedan obtener las mismas condiciones de trabajo que si fuesen directamente contratados por la empresa usuaria. En este caso, la empresa usuaria es solidariamente responsable con la agencia intermediaria.

(3) Con la decisión del 03/12/03, 9 Ob. A113/03 la Corte Suprema austríaca, a la vez que niega la existencia de una relación de trabajo entre trabajador y empresa utilizadora, ha reconocido al trabajador mejores derechos en ciertas circunstancias. Existe así una sustancial paridad de trato entre el trabajador y los otros asalariados de la empresa utilizadora.

Aun si no existe contrato entre el trabajador y el utilizador, en España la ley prevé un sistema de responsabilidad a cargo de la ETT (empresa de trabajo temporal) y del utilizador de la prestación de trabajo. Se prevé una responsabilidad subsidiaria del utilizador en caso de inejecución de las obligaciones de retribución y de previsión por parte de la empresa proveedora. Además, el utilizador es solidariamente responsable con la agencia en el caso en que no se recurre a los motivos del suministro, o si se violan ciertas normas en materia de prohibición. Se sanciona la conversión de la relación de cara al utilizador tan sólo cuando el trabajador sigue efectuando sus servicios con la empresa usuaria al acabar la relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal.

En lo que se refiere a Brasil, según una orientación consolidada por el tribunal superior de trabajo, las empresas usuarias pueden ser consideradas responsables de manera subsidiaria en lo que se refiere a las deudas del trabajo contraídas por las agencias (4). Además, el artículo 16 de la Ley federal prevé que, de frente a la quiebra de la agencia, el utilizador es solidariamente responsable del pago de las cargas sociales, salarios y otras indemnidades legales por el período en que el asalariado a efectuado su trabajo bajo su dirección. El ordenamiento judicial de Perú, siguiendo este modelo, prevé la responsabilidad solidaria subsidiaria del utilizador de cara a los solos créditos generados durante el período de utilización efectiva, así como el derecho de Costa Rica (art. 3 del Código de Trabajo) que prevé la responsabilidad solidaria del patrón y del

(4) Muchos fallos han establecido algunos de los principios mayores del suministro de mano de obra.

Especialmente:

- El suministro por parte de una empresa interpuesta es ilegal y determina el formación de un vínculo de derecho con el beneficiario de tales servicios, excepto en caso de trabajo temporal.
- El suministro irregular de trabajo por empresa interpuesta no genera un vínculo de dependencia con los órganos de la administración pública directa, indirecta, o perteneciente a una fundación.
- No hay vínculo de dependencia entre el beneficiario de los contratos de servicios de vigilancia y de limpieza (servicios especializados vinculados a una actividad del beneficiario), tal que se excluya toda forma de personalidad y de subordinación directa.
- La inejecución de las obligaciones de trabajo por parte del empleador proveedor determina la responsabilidad subsidiaria del beneficiario de estos servicios.

intermediario para las obligaciones fijadas por el Código, y para los reglamentos y disposiciones sobre la previsión social.

El tema de la responsabilidad de la empresa usuaria frente al trabajador constituye uno de los aspectos más debatidos en la jurisprudencia y la doctrina de Uruguay. Parece que la orientación que prevalece califica como empleador la ETT (agencia) la cual asume los riesgos vinculados a la contratación del trabajador (5) y así la responsabilidad principal de cara al trabajador, mientras el utilizador responderá de manera subsidiaria. Si la empresa usuaria recurre de manera permanente al suministro de mano de obra, la responsabilidad se vuelve solidaria, pues se altera el funcionamiento normal del esquema del trabajo temporal.

En Méjico, la empresa cliente responde también *in solido* de las obligaciones de la empresa proveedora frente al trabajador en el caso en que esta última no posea los recursos económicos suficientes. Lo mismo se aplica en lo que se refiere a las normas relativas a la higiene y la seguridad en el trabajo.

En Turquía, según la ley turca sobre el trabajo Nº 4857 de 2003 (*Turkist Labour Act n° 4857*), el proveedor tiene todas las obligaciones que derivan del contrato de trabajo, pero existe una responsabilidad solidaria del utilizador de cara a los salarios y cargas sociales. Además, el utilizador tiene una responsabilidad en lo que se refiere a los eventuales daños materiales padecidos por los trabajadores tras un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

3) La responsabilidad solidaria del proveedor y del utilizador en lo que se refiere a las obligaciones respecto a la salud y la seguridad en el trabajo

En algunos ordenamientos judiciales, la responsabilidad solidaria del proveedor y del utilizador se limita a la efectividad de las obligaciones en lo que se refiere a la salud y la seguridad. Los su-

(5) Según una orientación diferente, las empresas cuestionadas serían responsables *in solido* por los créditos generados durante la misión. En este sentido, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo ha afirmado que el trabajador firma un contrato con la empresa de suministro que le indica su destino y le paga; pero el trabajo es efectuado a favor de una empresa cliente y tan sólo bajo su dirección. Se debe recordar que hay una relación de trabajo con un "consortium" de empresas que componen un empleador de conjunto responsable *in solido*.

jetos deben averiguar que se respetan las reglas y eventualmente remediar el daño causado al trabajador. En Polonia, por ejemplo, la agencia y el utilizador remedian solidariamente: el primero como empleador, el segundo debido a su papel en la relación triangular.

En otros casos, la responsabilidad en materia de salud y de seguridad parece venir de la necesidad de garantizar plenamente estos derechos a todos los trabajadores y no para reforzar en modo particular las condiciones de los trabajadores temporales suministrados. En EEUU, por ejemplo, se aprobó en 1970 una ley (la ley OSHA) cuya finalidad es la garantía, en la medida de lo posible a todo trabajador de condiciones de trabajo seguras y salubres. La protección otorgada por esta ley a los trabajadores temporales les garantiza la obtención de la reparación de los daños causados en un lugar de trabajo inseguro. En el detalle, se debe individualizar el sujeto considerado como empleador y así responsable. El estatuto de empleador es determinado sobre la base de indicios como el control de la actividad cotidiana del trabajador, la responsabilidad del lugar de trabajo, y el poder de reducir los riesgos para el trabajador. Tales criterios conducen generalmente a la figura del utilizador. La comisión sobre la salud y la seguridad hizo hincapié en el hecho que el empleador no tiene la posibilidad de derogar a los criterios que determinan la responsabilidad contractual en materia de salud y de seguridad en el lugar de trabajo.

El utilizador es responsable también en las hipótesis en que el trabajador temporal suministrado sea discriminado durante la prestación de trabajo. Se garantiza al trabajador la posibilidad de actuar contra la agencia o contra el utilizador.

4) La responsabilidad exclusiva a cargo del utilizador por inejecución de las obligaciones respecto a la salud y la seguridad en el trabajo

En algunos derechos (Alemania), es el utilizador, como propietario del lugar en donde se desarrolla la prestación del trabajador temporal quien garantiza el respeto de las normas en materia de salud y seguridad en el trabajo, y debe pagar los daños, debidos al no respeto de estas prescripciones, causados al trabajador.

El derecho italiano, como lo hemos visto, prevé una responsabilidad solidaria de la agencia y del utilizador en lo que se refiere a los aspectos vinculados a la retribución y a la previsión, y responsabiliza incluso al proveedor en cuanto a algunas obligaciones específicas en materia de seguridad. El derecho italiano acaba sin embargo reconociendo al solo utilizador la obligación de respetar las normas en materia de seguridad en el lugar de trabajo.

En los Países-Bajos, en Croacia, y en la República Checa, la empresa usuaria es responsable por los daños eventualmente padecidos por el trabajador temporal durante su trabajo.

F. LAS RELACIONES SINDICALES

En diversos países, se ve una tendencia a configurar los derechos sindicales de los trabajadores temporales proporcionados tan sólo de cara a la agencia. Esta tendencia se explica, probablemente, por la resistencia en concebir el ejercicio de derechos sindicales de cara a un sujeto (el utilizador) que no asume el papel de empleador formal. La posibilidad de ejercer los derechos en cuestión también de cara al utilizador está garantizada tan sólo en algunos ordenamientos judiciales, y está condicionada lo más a menudo por la duración de la misión (cf. Austria y Alemania). Se puede retener esta posibilidad como elemento distintivo entre los regímenes de protección sindical en los diversos ordenamientos judiciales.

1) Ordenamientos judiciales en los cuales no existe ninguna protección frente al utilizador

En Polonia, la ley del 23/03/91 reconoce a todos los trabajadores el derecho de tener representantes y de adherir a un sindicato. Este derecho concierne también a los trabajadores temporales proporcionados, pero no se puede ejercer sino en las agencias. Sin embargo, que la prestación de trabajo sea ejecutada con el utilizador es en realidad un obstáculo significativo para el real ejercicio de este derecho.

En Turquía y en Perú, los derechos sindicales se pueden también ejercer en la agencia, en virtud del hecho que el trabajador posee un contrato de trabajo con la agencia y es descontado en sus

efectivos, incluso si efectúa su prestación con el utilizador. Sin embargo, en el segundo país, no parece que al día de hoy se haya podido constatar la constitución de representación sindical al interior de las agencias.

En cuanto se refiere a la organización de las relaciones colectivas de trabajo en Brasil, para el trabajo temporal, se prevé un mando autónomo sindical, distinto del de la empresa utilizadora. El trabajador temporal proporcionado forma parte de una categoría diferente, y no puede tener relaciones sindicales con el utilizador. Tras algunas vicisitudes, el derecho americano se ha posicionado sobre esta línea. En EEUU, la Junta Nacional de Relaciones del Trabajo, (JNRT), "the National Labour Relations Board (NLRB)" precisó en 1990, que los trabajadores temporales proporcionados no pueden formar parte de la misma categoría contractual que los trabajadores que dependen de la empresa utilizadora, a menos de un doble consentimiento de la agencia y del utilizador. Sin este consentimiento, la JNRT se rehusaría a admitir una representación sindical reuniendo trabajadores temporales proporcionados y los otros trabajadores. Esta regla del doble consentimiento a hecho difícil por muchos años la sindicalización de los trabajadores temporales. En el 2000, la JNRT volvió sobre su posición y admitió que los trabajadores temporales y los otros puedan constituir una única representación sobre la base de la mera comunidad de intereses. En el 2004, la JNRT volvió sobre su posición y reintrodujo la regla del doble consentimiento que concretamente hace muy difícil la posibilidad de constituir una representación. De hecho, la dispersión espacial de los trabajadores temporales los priva de una representación eficaz de sus intereses propios y de una conciencia colectiva firme.

2) Ordenamientos judiciales en que se ve una tendencia a atribuir derechos sindicales (incluso *lato sensu*) a los trabajadores temporales incluso frente al utilizador

En algunos ordenamientos judiciales, se reconoce a los trabajadores, además de un arraigamiento sindical con la agencia, derechos tales, de una intensidad variable, igualmente frente al utilizador.

En algunos países, por ejemplo, sin reconocer la posibilidad de acciones sindicales en su sentido propio de los trabajadores temporales frente al utilizador, se reconocen derechos de información

y la posibilidad de debatir con el utilizador de cuestiones relativas a las condiciones de trabajo. Por ejemplo, en España, además de la facultad de elegir órganos de representación en la agencia, está previsto el derecho de los representantes de los trabajadores temporales de ser informados de la existencia de los contratos de suministro de trabajo temporal y de los motivos de recurso. Se reconoce además al trabajador el derecho de presentar, frente al utilizador y a través de los representantes de los asalariados de estos últimos, reclamaciones sobre el desarrollo de la prestación de trabajo. En materia de negociación colectiva, en España, se ha sobrepasado una primera fase caracterizada por la proliferación incontrolada de un número elevado de contratos colectivos aplicables a las agencias. Ya no existe sino un contrato colectivo aplicable, firmado por las organizaciones sindicales del sector y por todas las empresas de trabajo temporal.

En Francia, la reglamentación de la materia es más articulada. Los trabajadores interinos se benefician, como protección de las condiciones de trabajo, de los órganos de representación de los trabajadores constituidos por los asalariados del utilizador (artículo L 124-4-7 y L422-1 párrafo 4 del Código del Trabajo). Una reglamentación detallada está fijada para la elección de los representantes del personal de la agencia. Si las reglas generales en materia de representación colectiva se aplican, existen normas específicas para resolver los problemas de los asalariados de las agencia diseminadas en distintos lugares, y los vinculados a la brevedad de los contratos. Se fijan así normas particulares en lo que se refiere al electorado "activo" (elector) y "pasivo" (candidato) a la elección de los delegados del personal del comité de empresa. El trabajador forma parte del electorado activo (elector) si ha trabajado tres meses en los doce últimos meses (artículo L 423-9 y L 433-6 del Código del trabajo). Un acuerdo nacional del 1° de abril de 1989 relativo a la representación de los asalariados de agencias de trabajo interino ha fijado este plazo en 507 horas. Según esta misma norma, el trabajador que ha totalizado 6 meses de empleo en los 18 últimos meses (ó 1014 horas) se vuelve elector pasivo (elegible). Los elegidos continúan ejerciendo sus funciones incluso después de su misión, e incluso si ya no son asalariados de la agencia. A pesar de estas normas precisas, la doctrina pone en evidencia algunas dificultades que, por una parte, el trabajador que no está en misión en el momento de la presentación de las listas puede ser excluido de

ellas, y por otra parte, según la ley (artículos L423-10 y L433-7 del Código del Trabajo), los asalariados pierden su calidad de elector en cuanto la agencia les notifica su intención de no volverlos a contratar para nuevos contratos. Esta disposición da lugar a abusos por parte de las agencias.

En Italia, el D.lgs. N° 276/2003 contiene una disposición específica (art. 23), propia de los derechos sindicales y las garantías colectivas, según la cual (párrafo 1) los trabajadores de las agencias gozan —frente a su empleador (agencia)— de todos los derechos sindicales previstos por el estatuto de los trabajadores (ley n° 300/1970), sin hacer referencia, sin embargo, a los distintos límites de aplicación previstos. El mismo artículo (párrafo 2) prevé que el trabajador temporal puede ejercer, de cara al utilizador, durante la duración del contrato, los derechos de libertad y de actividad sindical, y de participar en asambleas del personal dependiendo de las empresas utilizadoras. Se trata así de favorecer la entrada de trabajadores temporales en la comunidad sindical de los trabajadores con los cuales trabajan. Para reducir los riesgos de des-sindicalización derivando de la dispersión de los trabajadores que están con los utilizadores, la ley indica que los prestatarios de trabajo dependientes de un mismo suministro operando con varios utilizadores tienen un derecho específico de reunión cuyas modalidades son fijadas por el convenio colectivo.

El cuarto párrafo de este artículo prevé, finalmente, que está previsto que el utilizador comunique a los representantes sindicales las cifras y los motivos del recurso al suministro antes de todo recurso al trabajo temporal (en caso de urgencia en estipular un contrato el empleador puede dar esta información en un plazo de 5 días). Una vez al año, la comunicación deberá extenderse, además de las cifras y del motivo de los contratos, a su duración y a la calificación de los trabajadores interesados.

Países como Austria, Alemania, Uruguay y Venezuela también tienen tendencia a atribuir derechos sindicales al trabajador temporal en el ámbito de la empresa utilizadora.

Por ejemplo, en Austria, cada empresa (incluyendo las agencias) con más de cinco asalariados debe necesariamente tener una representación sindical interna elegida por los trabajadores, a los

cuales se garantizan derechos de información y de co-decisión en los sectores que interesan a los trabajadores. En el caso en que el suministro dure más de seis meses, el ordenamiento judicial austriaco, como el alemán, prevé que los intereses del trabajador temporal sean protegidos por representantes sindicales elegidos en la empresa utilizadora. Además, si las elecciones de los representantes sindicales tienen lugar durante el período de suministro de trabajo temporal, los trabajadores temporales tienen derecho de votar. Se asiste de hecho a una doble representación sindical (en las agencias y acerca del utilizador). Sin embargo, la representación sindical en la empresa utilizadora tiene una incidencia únicamente sobre los aspectos conexos estrictamente a la prestación de trabajo del asalariado acerca del utilizador. Todos los otros aspectos (por ejemplo la indemnización de preaviso en caso de cesación de la relación de trabajo) son gestionados por la representación sindical de la agencia.

En Alemania, los trabajadores temporales participan igualmente en las elecciones del consejo de empresa de la agencia, responsable de la protección de sus intereses, como indicado por la ley sobre la representación de los trabajadores y sobre la "democracia industrial". Sin embargo, cuando los trabajadores empiezan su prestación acerca del utilizador, el consejo de empresa del utilizador adquiere la carga de representar también los intereses de los trabajadores temporales. Estos últimos tendrán el derecho de voto para la elección del consejo de empresa del utilizador tan sólo tras seis meses continuos pasados con la misma empresa utilizadora.

En Uruguay, se considera también que la precariedad de la relación de trabajo puede ser un obstáculo para ejercer los derechos sindicales (libertad sindical, negociación colectiva, huelga) garantizados por el derecho de Uruguay y el Convenio Internacional Nº 181. El movimiento sindical ha adoptado una estrategia que consiste en la afiliación de los trabajadores temporales a las organizaciones sindicales que organizan y representan a los trabajadores del utilizador. En algunos sectores de actividad, los sindicatos intentan obtener que los trabajadores temporales sean incorporados a la organización estable de la empresa cliente, como se da el caso en la administración pública.

En lo que concierne a Venezuela, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Prevención del 26/07/05, se podía configurar rela-

ciones colectivas de trabajo únicamente entre trabajadores temporales y agencias. No existía relación entre estos últimos trabajadores y los que dependen del utilizador. Desde la entrada en vigor de esta ley, es posible prever la emergencia de relaciones colectivas igualmente con el utilizador.

En la Argentina, se aplica a los trabajadores que efectúan su propia actividad en las empresas de servicios eventuales el contrato colectivo de la empresa utilizadora. La representación sindical de esta última es competente para representar los intereses de estos trabajadores en la empresa utilizadora (art. 29 bis LCT).

En Costa Rica, los derechos colectivos de los trabajadores temporales son los mismos que los que se garantizan a los otros asalariados. Sin embargo, por causa de la precariedad de los trabajadores temporales, cuya mayor parte son inmigrantes o trabajadores agrícolas estacionales, las posibilidades reales de ejercicio de estos derechos son limitadas. No se conoce de ninguna experiencia importante de sindicalización y de acción significativa de protesta en estos últimos años, excepto algunos casos aislados de trabajadores del sector de la producción y de la transformación de la caña de azúcar.

En otros países, la protección sindical parece concentrarse sobre el control de las posibilidades para el utilizador de recurrir al suministro de mano de obra. En Suecia, por ejemplo, el ordenamiento judicial tiende a atribuir al sindicato un propio y verdadero poder de veto al recurso al trabajo temporal. En primer lugar, el contrato colectivo determina las restricciones a la posibilidad para la empresa utilizadora de alquilar mano de obra. Además, el artículo 38 del *Co-determination in the Workplace Act* (la ley de co-determinación en el lugar de trabajo) prevé que el sujeto que piensa recurrir a la utilización de mano de obra debe antes negociar con el sindicato signatario del contrato colectivo. Durante las negociaciones, se reconoce al sindicato, en algunas circunstancias, un derecho de veto sindical. El ejercicio del derecho de veto presupone que el recurso al suministro sea finalizado a la violación de disposiciones legales o de contratos colectivos (por ejemplo, si la empresa no efectúa de manera correcta las comunicaciones al fisco, o si se violan importantes normas relativas a las condiciones de trabajo o a los tiempos de trabajo). A través del conocimiento de este poder significativo, el

sindicato puede controlar y garantizar que el suministro sea gestionado correctamente. El sindicato no puede ejercer su derecho de veto en ausencia de razones válidas, bajo pena de condena a rembolsar los daños provocados al utilizador (no hay sin embargo responsabilidad posible hacia el proveedor).

Una situación similar se encuentre en Israel, donde la mayor parte de los contratos colectivos prevé limitaciones a la utilización del suministro.

Holanda parece ser un caso particular. Aquí, el contrato colectivo (entrado en vigor el 29/03/04) reglamentando el suministro de mano de obra, estipulado por la federación general de las agencias de trabajo temporal y las tres principales organizaciones sindicales de asalariados, intenta conciliar las exigencias de flexibilidad de las empresas proveedoras con el interés del asalariado en la estabilidad de la relación de trabajo. Para permitir a las empresas proveedoras adaptar más fácilmente la naturaleza y la duración de la ocupación temporal a las necesidades específicas propias, el contrato colectivo prevé tres diferentes etapas crecientes de protección del trabajador. En la fase A, que dura 78 semanas, el trabajador tiene un contrato con la agencia, caracterizado por una cláusula de misión. El contrato acaba cuando acaba la misión, sin otra obligación de retribución a cargo de la agencia. Durante este período, el trabajador puede interrumpir el contrato en todo momento sin preaviso. Además, tiene derecho a recibir tras 26 semanas de empleo en la misma empresa, el salario correspondiente al de los trabajadores comparables de la empresa utilizadora. En la fase B, el trabajador tiene todavía un contrato de duración determinada, pero la agencia puede ofrecerle un contrato de duración indeterminada. En esta fase las partes pueden tener un máximo de 8 contratos de duración determinada antes de la fase siguiente. En la fase C, que tiene lugar después de tres años y medio de empleo en la misma agencia, esta última debe necesariamente concluir con el trabajador un contrato de trabajo de duración indeterminada, garantizando todas las protecciones reconocidas por la legislación del derecho del trabajo.

Se encuentra una situación muy distinta en la República Checa y en Africa del Sur.

En la República Checa, no parece haber protección sindical. No existen en la práctica sindicatos en el interior de las agencias de trabajo temporal y los trabajadores temporales no se inscriben en un sindicato. Esto ocurre también en Croacia, en donde el contrato de suministro es todavía una novedad, y en donde no existe todavía de hecho organizaciones sindicales "dedicadas".

Se puede hacer un discurso análogo para Africa del Sur. Se apunta la ausencia de todo mecanismo de negociación colectiva entre categorías de trabajadores temporales y sus empleadores.

Por fin debemos examinar el derecho prospectivo comunitario. Se dijo que en la propuesta de directiva comunitaria (2002/701) del 28/11/02, la figura del trabajador temporal tenía un doble perfil sindical, pero limitado.

El artículo 7 precisa que se toman en consideración para calcular límites de ocupación aquellos sobre los cuales están construidos, el los ordenamientos judiciales internos de los Estados miembros, las instancias de representación de los trabajadores. Esto es válido para los proveedores (en donde los trabajadores son asalariados) pero también si los Estados lo prevén, en la relación entre el utilizador y el trabajador durante el período de trabajo.

El artículo 8 prevé el derecho a las instancias representativas de trabajadores de la empresa utilizadora de ser informado del eventual recurso al trabajo temporal, en el marco más general de una información sobre la situación del empleo en la empresa.

G. El sistema de sanción en las hipótesis de recurso ilegítimo al suministro de la mano de obra

Mirando las sanciones previstas para asegurar el respeto de reglas relativas al suministro de mano de obra, se encuentran varias situaciones según los tipos de país. Cada ordenamiento judicial, de hecho, reacciona de manera distinta de frente a la violación de sus propias reglas en la materia. Sin embargo, es posible poner en evidencia una separación entre una presencia o una ausencia de mecanismo de imputación directa de la relación de trabajo hacia el utilizador.

1) Ordenamientos judiciales en los cuales está prevista la imputación, como sanción, de la relación de trabajo hacia el utilizador

En países como Alemania, Italia, Brasil, Polonia y Venezuela la utilización irregular de trabajadores temporales parece sancionable, con modalidades diferentes, por imputación de la relación hacia la persona del utilizador.

En Alemania, el desarrollo de la actividad de suministro sin autorización provoca la constitución de una relación de trabajo directa con el utilizador durante la misión, con pago de una multa por los dos sujetos que dan el trabajo. En Italia, y en Francia existe un modo de sanción complejo que se articula, por un lado, por la previsión de sanciones administrativas y penales, y por otra parte, por la constitución de una relación de trabajo directa con el utilizador, en esta hipótesis por contrato de trabajo de duración indeterminada. Esta última sanción constituye en realidad la principal disuasión a los recursos a las formas ilegítimas de trabajo temporal.

Brasil prevé también la transformación de la relación temporal en una relación directa con el utilizador.

En Polonia, la violación de los derechos de los trabajadores temporales es configurable en tres hipótesis. El primer tipo de violación consiste en la no-observación de las condiciones fijadas en la certificación de la agencia en el momento de la concisión de la autorización. En este caso, la agencia es borrada del registro. El segundo tipo de violación concierne a los derechos de los trabajadores. Por ejemplo, esto incluye la violación de las normas relativas a la seguridad, o la no-observación de las requisiciones imperativas relativas a la forma del contrato. En este caso, se aplican a la agencia las normas relativas a la responsabilidad previstas por el Código. Un tercer tipo de violación consiste en continuar la prestación más allá del término, más allá del contrato, o del término fijado por la ley. La sanción prevista es en este caso la transformación (recalificación).

Las hipótesis de utilización irregular de los trabajadores temporales en Venezuela son previstas por la Ley Orgánica de Trabajo. Como sanción, la agencia pierde el calificativo de empleador para tomar el de intermediario. Los asalariados se ven atribuir las remu-

neraciones y las mismas condiciones de trabajo que los trabajadores directamente contratados por la empresa utilizadora. De manera análoga, en Perú, están previstos tres tipos de sanciones: en derecho del trabajo, previendo la imputación directa de la relación al utilizador, administrativa y fiscal.

2) Ordenamientos judiciales en los cuales no está prevista la imputación de la relación de trabajo hacia el utilizador

En gran parte de los otros países, las sanciones son meramente de carácter pecuniario, sin ninguna protección ulterior para el trabajador temporal.

En Grecia, se prevén sanciones pecuniarias, y una suspensión de la actividad en caso de ausencia de autorización. Además, cualquiera efectúa una actividad de suministro de mano de obra sin autorización puede ser condenado a dos años de cárcel y a una sanción pecuniaria, la ley establece una distinción entre las empresas (o agencias) generales, o especializadas. No se evoca imputación de la relación hacia el utilizador, incluso si éste es considerado como empleador indirecto, y se tiene por responsable del pago de los salarios. En Croacia, a las consecuencias administrativas previstas para una serie de hipótesis (conclusión de un contrato privado de las cláusulas requeridas por la ley sobre el trabajo, empleo de un asalariado en una empresa utilizadora durante un período superior a un año, ausencia de comunicación a los sindicatos del número de trabajadores alquilados en la empresa y de las razones de recurso a esta mano de obra, ausencia de transacción legal realizada con la agencia, ausencia de número de la agencia inscrito en el registro ministerial, envío de un trabajador con el utilizador sin haberlo empleado, o regularmente empleado) se suman sanciones penales.

En Austria y en la República Checa, las sanciones aplicables son de carácter exclusivamente pecuniario (en Austria, no muy disuasivas) en hipótesis de suministro sin licencia. En España, las sanciones administrativas pueden consistir en sanciones pecuniarias que varían en función de la gravedad de la infracción, o en la suspensión de la actividad, ver el retiro definitivo de la autorización.

Para intentar reducir el fenómeno de los suministros fraudulentos, en Holanda, en el verano 2005, las organizaciones de asalaria-

dos y de empleadores firmaron un acuerdo colectivo para, como lo declararon, excluir las agencias ilegales del mercado. Estas organizaciones también pidieron al ministerio de asuntos sociales y del empleo que extendiese la eficacia del acuerdo al sector entero, para incluir también las empresas que, como los operadores ilegales, no están regularmente inscritas con las organizaciones colectivas que participaron en el contrato. No obstante esta tentativa, es siempre difícil oponerse al problema del empleo ilegal, a causa de dificultades de prueba del carácter irregular de ciertas agencias. En todos casos, el gobierno holandés ha previsto una serie de sanciones administrativas y ha previsto un control más profundo por parte de los inspectores del trabajo.

El empleo de los trabajadores irregulares no es tampoco sancionado de manera disuasiva en Méjico. Las sanciones pecuniarias se calculan tomando como base el cálculo cotidiano del salario mínimo general aplicable al lugar y el tiempo de comisión de la infracción, excepción hecha de las violaciones de mayor gravedad para las cuales la sanción es más severa.

Por fin, en algunos países (por ejemplo Africa del Sur), no hay sanción prevista para el ejercicio irregular de la actividad de suministro de mano de obra. Desde este punto de vista, la previsión de sanciones incluso únicamente pecuniarias o administrativas en general, presenta ya un freno a la difusión de prácticas ilegales fuertemente en contra de los intereses de los trabajadores, sobre todo si se considera que son las agencias ilegales las que más contratan a los trabajadores en violación de los estándares mínimos de trato.

Capítulo VIII

Conclusión: el hilo de Ariadna del derecho del trabajo

1. El marco de la descentralización productiva trazado aquí, de manera a lo mejor impresionista, seguramente incompleta, determina bastante claramente el papel y la posición del derecho del trabajo. No ocupa el centro de la representación.

En el fresco, nuestra materia es una figura en el paisaje. Incluso a veces de fondo, de segundo plano. Todo esto no sólo en los países con una aproximación normativa débil en lo que concierne la fase expulsiva (transferencia de empresa) o los mecanismos de internalización (adjudicación, suministro de mano de obra, etc.), sino también para los sistemas que, habiendo desarrollado dispositivos jurídicos para algunos fenómenos típicos de la descentralización productiva "tradicional" (responsabilidad solidaria, paridad de trato, conservación del puesto de trabajo en caso de fenómeno de circulación de empresa, etc.) penan en adaptarlas al contexto actual. A menudo, estas disposiciones son desplazadas, contrariadas (transferencia de empresa), o realizan una regulación parcial disjunta (grupos y redes de empresas), o todavía se revelan totalmente inadecuadas y obsoletas (nuevas obras autónomas, franquicia, etc.).

Sin embargo, presentar al derecho del trabajo como el invitado de piedra, discreto o silencioso, en la mesa de la descentralización productiva, no daría razón a la finalidad de nuestra materia y su función esencial de regulación.

La organización empresarial no sólo ha salido de la acción organizacional, sino también del ejercicio del poder de organización del

jefe de empresa (o del *management*). Un poder que el derecho del trabajo se propone, tradicionalmente, de condicionar, rindiendo compatibles los imperativos de la racionalidad económica con los valores que dependen jurídicamente de la protección de la persona que trabaja. Esta orientación del derecho del trabajo vale igualmente, y sobre todo, para la descentralización productiva, que es un proceso completo de reorganización capitalística, para tomar la medida en sus perfiles dinámicos, al interior de los cuales se debería poder inscribir, debidamente, las técnicas de reglamentación heterónomas como los dispositivos colectivos de control y de orientación del contrato.

No se trata, de toda evidencia, de pedirle al derecho del trabajo de volver a construir la "caja de acero" weberiana de la empresa fordista. La misión sería contraria a la historia, sin aliento y condenada a fracasar. Si es verdad —como está escrito en la introducción de este informe— que la metáfora del laberinto describe bien la naturaleza de la empresa y la naturaleza del trabajo de hoy, le incumbe entonces al derecho del trabajo de desvainar un "hilo de Ariadna" moderno, que orientaría los sujetos individuales y colectivos, permitiéndoles de no perderse en el proceso de descentralización, y capaz de reanudar, cuando es necesario, los hilos de la responsabilidad, particularmente cuando le descomposición de la empresa está prioritariamente volcada a hacer perder toda huella de verdadero "centro de provecho" y de poder de decisión de la estrategia productiva. Además, podemos decir, que en esta misión, el derecho del trabajo, involucrado en perfeccionar sus técnicas de cara a fenómenos cada vez más extendidos de externalización, se encuentra, con sus tradicionales modalidades de funcionamiento, en el entorno de una nueva idea de descentralización productiva, que, según algunos analistas, habrían alcanzado un nivel de "saturación" tal que se ha activado un recorrido inverso por parte de los empresarios. Esto sería por ejemplo demostrado por el comportamiento de las multinacionales japonesas. Estas, tras una larga fase de deslocalización, habrían iniciado una nueva extensión de su propia producción doméstica.

La inadecuación denunciada de la intervención del derecho del trabajo puede servir de estimulante para un refinamiento de las técnicas de regulación. Pero se puede traducir en el mero enunciado de un vacío, que sería todavía más caricaturesco pues sería pre-

sentado tal un vacío absoluto. Se acabaría ignorando elementos no secundarios de la realidad normativa propia a los ordenamientos jurídicos examinados, dejando de lado sistemas y técnicas de regulación que deben por lo contrario ser examinadas en su complejidad, comprendiendo su inadecuación a veces estructural, a veces parcial, y, en algunos casos, su funcionalidad renovada.

2. Cierto, no es posible individualizar una actitud unívoca de los fenómenos de descentralización productiva en sus diversas formas y articulaciones, en el interior de macro-áreas geográficas del mundo. Son demasiadas las variables (tradiciones jurídicas locales, contexto institucional, relaciones político-sindicales, etc.) que influencian los meros países y diferencian las normas de naciones contiguas. Sin embargo, con una buena dosis de aproximación, es posible agregar algunas experiencias nacionales sobre la base de las organizaciones de fondo y de las influencias históricas que determinan las "posiciones" normativas de los diversos ordenamientos jurídicos.

Se ve por ejemplo una tendencia a la uniformidad característica de los países de derecho consuetudinario (Reino-Unido, EEUU, Canadá, Australia, Nueva-Zelanda). Estos países toman un rumbo liberal de frente a los mecanismos del suministro de mano de obra, de la adjudicación, del préstamo de e ignoran las dificultades y los vínculos previstos en otras partes.

Por un lado y por otro muestran una sensibilidad más desarrollada en términos de garantías para asegurar a los trabajadores formas organizacionales complejas (grupos de empresas, sistemas de empresas en red) en los fenómenos de circulación de empresa, donde las tentativas de pasar el obstáculo de la personalidad jurídica de meras empresas que confían trabajo llegan a resultados significativos en la elaboración del concepto de co-empleador. Se puede ver una organización análoga en algunos países del norte de Europa como Holanda y Suecia.

Los países de derecho civil de Europa continental como Francia, Alemania, Italia o Bélgica se caracterizan por una organización prudente, con una amplia articulación de la materia. La adjudicación, el suministro de mano de obra y el destino provisional están reglamentados con mucho cuidado, incluso si los vínculos se han

ido atenuando con el tiempo, a menudo por una dosis de flexibilidad resultado de la negociación colectiva. El ámbito de los grupos de empresas es atacado con intensidad creciente en los países que ofrecen soluciones avanzadas sobre todo en el ámbito del contrato colectivo, como en Francia, o de manera menos compleja, en Alemania, mientras en el resto de los países europeos, a excepción de Gran-Bretaña, el dogma de la separación inducida por el velo de la personalidad jurídica empieza a ser puesto en tela de juicio. En cuanto a la transferencia de empresa, la reglamentación comunitaria ha ejercido seguramente una influencia determinante en la predisposición de las garantías tradicionales individuales y colectivas sobre el control de casos excepcionales, incluso si permite realizaciones diferentes sea del legislador (Italia) sea de la jurisprudencia nacional.

El área latino-americana (Venezuela, Brasil, Uruguay, Perú, la Argentina, y, con menos similitudes, Méjico), marcada por obvias diferencias, presenta una tendencia a la uniformización de las realizaciones normativas: la desconfianza hacia las interposiciones ficticias, difundida en los mercados del trabajo los más difíciles y los menos dinámicos, se traduce por una reglamentación restrictiva en materia de adjudicación, de suministro y de préstamo de mano de obra, mientras estos países parecen menos equipados frente a los fenómenos de redes de empresas y de circulación de ramas de empresas.

Una línea directiva análoga se encuentra en países muy distintos entre sí, pero caracterizados por un mercado del trabajo difícil, como en Polonia, la República Checa, Grecia y Croacia, en los cuales prevalece una legislación de un molde que da garantías e individual.

Es a partir de estos elementos de comparación relativos a los mecanismos de control/contestación del fenómeno de descentralización productiva que parece oportuno empezar, para establecer la conclusión prospectiva de nuestra relación, para desenredar la madeja jurídica de estos nudos fundamentales.

3. Aun en el marco de la nueva economía, la cual ve crecer y llegar a la madurez nuevas estructuras empresariales y nuevas geometrías organizacionales, el derecho del trabajo sigue persiguien-

do importantes funciones de regulación, las cuales deben ser confirmadas o mejor dicho vueltas a pensar puesto que, a pesar de la diversidad de los accidentes, todos los informes nacionales ponen en evidencia la fragmentación del ciclo productivo, al interior de las fronteras de cada país, consintiendo determinar concretamente una degradación de las condiciones de trabajo y de las garantías de estabilidad del empleo.

Si la descentralización productiva transforma la empresa en una red o un laberinto, el derecho del trabajo debe lograr dosificar "contra-impulsos centralizadores", capaces de recomponer las fronteras de la producción y de la empresa a partir de los centros de la decisión económica y de su correlativa responsabilidad jurídica, y de la "adaptaciones flexibles", que, tomando en cuenta la dilución de la noción de empresa, individualizando lugares y actores pertinentes para la gestión de la descentralización y la defensa del trabajo. En este recorrido difícil de reglamentación, el derecho del trabajo no se puede limitar a secundar la desintegración de la empresa sobre la base de consideración de pura eficiencia económica, recientemente lanzada de nuevo en los países de la vieja Europa por un viento renovado de desregulación y de *law and economics.* El derecho del trabajo no debe tampoco *a priori* oponerse a las opciones empresariales y a las ventajas que las economías de redes presentan en términos no tan sólo económicos, pero también sociales y medioambientales. En esta fase de su historia, el derecho del trabajo debe pues desdoblar su mejor virtud, la del temperamento, de la proporción entre la racionalidad utilizadora del *homo economicus,* de la solidaridad y de la cooperación social.

En el terreno específico de los procesos de externalización, la puesta en proporción se expresa en el delicado deber de conjugar la libertad organizacional de la empresa —y pues el derecho de designar las fronteras del ciclo productivo de competencia directa— con la protección de los intereses de los trabajadores, evitando penalidades no justificadas, o bajas de las protecciones preexistentes.

Concretamente, un objetivo similar ambicioso es perseguido por diversos ordenamientos judiciales recurriendo a técnicas y modelos diferentes: cada uno corresponde a opciones de políticas legislativas específicas, cada uno comporta un grado diverso de condicionamiento de selecciones organizacionales del sistema productivo.

Si queremos clasificar estos modelos del más riguroso al más liberal, éste sería el resultado:

a) La mayor compresión de la libertad organizacional de la empresa se da en los ordenamientos jurídicos (poco numerosos) que no se contentan de envolver los procesos de externalización de garantías y de protecciones para los asalariados, pero que tienden a prohibir algunas formas de descentralización (prohibición de la adjudicación y del destino provisional en relación con ciertas actividades, límites causales rigurosos al suministro de mano de obra, etc.): aquí la falta de confianza en las fronteras de la segmentación empresarial y del empleo indirecto se traduce por una norma de tipo prohibicionista, una especie de pre-sanción absoluta de fraude hacia los derechos de los asalariados, que no admite prueba contraria.

b) En otros sistemas, más disponibles de frente a los procesos de externalización, la finalidad deseada no es la de crear obstáculos de manera general, sino la de seleccionar ciertos procesos sobre la base del tipo de ventaja deseado, legitimando tan sólo operaciones de descentralización dotadas de razones de especialización productiva y de economía de tipo logístico y organizacional poniendo trabas, por lo contrario, a aquellos en que la conveniencia económica se basa en un coste menor del trabajo. Cuando es necesario, la técnica empleada es el imponer la paridad de trato entre trabajadores dependientes de la empresa contratista, o, de manera subsidiaria la empresa proveedora de mano de obra, y los que en la empresa directa o indirectamente benefician de su trabajo (empresa utilizadora o empresa madre en las redes). Cuando un coste menor del trabajo no permite tanto ganar más, la pertinencia de la operación estará en correlación con una ventaja de tipo industrial.

La paridad de trato, en sustancia, indica al operador económico que hay que perseguir una competitividad fundada en los distintos costes del trabajo, por la incitación de organizaciones optimizadas, de innovación de procesos y de producto, de especialización productiva y de mejor calidad del trabajo. Son las únicas ayudas pudiendo soportar la competencia mundializada, pues visto que los costes del trabajo no se pueden disminuir, el operador económico no puede competir con los países dedicados a una explotación intensiva de la mano de obra.

c) En la mayor parte de los Estados considerados, se prosigue la protección de los trabajadores en los procesos de descentralización no sobre el fundamento de la incidencia sobre la finalidad de la operación empresarial, sino tan sólo por la garantía de la satisfacción de créditos del trabajador "externalizado" o suministrado, aun en las hipótesis de falta de confianza del empleador "directo" (contratista, proveedor, etc.).

El instrumento técnico utilizado en estos casos es la obligación de solidaridad a cargo del comitente o del utilizador que es puesto en posición del deudor.

Diferente del modelo precedente, este modelo, que no ignora ciertas garantías, permite finalizar la externalización también a fines de competitividad de los costes (del trabajo) y no tan sólo en vistas a la realización de una pertinencia exclusivamente industrial.

Naturalmente, la ventaja para la empresa en el plan de los tratos económicos y normativos debe sin embargo ser regida siempre por reglas colectivas diferentes (aplicables al contratista o al adquisidor de la empresa), y no debe llevar a una mera exclusión de la reglamentación legislativa o contractual.

d) Un límite de otra índole es el que tiene una incidencia no tanto sobre la libertad organizacional del empresario sino sobre su autonomía contractual, impidiéndole concluir acuerdos con meros intermediarios de fuerza de trabajo, estos últimos limitándose en contratar trabajadores para enviarlos en la esfera directiva y organizacional del primero.

El instrumento técnico idóneo para sancionar tal práctica es la imputación de la relación de trabajo al sujeto que verdaderamente utiliza y dirige los trabajadores suministrados por un tercero que se pretende empleador.

Contrariamente a lo que se suele pensar, este modelo, que impone la coincidencia entre el titular de la relación de trabajo y el ejercicio de poderes de dirección y de control, no macula la autonomía organizacional del empresario —quien queda libre de segmentar de forma discrecional el aparato productivo y de preservar según sus deseos la gestión de una parte— sino impone tan sólo

el respeto de una regla de transparencia sobre cuya base debe ser tenido jurídicamente por responsable —en calidad de empleador substancial— de todos los trabajadores que utiliza y dirige.

La prohibición difusa de trabajar con otros trabajadores encuentra, sin embargo, excepciones expresas en el caso de suministro de trabajo (trabajo interino) y de destino provisional (o préstamo de trabajadores), pero en el respeto de condiciones precisas y de ideas preconcebidas (variables según los ordenamientos judiciales).

e) Por último, para describir los diversos modelos de condicionamiento de la libertad organizacional del empresario, encontramos países en los cuales se ignora toda prohibición de interposición o de mero alquiler de la mano de obra. Esta última puede así ser contratada por un empleador, y luego ser enviada a trabajar con un utilizador sin ninguna protección o prohibición particular.

f) En otro plano, se encuentran finalmente los ordenamientos jurídicos, que son pocos, que conocen formas de condicionamiento y de control sindical de los procesos en cuestión. Las obligaciones de información sobre las características de la operación industrial programada constituyen los instrumentos jurídicos apropiados.

La ventaja de un modelo es de prever una protección *ex ante*, mediante un control social sobre el carácter serio de la operación de descentralización calculada con antelación.

4. La incidencia diversa de las técnicas normativas frente a la libertad del empresario a destruir (desde un punto de vista jurídico, logístico y organizacional) el mecanismo productivo evidencia que el derecho del trabajo, a la vez que es un actor menor (o mejor dicho de peso menor variable) de la organización de la producción, prosigue un papel que va más allá del deseo de una pura racionalidad axiológica (o de valor) y que acaba condicionando directa o indirectamente las formas de organización de la sociedad y, en general, el funcionamiento del sistema económico. La evolución de la empresa (y de sus fronteras), como más generalmente las del mercado, que influencian de manera importante las reglas son a su vez —de manera circular— el producto de las instituciones y de las técnicas que las regulan: el derecho del trabajo contribuye, en definitiva, en configurar los fenómenos económico-organizacionales

jugando un papel en relación con la eficiencia económica de la acción empresarial.

En efecto, para volver a los distintos modelos indicados, en el modelo extremo de a), la empresa es por ejemplo directamente obligada a operar con sus propios trabajadores, cuando en vez, hubiese preferido utilizar temporalmente trabajadores en alquiler o destino provisional con otras empresas; la técnica de la paridad de trato (modelo b) induce el empresario a optimizar la combinación y la eficiencia de los factores productivos sin poder tener recurso a la ayuda de la competitividad basada en el coste menor del trabajo; la solidaridad a cargo del comitente o del el utilizador (modelo c), yendo más allá de la función típica de la diferencia directa de fenómenos fraudulentos, se vuelve estratégica como criterio de orientación de la acción organizacional del empresario. Tal vínculo orienta la selección de la empresa principal a la hora de seleccionar al partenario comercial. De manera más explícita, por la previsión normativa de un régimen de responsabilidad solidaria, el comportamiento de la empresa comitente es condicionado por una regla jurídica que hace que en caso de atribución de la adjudicación a un actor económico no fiable del punto de vista de la eficiencia o de la solidez financiera, la ventaja inicial determinada por la transferencia del riesgo acabaría siendo compensada negativamente por un nuevo riesgo ocasionado por la futura inejecución del partenario de cara a los salarios de los trabajadores y de la consecuencia de una exposición de la deuda de la empresa principal de cara a los asalariados dependientes de la empresa auxiliar.

Hoy en día, en el contexto caracterizado por la presión constante hacia la descentralización productiva, la técnica normativa de la responsabilidad solidaria parece poder asumir una función estratégica, y no tan sólo en el terreno específico del derecho del trabajo, sino también en el terreno más amplio económico-productivo: el carácter operacional del principio de responsabilidad solidaria, a conservar o implementar según la mayor o menor adecuación de los ordenamientos judiciales considerados, puede de hecho servir a determinar de manera relevante los comportamientos de los operadores económicos, por un lado contrastando la vía baja de la descentralización productiva determinada por pura voluntad de deducir los costes, y por el otro lado, favoreciendo la vía alta o virtuosa de la reorganización orientada hacia la especialización flexible.

5. En lo que se refiere a la actualidad y a la eficacia de las técnicas de regulación del derecho del trabajo, es posible distinguir tres áreas: a) los modelos tradicionales de regulación, que siguen conservando su eficacia, y, parecen asumir una valencia, un valor estratégico renovado con respecto a la eficiencia del sistema productivo en su totalidad; b) las instituciones que perduran en derecho positivo, pero cambian de signo en el empleo económico-organizacional y son a veces desviadas en transformaciones del sistema productivo, por lo cual se debe intervenir necesariamente con nuevas modulaciones y correcciones para renovar su rasgo protector; c) las instituciones investidas por la descentralización que no encuentran una organización definida en la legislación en vigor.

Intentemos analizar estos grupos de dispositivos de regulación:

a) Los sistemas de responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la empresa auxiliar para los créditos vinculados al trabajo de los asalariados que efectúan sus prestaciones con el subcontratista, y los vínculos de paridad de trato, parecen constituir un buen ejemplo del primer tipo de dispositivo.

En lo que se refiere a la responsabilidad solidaria, hemos ya evidenciado los perfiles clásicos de la institución, subrayando la función esencial de garantía y el límite principal: El sistema de solidaridad, tradicionalmente destinado a la finalidad de asegurar la satisfacción de los créditos del trabajo de frente a la inejecución del empleador formal, intervienen, técnicamente, antes del fenómeno de descentralización, curando las patologías más consistentes, y evitando que queden privadas de compensación las actividades efectuadas por los trabajadores subordinados al beneficio de la empresa que los ha alquilado a terceros —el subcontratista que falla con respecto a sus asalariados— para la ejecución de una obra o de un servicio.

Más incisivo, el principio de paridad, que neutraliza eficazmente las rupturas de igualdad inducida por los procesos de fragmentación de empresa.

Además de una función directa de garantía, los dos dispositivos jurídicos en cuestión persiguen de manera apenas aclaradas, por vías medianas o indirectas, una influencia eficaz sobre los caracteres de la operación de externalización.

La técnica de la responsabilidad solidaria no penaliza los procesos de descentralización lícitos. Más sencillamente, la legislación del derecho del trabajo confecciona un dispositivo legal, o si se prefiere un antídoto normativo, capaz de inmunizar —en parte— a los trabajadores atrapados en el proceso de tercerización del problema de alteridad formal jurídica por parte de quien implementa la descentralización, haciendo co-responsable al beneficiario del servicio externalizado, incluso más allá de todo mecanismo de imputación directa de las relaciones de trabajo.

En esta perspectiva, el derecho del trabajo manifiesta un respeto excesivo de cara al puro terreno de la legalidad en las prácticas de descentralización y va demasiado lejos, en lo que se refiere a los efectos de las técnicas empleadas con respecto a las fronteras de su racionalidad "propia" para tomar, con igual dignidad, los itinerarios de la economía: la dialéctica entre racionalidad económica y forma jurídica se enriquece de nuevos elementos, haciendo potencialmente más fértil y articulado el diálogo —históricamente difícil— entre economistas y juristas del derecho del trabajo.

b) Las otras instituciones del derecho del trabajo, en el campo de los procesos de descentralización productiva, son puestas en relieve por oposición a la legislación del trabajo que las había librado. El ejemplo de principio es el de la transferencia de empresa, o más precisamente, de la transferencia de parte de la empresa.

Imaginada para proteger al trabajador, garantizando una continuidad a las relaciones de trabajo en caso de cambio del titular de la organización productiva, la norma sobre la transferencia de empresa parece haber padecido, en el transcurso del tiempo, una verdadera torsión semántica e interpretativa. Primero los actores económicos, después la jurisprudencia y por fin en algunos casos la legislación, determinaron y secundaron una conversión del sentido de la institución, elaborada para garantizar una protección a los trabajadores expuestos a los fenómenos de circulación de la empresa o de parte de la empresa, para facilitar su paso de una empresa a otra, dejando de lado su consentimiento, y favoreciendo así los procesos de tercerización y de descentralización funcional.

En Europa, por ejemplo, donde la institución conoce una regulación parcialmente uniforme, con el auge de los fenómenos de

descomposición de complejos de producción y la evolución inmaterial de la producción, la jurisprudencia comunitaria, así como, en muchas hipótesis, la de los Estados miembros, han progresivamente ampliado las nociones de empresa y de parte de empresa, con la consecuencia de dispensar los actores económicos de las "horcas caudinas" del consentimiento del trabajador cedido, normalmente debido en aplicación de las reglas civilistas generales de derecho de los contratos comunes a las diversas legislaciones nacionales.

Sin embargo, no se puede decir que la norma comunitaria y la legislación de muchos Estados miembros han renunciado a un control de los hechos del caso, imponiendo y averiguando la requisición de una autonomía funcional por parte de la empresa y la conservación de su identidad en la transferencia. Sin embargo, algunas legislaciones nacionales, como el legislador italiano de 2003, han deliberadamente aliviado el procedimiento, haciendo correr un riesgo importante de fenómenos incontrolados de desmembramiento y de fragmentación de los complejos industriales.

De frente a las transformaciones intervenidas en las dinámicas organizacionales, y, en consecuencia, en las formas operativas de los dispositivos jurídicos, no es extraño preguntarse si no sería oportuno, en este contexto, por una parte afinar técnicas de control de los hechos del caso, valorizando las requisiciones organizacionales de la transferencia establecidas por la jurisprudencia comunitaria; del otro, de evaluar algunas técnicas de protección en el plan individual, que ya fueron objeto de examen en jurisprudencia nacional, como por ejemplo el derecho de oposición del trabajador, calificado de fundamental por la CJCE, y reconocido en algunos ordenamientos judiciales europeos (Alemania, Austria, Suiza), y extra-europeos (Japón). Por fin, se podrían incrementar los mecanismos de gobierno colectivo de los fenómenos de externalización, para garantizar, en la medida de lo posible, la posición jurídica subjetiva de los trabajadores implicados, reduciendo los efectos socialmente negativos de los procesos de reestructuración de empresa.

La primera perspectiva (el control de los hechos del caso) no debe ser apreciada como una rigidez inútil contraria a la racionalidad económica, sino como una contribución al derecho del trabajo, a una lectura más ordenada de esta racionalidad, destinada a hacer obstáculo a prácticas deterioradas de descentralización productiva,

sin limitar las externalizaciones "de calidad" orientadas por una especialización profesional.

La segunda perspectiva (derecho de oposición) debe por lo contrario ser avaluada con cierta problemática. Si, por una parte, la previsión de un derecho de oposición refuerza la dimensión de protección individual, por otra, puede entrar en colisión con lógicas de protección sindical colectiva, pudiendo además hacer obstáculo a fenómenos fisiológicos de transferencia.

La tercera perspectiva, codificada por el legislador europeo por los mecanismos de la información y de la consulta, debería evolucionar de manera siempre más participativa comprendiendo no tan sólo la decisión de efectuar la transferencia, sino también la estrategia económica y financiera de la empresa (cambio de objetivos de producción, cambio de sector, diversificación de las inversiones, etc.).

c) En el caso de la descentralización productiva, se encuentran, todavía hoy, vacíos jurídicos significativos en derecho del trabajo. Estos vacíos dan, muchos de ellos, la alarma que debe retener la atención de los juristas del derecho del trabajo, y los legisladores nacionales y supranacionales.

El hecho más preocupante —si se deja de lado el problema opuesto de la efervescencia de los empleadores en particular en el mundo de las grandes empresas— concierne a la exclusión de toda protección de derecho del trabajo para las formas de integración de la actividad laboral en otros procesos productivos no sometidos a la subordinación técnico- jurídica. Si es verdad que el capitalismo molecular tiende a entrar a cada vez más en la micro-empresa y en el trabajo autónomo coordinado a la empresa, comprendida como el anillo último de la descentralización de la actividad productiva a favor de un simple sujeto, hay que ver cómo el fenómeno del trabajo económicamente dependiente no está, actualmente, en el centro del derecho del trabajo, pero reside en las afueras, con efectos perversos hasta el terreno de la igualdad.

Sin embargo, poco a poco, el criterio de la dependencia económica es acreditado en la reflexión jurídica sobre la evolución de la subordinación y sobre la significación de la "nueva autonomía" en

las dinámicas actuales del mercado del trabajo. A esto se agrega, por otra parte, una temática sobre la justicia en los intercambios y sobre las relaciones de poder de la empresa, que atraviesa todo el derecho de los contratos, encontrando puntos comunes no tan sólo con los contratos dichos de consumidores, sino también en las experiencias legislativas relativas al abuso de dependencia económica en las relaciones verticales entre empresas, y, por fin, en el campo de los principios de la *lex mercatoria* que regulan los contratos internacionales (principios Unidroit).

En esta óptica, no se debe excluir que la dependencia económica pueda conducir a una nueva consideración unitaria del trabajo autónomo en el marco de un pensamiento nuevo mundial de la alternativa histórica entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, en la perspectiva de una tendencia a la consideración unitaria de trabajos efectuados para un tercero: una especie de *unitas multiplex* que —como lo describía Massimo D'Antona—, conduce a considerar el trabajo como "instrumento jurídico", o como estructura de fenómenos normativos que conciernen la integración del trabajo humano en los procesos productivos y las organizaciones. Esto conduce también a modular racionalmente los mecanismos de protección hoy totalmente desequilibrados a la ventaja del solo trabajo subordinado. Naturalmente, al interior de esta amplia categoría jurídica indiferenciada, se debería conservar un relieve, para garantizar protecciones, al nivel de exposición frente a los poderes de dirección y de coordinación del empleador.

6. Esta tentativa provisoria de rearticular, en una síntesis final, algunos dardos y elementos de razonamiento contenidos en los informes nacionales, debe medirse con algunas indicaciones transversales claras de un punto de vista metodológico.

1) La primera de estas indicaciones conduce a pensar en los vínculos entre descentralización productiva y mundialización económica, con el resultado de un aumento de la presión competitiva y de las potenciales divisiones técnicas y sociales del trabajo, con un efecto de fingir "economías de contigüidad" a favor de redes del comercio internacional y de la división mundial de la producción.

Queda muy claro frente a los procesos de mundialización económica, a qué punto el derecho estatal solo no es suficiente para

dar una respuesta adecuada. La empresa que se desverticaliza internacionalizando la cadena de valores evita las reglas estatales, se emancipa de los condicionamientos locales, y explota los diferenciales legislativos en una lógica de shopping normativo que pone en competencia los sistemas jurídicos y sociales. Insuficiencias análogas pueden ser atribuidas a la legislación de soporte de las dinámicas de negociación colectiva —donde existe— y a la organización misma de los sindicatos, los cuales corriendo el riesgo de limitar su horizonte a las fronteras en que nacieron y se criaron, mientras los procesos de descentralización han rebasado ya estas fronteras, como lo vimos anteriormente con los grupos de empresa.

Un primer elemento esencial reside pues en la necesidad de examinar la oportunidad de intervenciones reguladoras de naturaleza supranacional, no por fuerza a escala planetaria, y no por fuerza basada en las normas rígidas e imperativas.

Algunas respuestas pueden ser formuladas en la empresa multinacional misma, la cual, por una serie de razones sobre las cuales no nos podemos atrasar, desarrolla estrategias de "auto normatividad", normalizando sus propios comportamientos por la adopción de códigos de conducta y de carta éticas y adoptando prácticas de responsabilidad social. Las empresas globales intervendrán directamente, en un futuro próximo, para sostener algunos costes sociales y una serie de técnicas jurídicas nuevas deberán ser movilizadas para asegurar el control de los subcontratistas en las relaciones comerciales entre empresas en lo que se refiere al respeto de los estándares normativo, en un guión que marca una armonización entre técnicas "heterorreguladoras" (a menudo ineficaces) y prácticas fundadas en la ley blanda.

Sería también oportuno evaluar la influencia de los tratados regionales, los cuales —como lo han subrayado algunos informes de países del TLCAN, ahora TLCAC— pueden condicionar de manera relevante los derechos del trabajo de los países miembros, reforzando las relaciones internacionales entre organizaciones sindicales, y estableciendo antídotos y dispositivos idóneos para salvaguardar la operatividad de las técnicas del derecho del trabajo.

Mirando las áreas regionales conociendo ya campos de regulación común —como por ejemplo los países de la UE—, es necesario

proceder a la implementación de materias uniformes, manteniendo como elemento constitutivo del proceso de armonización de los derechos nacionales la "cláusula de no regresión", la cual permite proceder a prácticas más o menos acentuadas de homogeneización normativa sin renunciar a las protecciones conquistadas por los ordenamientos judiciales los más avanzados, y de impedir que estos ordenamientos judiciales retrocedan frente a una perspectiva común, pudiendo por lo contrario representar, como para Francia en el panorama europeo, un modelo de referencia —bajo diversos puntos de vista— para la legislación comunitaria y la de los Estados miembros.

2) Un segundo punto que hay que tener cuenta es el relativo a los vínculos entre la descentralización productiva y la noción de empleador, con consecuencias a nivel individual y colectivo.

La situación del estatuto de empleador, caracterizada por la mezcla entre estructuras tradicionales de afiliación de empresas auxiliares, formación de grupos de diferentes niveles, externalización de actividad, adjudicaciones internas y externas, y transformación de la organización tradicional en red de actividad económica, tiende a hacer invisible el poder real sobre el cual debe dirigirse la acción sindical y, al mismo tiempo, somete a dura prueba la tradicional comunidad de intereses de los trabajadores, y su solidaridad.

Si, en cada ordenamiento judicial son sobre todo los jueces los que se esfuerzan en volver a encontrar la responsabilidad original a lo largo de los anillos, a veces finos a veces gruesos —como en la franquicia— de la cadena contractual, faltan, en el plano normativo, formas de realización de gobierno jurídico de los "co" o "pluri" empleadores.

Por su parte, las organizaciones sindicales concentran todavía la mirada hacia lugares tradicionales, mientras el lugar va perdiendo importancia, y aparece desordenado, como si fuese observado a través de la lentejuela de un calidoscopio. Así, la protección normativa (sobre todo en la vertiente del contrato colectivo), se fragmenta y se diversifica tanto como la empresa y el derecho sindical en vez de perseguir un objetivo de igualdad y de diferencia calibrada, se descubre abandonando el primero (la igualdad) y subiendo el segundo (diferencia) de manera incontrolada.

Esta acción sindical es tanto más difícil que aparecen tendencias contradictorias, por una parte de concentración del poder económico y de control, y por otra parte de descentralización de las estructuras operacionales. La fragmentación de la producción continuada a través del instrumento de la empresa de red, al aumento del comercio de los bienes intermediarios, en detrimento de los productos acabados, que separa la actividad de más bajo valor añadido de la actividad de contenido técnico-profesional más rentable, han determinado una nueva división del trabajo y de la producción global en el mercado mundial.

De frente a estos procesos, las instituciones tradicionales del derecho del trabajo, individuales y colectivas, se muestran sin lugar a duda inadecuadas por no decir obsoletas. Unánimemente muchos informes nacionales se preguntan ¿de qué sirve un convenio colectivo de ramas cuando una rama es sacudida por un convenio colectivo de empresa cuando la empresa es transformada en red de empresas?

Sin embargo, ir en contra de este proyecto de reorganización industrial significaría tomar una posición antihistórica: ni más ni menos como en su tiempo pretender negarse al alba de la revolución industrial, a que entren las máquinas en las fábricas, o, más tarde, las técnicas de organización fordistas de producción, o todavía, más recientemente, las tecnologías informáticas de la última revolución telemática. Se puede y se debe controlar los eventuales efectos y consecuencias negativas de estas tecnologías frente a los trabajadores dependientes, pero no podemos desconocer su alcance determinante en la evolución y la mejora de los procesos productivos.

Así, sería inútil querer hacer obstáculo al irresistible proceso de descentralización de la producción, que es alimentado inexorablemente por razones de competencia mundial; por lo contrario, es realista y practicable intentar construir nuevos antídotos en derecho del trabajo, idóneos para servir de pararrayos para los intereses de los trabajadores. Más tarde o temprano, será necesario experimentar el rebasar los criterios tradicionales según los cuales se individualiza empleador y empresa. Habría que reconocer jurídicamente las correlaciones efectivas entre los poderes que determinan las condiciones concretas de trabajo. Las soluciones no deberán y no podrán ser uniformes. Lo esencial es yuxtaponer, frente a la flexibilidad de las

estructuras actuales, una nueva noción flexible de empleador. Al mismo tiempo, se debe acompañar la flexibilidad de las relaciones de trabajo individuales con la flexibilidad de las instituciones colectivas del derecho sindical, para ganar una adaptación de intereses colectivos de los trabajadores a las nuevas estructuras productivas.

Para contestar a estas preguntas, es urgente poner adelante una nueva concepción de la empresa alineada con las formas de estructuración que las organizaciones productivas han desarrollado, y, a través de esto, una nueva concepción del empleador en un tiempo unitario y plural.

Sobre este modelo de grupo de empresa al cual se refiere el derecho comercial, se podría hacer referencia a un grupo de empleadores, para hacer compartir los riesgos y los costes del trabajo, y para desarrollar nuevas formas de presencia colectiva. Dos ejemplos pueden clarificar esta perspectiva.

a) En donde se concentra una multiplicidad de empleadores en el campo de un mismo sitio "colectivo" de trabajo (convergencia de trabajo suministrado, tercerización *intra moenia*, etc.), en vez de un empleador único que toma toda la responsabilidad legal, se debería llegar a una co-división de las responsabilidades entre ordenante y subcontratista, o a formas más estrechas de responsabilidad entre empleadores para algunas obligaciones, como se verifica en algunos ordenamientos jurídicos examinados, por instrumentos individuales (como la solidaridad entre varios empleadores y la paridad de trato entre asalariados) y colectivos (como la creación de un comité unitario de higiene y de seguridad, a la constitución de una representación sindical de "sitio".

b) Cuando el empleador se inserte en el mecanismo organizacional completo (grupo de empresas, red de empresas jerárquicamente dependientes), y que los trabajadores se encuentran en una situación de dependencia de un centro de decisión económico distinto del empleador formal, se debería activar dispositivos de "conexión" entre los dos (o más) sujetos empresariales, a nivel colectivo (forma de representación colectiva de grupo) e individual (sobre el ejemplo de los *associated employers* anglosajones).

En cierta medida, la reconstrucción de las relaciones colectivas adecuadas a la nueva subjetividad empresarial puede ser fomenta-

da sin hacer que se tambalee el marco del sistema jurídico actual. Las negociaciones de rama podrían ser adaptadas a nivel del grupo o de la red de empresa y/o podría también recurrir, en algunas regiones del mundo, a la técnica del derecho blando (acuerdos programáticos, marco, procedimientos). Lo esencial, es aceptar que en donde se manifiestan intereses comunes a los trabajadores, es legítimo defenderlos utilizando el instrumento del derecho colectivo. Sería suficiente, para empezar, introducir una disposición general confiriendo a los trabajadores el derecho de dotarse de instituciones colectivas a todo nivel, en donde piensan que sus intereses comunes son puestos en tela de juicio.

Los obstáculos a esta renovación de la organización y de la estrategia en el campo de las relaciones colectivas no residen tan sólo en el equilibrio del derecho, o en la oposición de los empresarios, sino también en la tradición sindical, que ha crecido en el marco de la empresa fordista y está condicionada por la rigidez de esta estructura. Pero a veces, una iniciativa normativa —aun bajo la forma de derecho blando que permite traducciones y aplicaciones altamente diferenciadas y flexibles— puede indicar la ruta y solicitar el desarrollo de nuevas dinámicas sociales por área geográfica, como esto empieza a llegar tímidamente en Europa tras la directiva comunitaria relativa al Comité de Empresa Europeo.

En conclusión, mientras el derecho moderno del trabajo se concentró a menudo en el combate de la flexibilidad en las relaciones individuales de trabajo y sus mecanismos conexos de descentralización, sería útil, y a lo mejor posible, utilizar la flexibilidad con otra finalidad: flexibilizando las nociones de empleador y de instituciones colectivas, por la construcción jurídica de nuevas comunidades de trabajo que permitan encontrar nuevas solidaridades. En este sentido se podría hablar, ya no en sentido único, de derecho del trabajo flexible.

Además, nada es más flexible que un hilo que se va desenredando por un laberinto.

Descentralización y deslocalización de la producción

Por Juan Angel Confalonieri (h.)

Capítulo I

Palabras previas de agradecimiento

Por tercera vez, en relativamente poco tiempo, me toca abordar el tema de la descentralización productiva. Lo hice, primeramente, al ser convocado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como uno de los ponentes oficiales para las XIV Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebradas en Rosario, durante los días 1, 2 y 3 de septiembre de 2005 (1). Inmediatamente, también a requerimiento de aquella entidad, redactamos con Lorenzo Gnecco, el informe por nuestro país para el XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, llevado a cabo en París, entre el 5 y el 8 de septiembre de 2006.

La participación en esta obra colectiva, con colegas integrantes del grupo que se reúne regularmente desde hace varios años en la Academia Nacional de Derecho, si bien reproduce una parte importante de la estructura conceptual del primero de los trabajos aludidos en el párrafo anterior, tiene para mí un significado muy especial, en razón de que es para rendirle homenaje al querido Profesor Dr. Antonio Vázquez Vialard, uno de los iuslaboralistas de nuestro medio que más ha contribuido a la formación de las generaciones que le han sucedido. Lamento profundamente, que este homenaje no haya podido concretarse en vida del homenajeado, como fue nuestro deseo originario.

Personalmente, le debo mucho al Profesor Dr. Antonio Vázquez Vialard. En la cátedra a su cargo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, me inicié en la docencia al poco tiem-

(1) La ponencia, titulada "Descentralización productiva", se publicó en DT, 2005-B, 1695.

po de haberme graduado. Desde entonces, y de modo constante, me brindó generosamente su apoyo y dedicación, como a muchos otros colegas que hoy ocupan posiciones destacadas como magistrados, abogados, y también como profesores. En mis comienzos, hizo hincapié para que me despreocupara de ponerme al frente de una clase, y para que me diera un tiempo previo de estudio y reflexión. No solo me guió y alentó para comenzar a escribir, sino que insistió para que lo hiciera regularmente. Me otorgó el privilegio de acompañarme como director de tesis en la etapa de doctorado; confirmé, entonces, que disponía de dones característicos de los maestros: sabía escuchar cuando se le hablaba, y dialogaba e intercambiaba ideas con suma facilidad, y con absoluta humildad. Sus observaciones (a veces no compartidas), me han enriquecido enormemente. Me animo a decir, que he tenido la suerte que la relación con el Profesor Dr. Vázquez Vialard, fuera más allá de lo estrictamente docente, dado que cada vez que nos encontrábamos, además de hablar de algún tema propio de nuestras actividades, me demostraba su interés por mi familia, y, de vez en cuando, me daba recomendaciones y consejos de amigo. Siento, por tanto, que no puedo dejar pasar esta ocasión para dejar testimonio de mi profundo agradecimiento, al maestro y al amigo, por su enseñanza y su afecto.

Agradezco, también, a los integrantes del grupo de la Academia Nacional de Derecho, creado a iniciativa del Profesor Dr. Vázquez Vialard, por sus valiosos aportes en cada una de las reuniones que hemos tenido al cabo de un año y medio, de los cuales me he nutrido para agregarle y desarrollar algunas ideas que no estaban en la ponencia aludida al comenzar estas palabras previas. En definitiva, las exposiciones, los aportes, y los intercambios de opiniones, han hecho posible que este homenaje sea algo más que una suma de estudios individuales.

Capítulo II

Introducción

Ultimamente, se observa en la bibliografía iuslaboralista (no sólo de nuestro país), el uso de diferentes términos que no figuran en el diccionario de la Real Academia Española. Bien podría decirse que son neologismos, que presentan, *prima facie*, dos notas comunes. La primera, es que todos están precedidos por el prefijo "des". La segunda, es que en todos subyace la idea de un cambio; para ser más preciso, de un proceso en sentido inverso a una situación anterior que le sirve de referencia. En esa categoría, verbigracia, podrían incluirse las siguientes voces: *"desregulación", "deslaborización", y "desalarización"*. Menos presencia de la norma estatal, delegando la regulación de ciertas materias al convenio colectivo; o posibilidad de desplazamiento de aquella por acuerdo de partes (individual o colectivo), resultando indistinto que haya mejora o desmejora de las condiciones de trabajo (*"desregulación"*). Menos colectivos de trabajadores dependientes alcanzados por la norma laboral, en razón de una exclusión legal expresa que le quita aquella calificación a quienes así eran considerados por el orden normativo, o la jurisprudencia (*"deslaborización"*). Rubros otrora incluidos en la noción de remuneración, y luego marginados de la misma por expresa disposición de la ley (*"desalarización"*). Como se puede advertir, en los ejemplos que se han dado, la terminología denota la presencia de un Derecho del Trabajo que ha experimentado retracciones: menos norma estatal (o más dispositividad de la misma); menos trabajadores dependientes; y menos salario. Retracciones que, para concretarse, han necesitado de reformas normativas. En definitiva, se trata de cambios producidos desde el derecho (objetivo) (1).

---

(1) En nuestra legislación, pueden encontrarse ejemplos de las tres hipótesis señaladas: de desregulación, lo fue el derogado art. 92 de la ley 24.467, y lo son sus

Prácticamente en paralelo a esos cambios, se han producido otros de significativa incidencia en el terreno de algunos conceptos e institutos estructurales a partir de los cuales se construyó y desarrolló el Derecho del Trabajo: la referencia es a la dependencia, como uno de los elementos caracterizadores del contrato de trabajo (2) (art. 21 LCT); a los sujetos de la relación laboral (arts. 25 y 26 LCT); y al tipo contractual preferido por el legislador (contrato por tiempo indeterminado; art. 90 LCT).

Para identificar esas transformaciones que reflejan una clara estrategia empresarial en términos de organización (generadas desde la realidad, no desde el derecho objetivo), los estudiosos (economistas, sociólogos, y los juristas en general), han recurrido al vocablo "descentralización", que sí figura en el diccionario de la Real Academia Española. Se habla de descentralización de la producción de bienes y servicios, o de empresa descentralizada, para dar cuenta de la forma en que se llega a la elaboración de un determinado producto, o a la prestación de un servicio, o bien para referirse al modelo de empresa de nuestros días, caracterizada por conservar dentro de sus competencias aquella actividad con la que podrá comparecer ante el mercado en condiciones de máxima competitividad. Es muy frecuente leer que el modelo de empresa de hoy produce lo indispensable, y le encarga a terceros las actividades que se juzgan secundarias o complementarias. Ese modelo, presenta varias notas íntimamente relacionadas. Por empezar, una notable reducción de la empresa, tanto física como ocupacionalmente, que no es sino la consecuencia de una distribución o división del trabajo más hacia el exterior que al interior de su ámbito. A ello se agrega, un fluido relacionamiento interempresarial, y la presencia de trabajo dependiente siempre que el mismo sea necesario o, más

arts. 90, 91 y 97. De deslaboralización, lo fue el art. 4º de la ley 24.465, si se tiene en cuenta que, por entonces la formación teórica de un joven se podía canalizar por medio del contrato de trabajo formación contemplado en el derogado régimen establecido por la ley 24.013 (arts. 58 a 65). De desalarizacion, lo fueron los incisos b y c del art. 103 bis de la LCT, derogados por la ley 26.341.

(2) Acerca de los elementos que integran las nociones de contrato y relación de trabajo de acuerdo al texto de los arts. 21 y 22 de la LCT (dependencia, onerosidad y voluntariedad), y la posibilidad de trabajo dependiente gratuito, y trabajo dependiente que no puede ser considerado voluntario, ver CONFALONIERI (H.), JUAN ANGEL, *¿La dependencia, implica onerosidad y voluntariedad?*, Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, Nº 2, p.1, 2004, Ed. Quórum.

bien, imprescindible (modelo de empresa red) (3). Modelo ése, distinto al de producción seriada o en masa, que divide o distribuye trabajo preponderantemente hacia el interior de la empresa, y que se estructura y opera, básicamente, a partir de empresas de grandes dimensiones (modelo fordista) (4).

De más reciente utilización por economistas, sociólogos y juristas, es el neologismo "deslocalización", con el cual se quiere identificar una estrategia empresarial diferente (5), aunque, en algunos

(3) Un enfoque sociológico de la empresa red puede verse en CASTELLS, MANUEL, *La era de la información. La sociedad red*, vol. I, ps. 179/227, Siglo Veintiuno Editores, 4ª edición, 2002.

(4) Al respecto, son elocuentes las apreciaciones de BLAT GIMENO, FRANCISCO: *"El fordismo está en declive. En muchos sectores, las grandes integraciones verticales, las empresas gigantes tienden a perder relevancia... Se expande una estructura empresarial mas ágil y de menor dimensión. La gran empresa se multidivide y crea, en su interior, unidades productivas relativamente autónomas. Proliferan los sistemas de pequeñas empresas. Se subcontratan muchas de las funciones que antes asumía la empresa directamente"*; ver, "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 44.

(5) Acerca de la deslocalización, como estrategia empresarial, pueden consultarse los siguientes autores: CARINCI, MARÍA TERESA: *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'antona, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudencia; www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione; CUERVO GARCÍA, ALVARO, y GUILLÉN, MAURO F.: *Outsourcing, offshoring, deslocalización: consideraciones generales y reflexiones sobre el caso español*; www.fundacionrafaeldelpino.es/documentos/conferenciasyencuentros; DEL BONO, ANDREA: *Deslocalización extraterritorial de empleos del sector servicios. Sentidos y transformaciones del trabajo*; www.ceil-piette.gov.ar/docpub/documentos/articulos/delbono06.pdf; DE LA CÁMARA ARILLA, CARMEN, y PUIG GÓMEZ, ALBERTO: *Deslocalizaciones: ¿mito o realidad?; el caso español frente a los países de Europa central y oriental*; http://pdf.biblioteca.hegoa.efaber.net/ebook/16492/DESLOCALIZACIONES.pdf; Documento de la Secretaría Confederal de Acción Sindical de UGT: *El fenómeno de la deslocalización industrial en España: pautas de actuación*; www.ugt.es/comunicados/2004/febrero/deslocalizacion.pdf; ERMIDA URIARTE, OSCAR: *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*; www.upf.edu; HUSSON, MICHEL: *Los retos de la deslocalización en Europa*, Jornada sobre Política Industrial y Deslocalización en el País Vasco, Bilbao, 26 de septiembre de 2007; www.iade.org.ar; MUÑOZ GUARASA, MARTA: *Deslocalización sectorial de la inversión directa extranjera en España*; Boletín Económico de ICE Nº 2744, del 21 al 27 de octubre de 2002; www.revistasice.com; MYRO SÁNCHEZ, RAFAEL, y FERNÁNDEZ - OTHEO, CARLOS MANUEL, *La deslocalización de empresas en España. La atracción de la Europa central y oriental*, www.revistasice.info; PIÑA, JOAQUÍN, *La deslocalización de funciones no esenciales en las empresas: Oportunidades para exportar servicios. El caso de Chile*, Naciones Unidas, CEPAL, Serie Comercio Internacional, Santiago de Chile, septiembre de 2005.

casos, vinculada a la descentralización de la producción de bienes y servicios, como se verá oportunamente.

La presente colaboración, tendrá por objeto explicar, de modo general y desde la óptica iuslaboralista, en qué consisten las estrategias de descentralización y deslocalización de la producción. Con esto quiero significar, que no se encontrará un análisis exhaustivo de ninguna de las manifestaciones, vías de concreción, o posibles consecuencias de la descentralización productiva. Vale decir, no habrá un estudio pormenorizado de la contratación y subcontratación (art. 30 LCT), ni de la cesión de personal (arts. 29, y 29 bis LCT), ni de la cesión o transferencia de establecimiento (art. 30, y arts. 225 a 228 LCT), ni del trabajo a domicilio (Convenio Nº 177 de la OIT, ratificado por la ley 25.800, y ley 12.713; ni del teletrabajo (Convenio Nº 177 de la OIT, ratificado por la ley 25.800), por nombrar algunos de los temas que serán tratados en esta obra por diferentes colegas. Tampoco me detendré en el análisis de aspectos puntuales de la deslocalización. Eso no significa que aquellas, o estos últimos, queden marginados por completo; serán tenidos en cuenta desde una visión macro, con la idea de identificar con claridad ambas estrategias empresarias.

Capítulo III

La descentralización (o externalización) productiva. Concepto

Definido en el punto anterior el objeto de la presente colaboración, dedicaré los primeros párrafos a precisar cuál habrá de ser el sentido con el que será utilizada la palabra descentralización en la materia que nos ocupa, como así también, la relación que la misma guarda con otros términos, algunos de ellos incorporados definitivamente a la bibliografía especializada.

Descentralización, externalización, deslocalización, desterritorialización, relocalización, tercerización, filialización, contratación y subcontratación, son voces a las que recurren frecuentemente los especialistas de habla hispana, cuando se refieren a las estrategias de las que se valen las empresas en la actualidad, o a las formas de organización que adoptan las mismas. Algunos de ellos, representan una misma realidad (p. ej. descentralización y externalización); otros, aunque pueden estar vinculados entre sí, no son términos o expresiones que signifiquen lo mismo (p. ej. los pares descentralización - deslocalización; descentralización - tercerización; descentralización - contratación y subcontratación; y descentralización - filialización).

La palabra descentralización, dentro de aquel contexto, tiene varios sentidos (1). Aunque algunas definiciones la identifican

(1) Por ese motivo Pérez de los Cobos, Francisco, dice que una de sus características es el poliformismo: *Filialización. Grupos de empresas*, en *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, p. 629; y Rivero Lamas, Juan, alude a un fe-

con la externalización de actividades de una empresa hacia otra, concretada a través de la contratación y subcontratación (2), o, incluso, con la mera transferencia de actividades (3), no se limita solamente a eso. Involucra, además de la fragmentación del ciclo productivo de la empresa (fragmentación que se traduce en el traslado de la porción fragmentada hacia el exterior de la misma, o, si se quiere, en la cesión de dicha porción a terceros que se integran para completar el proceso productivo), otras hipótesis. Ellas son: a) el desplazamiento o traslado hacia el exterior de la empresa (externalización), del lugar de prestación de servicios o, lo que es lo mismo, de puestos de trabajo ubicados originariamente dentro del ámbito físico de aquella; b) el fraccionamiento del patrimonio de la empresa, con el fin de constituir una nueva empresa con personalidad jurídica propia (escisión - filialización); c) la cesión temporal de mano de obra propia, por parte de empresas expresamente habilitadas a ese fin (4), a favor de otras empresas

---

nómeno económico multidireccional, *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, p. 21.

(2) RIVERO LAMAS, JUAN, *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 23, la describe diciendo que es "*una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas...*"; CRUZ VILLALÓN, JESÚS, *Outsourcing y relaciones laborales*, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 253, sostiene que "*consiste en una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo*".

(3) DEL REY GUANTER, SALVADOR, y GALA DURÁN, CAROLINA, en *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo*, R.L. 2000-445, la definen así: "*Entiendo por descentralización, por tanto, toda externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa*".

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

que deban hacer frente a necesidades extraordinarias o transitorias (5).

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

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

Entre descentralización (externalización) y tercerización, debe verse una relación de género a especie. De tal modo, no siempre que se haya concretado la primera, se desembocará irremediablemente en la segunda (por ejemplo, cuando una empresa se divide, sin disolverse, destinando una parte de su patrimonio para constituir otra empresa, hay descentralización, pero no tercerización); en cambio, cualesquiera de las dos formas en que se puede manifestar la tercerización (tercerización de una parte del ciclo productivo, o tercerización de la relación laboral), implican una descentralización.

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

No obstante no pertenecer a la lengua española, la doctrina de ese país se refiere con bastante frecuencia al término *outsourcing* (6), no sin aclarar que las expresiones descentralización productiva y externalización encajan a la perfección para describir las manifestacio-

(6) Entre otros, CRUZ VILLALÓN, JESÚS, "Outsourcing y relaciones laborales", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, p. 249; RIVERO LAMAS, JUAN, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, ps. 23/24; RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, "La responsabilidad solidaria en el derecho del trabajo", en Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, Nº 1, año 2002, ps. 107/108; GARCÍA MORENO, GONZALO J. M.: "Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Editorial Lex Nova, Valladolid, año 2001, ps. 53/55.

nes que quedan comprendidas dentro de aquella voz (7). En cambio, la doctrina nacional la utiliza excepcionalmente (8).

El término *outsourcing* tiene dos acepciones, una restringida, y otra amplia. En sus orígenes, fue utilizado para dar cuenta de la prestación de servicios informáticos de una empresa a otra (acepción restringida). Con el tiempo, su uso se fue generalizando de forma tal que puede comprender otras actividades empresarias, no sólo la relativa a la informática. De este modo, cualquier operación que suponga el traspaso de un tramo del ciclo productivo de una empresa a otra, puede considerarse un auténtico *outsourcing* (acepción amplia) (9).

De todas formas, no todas las definiciones dadas dentro del espectro de la acepción amplia tienen el mismo alcance. No es lo mismo definir el *outsourcing* como *"el proceso por el cual una tarea o actividad que tradicionalmente se desarrollaba dentro de la empresa pasa a ser externalizada hacia un proveedor externo"* (10), que definirlo diciendo que es *"el caso en el que el empresario confía a un tercero una función productiva —incluida la adquisición y gestión de la fuerza de trabajo— antes ejecutada por sí mismo mediante la propia organización empresarial..."* (11), o que consiste en *"todos aquellos procesos consistentes en la externalización de actividades que no sean*

(7) Así, CRUZ VILLALÓN, JESÚS , "Outsourcing y relaciones laborales", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 253.

(8) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *El impacto del proceso de descentralización productiva sobre el derecho del trabajo*, Anuario de Derecho del Trabajo, Universidad Austral, Nº 3, p. 55.

(9) Respecto de las dos acepciones del término *outsourcing*, véase CRUZ VILLALÓN, JESÚS, "Outsourcing y relaciones laborales", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, ps. 251/252/253/254; GARCÍA MORENO, GONZALO J. M.: "Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, ps. 53/55.

(10) CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F. y otros, *La problemática del outsourcing*, Economitas Nº 72 (1996), p. 88, citado por CRUZ VILLALÓN, J., "Outsourcing y relaciones laborales", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 253.

(11) ICHINO, P., *La disciplina Della segmentazione del processo productivo e dei suoi effetti sul raporto di lavoro*, www.univr.it/AIDLASS/ichino_99.html, p. 2.

competencias básicas de la organización, independientemente de que aquellas fuesen desarrolladas o no previamente por la empresa" (12). Las tres definiciones (todas representativas de la acepción amplia de *outsourcing*), reflejan diferencias notables que denotan mayor o menor amplitud, según el caso. Mientras que en la tercera, la actividad transferida al exterior de la empresa no debe corresponder al ámbito de las *"competencias básicas de la organización"*, en la primera cualquier actividad (perteneciente al ámbito de las competencias básicas o no), puede quedar comprendida dentro de un proceso de *outsourcing*. Incluso, la segunda definición incorpora dentro de la cesión a un tercero, *"la adquisición y gestión de la fuerza de trabajo"*.

La coincidencia del término descentralización (o externalización), con la voz *outsourcing*, dependerá del sentido (restringido o amplio) que se le dé a esta última. Si se la limita a la contratación de servicios informáticos con empresas especializadas, no hay duda que la descentralización tiene mayores manifestaciones que el *outsourcing*. Lo mismo ocurre si la posibilidad del *outsourcing* se circunscribe a actividades que sean consideradas básicas de la empresa transferente. La única manera en que puede concebirse que se trata de términos que tienen un significado similar, es admitiendo que tienen varias manifestaciones comunes. De ese modo, el *outsourcing* podrá consistir en el traspaso de actividades (de cualquier tipo) de una empresa a otra, lo que implica ver en la contratación y subcontratación una vía posible de concreción. Puede consistir, también, en la externalización de puestos de trabajo (*outsourcing* por deslocalización de lugares de trabajo), o en la externalización de la relación laboral, siempre que la misma no contravenga disposiciones del orden legal.

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

(12) CASANI, F. y otros, *El outsourcing y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa*, R.L. Nº 14 (año 1998), p. 52.

Capítulo IV

La deslocalización de la producción. Concepto. Relación con la descentralización

Al pasar, he adelantado que a través del neologismo deslocalización, se identifica una estrategia empresarial independiente de la descentralización. De todos modos, ello no es obstáculo para que haya alguna hipótesis de convergencia de ambas estrategias, como se verá inmediatamente.

Algunos autores, entienden que la estrategia deslocalizadora consiste en trasladar la empresa (en su totalidad), o una parte de su ciclo productivo, fuera del país en el que venía operando. Otros, adoptando un criterio más abarcador, afirman que dicha estrategia se hace presente cuando se cambia el lugar donde estaba localizada la empresa, o cuando se traslada a otro lugar una parte de su actividad, o cuando se externalizan algunos puestos de trabajo, sin importar si las alteraciones se producen dentro o fuera del país.

Se advierte, al consultar la bibliografía especializada, no solamente falta de uniformidad en torno al sentido que se le atribuye al neologismo deslocalización, sino, también, en la elección de la terminología mediante la cual se pretende dar cuenta de la estrategia empresarial que se analiza. Respecto de este último dato, si bien la mayoría de los autores hablan de deslocalización (1), al-

(1) De Luca-Tamajo, Raffaele, y Perulli, Adalberto, en el *Informe General* (p. 7), presentado en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, llevado a cabo en París en septiembre de 2006, sobre el tema: Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individual y colectiva) y Descentralización Productiva; Carinci, María Teresa: *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro,* Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'antona, Università degli Studi

gunos de ellos, incluyen, además, otros neologismos (desterritorialización (2), desespaciación (3); o simplemente se refieren a la reubicación de la producción (4), o al traslado de la misma (5). Las diferencias de criterio a la hora de precisar en qué consiste la deslocalización, giran, básicamente, alrededor del ámbito territorial en el que la misma se desarrolla; en menor medida, alrededor de la orientación geográfica o económica, por llamarla de alguna manera. No obstante las divergencias apuntadas, hay una idea que siempre está presente en todos los autores: deslocalización, es sinónimo de desplazamiento; dicho de otro modo, sin desplazamiento, no hay deslocalización. En definitiva, la cuestión radica en precisar

---

di Catania, Facoltà di Giurisprudencia, año 2006; www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione; CUERVO GARCÍA, ALVARO, y GUILLÉN, MAURO F.: *Outsourcing, offshoring, deslocalización: consideraciones generales y reflexiones sobre el caso español*; www.fundacionrafaeldelpino.es/documentos/conferenciasyencuentros; DEL BONO, ANDREA: *Deslocalización extraterritorial de empleos del sector servicios. Sentidos y transformaciones del trabajo*; www.ceil-piette.gov.ar/docpub/documentos/articulos/delbono06.pdf; DE LA CÁMARA ARILLA, CARMEN, y PUIG GÓMEZ, ALBERTO: *Deslocalizaciones: ¿mito o realidad?; el caso español frente a los países de Europa central y oriental*; http://pdf.biblioteca.hegoa.efaber.net/ebook/16492/DESLOCALIZACIONES.pdf; ERMIDA URIARTE, OSCAR: *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*; www.upf.edu; HUSSON, MICHEL: *Los retos de la deslocalización en Europa*, Jornada sobre Política Industrial y Deslocalización en el País Vasco, Bilbao, 26 de septiembre de 2007; www.iade.org.ar; MUÑOZ GUARASA, MARTA: *Deslocalización sectorial de la inversión directa extranjera en España*, Boletín Económico de ICE Nº 2744, del 21 al 27 de octubre de 2002; www.revistasice.com; MYRO SÁNCHEZ, RAFAEL, y FERNÁNDEZ - OTHEO, CARLOS MANUEL, *La deslocalización de empresas en España. La atracción de la Europa central y oriental*, www.revistasice.info

(2) PIÑA, JOAQUÍN, *La deslocalización de funciones no esenciales en las empresas: Oportunidades para exportar servicios. El caso de Chile*, Naciones Unidas, CEPAL, Serie Comercio Internacional, Santiago de Chile, septiembre de 2005. El autor, también emplea el neologismo desterritorialización (ver ps. 9 y 10). BECK, ULRICK, *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Editorial Paidós, Barcelona, 2000, p. 34. En rigor de verdad, Beck, hace referencia a la desterritorialización de lo social, lo político, y lo económico, y particularmente en el trabajo.

(3) BECK, ULRICK, *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Editorial Paidós, Barcelona, 2000, p. 34, toma como sinónimos desterritorialización y desespaciación.

(4) AUER, PETER, *La internacionalización del empleo, ¿un reto para una globalización justa?*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 125 (2006), núm. 1-2, p. 132. El autor asocia la reubicación de la producción, a la deslocalización de puestos de trabajo.

(5) LEE, EDDY, *Mundialización y normas del trabajo. Puntos de debate*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 116 (1997), núm. 2 (verano), p. 192.

cuándo existe desplazamiento, y si para que el mismo se concrete, es necesaria una órbita territorial, y una orientación o direccionamiento determinados.

La indiferencia respecto a la ubicación del espacio físico al que se trasladará la producción, es lo que caracteriza a la visión genérica que se ha dado de la deslocalización (6). Basta, pues, con que haya traslado de toda la empresa (o parte de su actividad) a otro lugar, siendo irrelevante la ubicación del nuevo destino. En cambio, una visión más estricta de la deslocalización, requiere que el desplazamiento traspase las fronteras del país en el que estaba operando la empresa; es decir, que la empresa abandone un país para instalarse en otro; o que traslade al extranjero una parte de su actividad (7). Incluso, algunos autores toman como característico la existencia de un régimen jurídico distinto en el nuevo destino, caracterizado por ser menos favorable que el anterior, desde el punto de vis-

(6) Puntualiza ERMIDA URIARTE, OSCAR, que una visión jurídica de la deslocalización se traduce en "*cualquier cierre total o parcial de la empresa seguido o acompañado de la ubicación de todo o parte de la misma en otro lugar*", siendo central que haya localización de la actividad productiva en otra parte; "Deslocalización, globalización y derecho del trabajo"; www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf . Podría ubicarse en la misma línea a CARINCI, MARÍA TERESA, quien afirma que: "*Con el término deslocalización se quiere aludir a la decisión de la empresa de desplazar a otro lugar —en todo o parte— la propia actividad productiva*", aunque aclara que, por lo general, ese desplazamiento supone traspasar las fronteras del país de origen; "Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro"; Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'antona, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudencia, año 2006; www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

(7) Este es el criterio más generalizado entre los autores. Se enrolan en esta línea, DEL BONO, ANDREA: *Deslocalización extraterritorial de empleos del sector servicios. Sentidos y transformaciones del trabajo*; www.ceil-piette.gov.ar/docpub/documentos/articulos/delbono06.pdf ; MUÑOZ GUARASA, MARTA, quien admite que una noción más restringida orienta el traslado "desde países industrializados a países en desarrollo"; *Deslocalización sectorial de la inversión directa extranjera en España*; Boletín Económico de ICE Nº 2744, del 21 al 27 de octubre de 2002; www.revistasice.com; DE LA CÁMARA ARILLA, CARMEN, y PUIG GÓMEZ, ALBERTO: *Deslocalizaciones: ¿mito o realidad?; el caso español frente a los países de Europa central y oriental*; http://pdf.biblioteca.hegoa.efaber.net/ebook/16492/DESLOCALIZACIONES.pdf; HUSSON, MICHEL: *Los retos de la deslocalización en Europa*, Jornada sobre Política Industrial y Deslocalización en el País Vasco, Bilbao, 26 de septiembre de 2007; www.iade.org.ar; MYRO SÁNCHEZ, RAFAEL, y FERNÁNDEZ - OTHEO, CARLOS MANUEL, *La deslocalización de empresas en España. La atracción de la Europa central y oriental*, www.revistasice.info; PIÑA, JOAQUÍN, *La deslocalización de funciones no esenciales en las empresas: Oportunidades para exportar servicios. El caso de Chile*, Naciones Unidas, CEPAL, Serie Comercio Internacional, Santiago de Chile, septiembre de 2005.

ta social (8). Relación directa con lo que acabo de señalar, tiene la caracterización de la deslocalización en función de su direccionamiento u orientación. Mientras que para algunos autores se trata de una cuestión irrelevante (9), y otros ni siquiera la consideran en la descripción de aquella estrategia empresarial (10), un tercer grupo piensa que es menester un direccionamiento fijo: norte - sur, o países desarrollados - países en vías de desarrollo (11).

Las instalaciones de la empresa (en su totalidad), o parte de su actividad, son los elementos que se identifican como objeto del desplazamiento. Todos los autores, coinciden en lo que acabo de señalar. Algunos, hemos utilizado el término deslocalización, en relación al lugar de prestación de servicios, o a algunos puestos de trabajo (12). Quiero advertir, que dicho enfoque no significa agregar un elemento completamente independiente a la lista de los que deben ser tomados en cuenta para identificar una estrategia deslocalizadora, en razón de que el mero desplazamiento (deslocalización) de actividad de un lugar a otro, supone desplazamiento (deslocalización) de puestos de trabajo; al fin y al cabo, desplazando (deslocalizando) geográficamente actividad, se desplaza (deslocaliza)

---

(8) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*; www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf

(9) Esa es la postura, desde una visión sociológica, de DEL BONO, ANDREA, *Deslocalización extraterritorial de empleos del sector servicios. Sentidos y transformaciones del trabajo*; www.ceil-piette.gov.ar/docpub/documentos/articulos/delbono06.pdf.

(10) CARINCI, MARÍA TERESA, *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*; Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'antona, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudencia, 2006; www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione; ERMIDA URIARTE, OSCAR, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*; www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf, aunque el propio autor reconoce que en un 90 % de las casos la deslocalización tiene una orientación norte-sur.

(11) Toma esa orientación como elemento del sentido estricto de la deslocalización, MUÑOZ GUARASA, MARTA, quien admite que una noción más restringida orienta el traslado "desde países industrializados a países en desarrollo"; *Deslocalización sectorial de la inversión directa extranjera en España*; Boletín Económico de ICE Nº 2744, del 21 al 27 de octubre de 2002; www.revistasice.com

(12) RIVERO LAMAS, JUAN, al referirse al teletrabajo, afirma que el mismo conlleva una deslocalización del lugar de prestación de servicios, "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 37. CONFALONIERI (H.), JUAN A., *Descentralización productiva*, DT, 2005-B, 1695.

el lugar de prestación de servicios (13), y viceversa, desplazando (deslocalizando) geográficamente puestos de trabajo, se desplaza (deslocaliza) actividad.

No debe caerse en el error, de asociar desplazamiento (deslocalización) de actividad, y participación de un tercero en el proceso productivo (tercerización). Podría darse, que la empresa desplazara todas sus instalaciones de un lugar a otro, o que desplazara sólo algunos puestos de trabajo (por tanto, una parte de su actividad), y que los mismos sigan siendo ocupados por los mismos trabajadores, sin alteración del tipo contractual que seguirá siendo laboral (asóciese, esta segunda hipótesis, por ejemplo, a la alteración del lugar de trabajo y de la metodología para prestar el servicio, por el uso de nuevas tecnologías que permitan el trabajo a distancia, en el caso, teletrabajo). En los ejemplos dados, el desplazamiento geográfico de toda la empresa, o de parte de su actividad, no viene acompañado de la incorporación de tercero alguno a su ciclo productivo; por tanto, se trata de una estrategia de deslocalización sin tercerización. Ahora bien, si una parte de la actividad de la empresa, se desplaza hacia otra empresa, para que esta complemente el ciclo productivo de la primera, se tendrá por delante una estrategia mixta de deslocalización y tercerización (descentralización).

Lo que llevo dicho, necesita de alguna precisión más para identificar las estrategias descentralizadoras y deslocalizadoras, y la posibilidad de convergencia de las mismas. Expliqué, en su momento, que la descentralización podía manifestarse de modo diverso: por el fraccionamiento o la transferencia de una parte de la actividad de la empresa hacia el exterior de la misma; por el desplazamiento geográfico de algunos puestos de trabajo; por el fraccionamiento del patrimonio de la empresa; y por la ocupación temporaria de trabajadores de otras empresas, habilitadas a cederlos, bajo ciertas condiciones. Expliqué, a su vez, que la deslocalización también se puede expresar de diferentes maneras: por desplazamiento o mudanza de todas las instalaciones de la empresa, de un lugar a otro; o por el desplazamiento de sólo una parte de la actividad de la empresa, de un sitio a otro. Resta, por tanto, analizar la posible superposición o convergencia de ambas estrategias empresariales.

(13) Por ese motivo, cuando se trata de deslocalizaciones trasnacionales de actividad, se dice que la misma acarrea una exportación de puestos de trabajo.

Comenzaré recordando una afirmación, y efectuando luego, a partir de la misma, algunas aclaraciones. Puntualicé, en su momento, que la deslocalización de puestos de trabajo, y la deslocalización de actividad empresaria representan una misma noción, ya que, desplazando o trasladando de un lugar a otro los puestos de los trabajadores, se está deslocalizando la actividad empresarial. Sin embargo, y aquí la primera aclaración, no se repite lo mismo respecto del término descentralización; vale decir, descentralización de puestos de trabajo, no equivale a descentralización de actividad. Podría haber descentralización del lugar de prestación de servicios, por la deslocalización de algunos puestos de trabajo (en ese sentido, deslocalización con descentralización), sin descentralización de la actividad empresarial (tomando como referencia ese elemento, deslocalización sin descentralización). La descentralización del lugar prestación de servicios (por deslocalización), no depende para su concreción de la intervención de un tercero en la cadena de producción. En cambio, para descentralizar la actividad de la empresa, es necesario que un tercero complemente su ciclo productivo (tercerización). La descentralización de la actividad de la empresa, lleva implícita la idea de deslocalización (deslocalización con descentralización). Segunda aclaración: si bien es cierto que la deslocalización de puestos de trabajo y de la actividad de la empresa representan lo mismo, debe tenerse presente, que no toda deslocalización de puestos de trabajo, supone una descentralización de los mismos. Hay que distinguir si la deslocalización de esos puestos es total o parcial. Si todos los puestos de trabajo (o toda la actividad de la empresa) se desplazan de un lugar a otro, no habrá descentralización alguna (deslocalización sin descentralización). La cosa cambia, si el desplazamiento es parcial, de modo que algunos puestos de trabajo continúen en el lugar de origen, y otros pasen a otro sitio. En este supuesto, la mera deslocalización de puestos de trabajo (o lo que es lo mismo, deslocalización de actividad), implicará, como adelanté, una descentralización del lugar de prestación de servicios (en ese sentido, deslocalización con descentralización), pues habrá más de un centro de trabajo para completar el proceso productivo. A su vez, podría (o no), configurase una descentralización de la actividad empresarial, dependiendo de la incorporación de un tercero al proceso productivo de la empresa. En resumidas cuentas, hay veces que la deslocalización se superpone con la descentralización, y otras que no; por lo tanto, habría que diferenciar las siguientes variantes: a) deslocalización sin descentralización (p. ej. el despla-

zamiento de toda la empresa de un lugar a otro); b) deslocalización con descentralización, sea porque se desplazan de un sitio a otro algunos puestos de trabajo (descentralización por deslocalización del lugar de prestación de servicios), o porque a dicho desplazamiento se le suma un tercero para hacerse cargo de la porción de actividad empresarial desplazada (deslocalización con descentralización de actividad). Viceversa, no toda descentralización, converge en una deslocalización. Está claro, que la descentralización de actividad, implica una deslocalización de la misma, y que la descentralización de puestos de trabajo, se configura por la deslocalización de los mismos; sin embargo, las dos restantes hipótesis de descentralización, no suponen deslocalización. No hay, pues, deslocalización, en los casos de descentralización por fragmentación del patrimonio de la empresa, ni tampoco cuando la misma se vale temporariamente de trabajadores cedidos por empresas habilitadas a ese fin, para la cobertura de necesidades transitorias.

Para redondear el concepto, diré que la deslocalización se nutre de un elemento esencial, y otros no esenciales. El desplazamiento (de toda la empresa, o parte de su ciclo productivo de un sitio a otro), se erige en el elemento esencial de la estrategia deslocalizadora. Por ese motivo, para que haya deslocalización, debe haber localización; cualquier proceso deslocalizador concluye en una localización. Sin embargo, la localización por sí misma no define un proceso de aquel tipo. Quiero decir, que no debe entenderse que hay desplazamiento (deslocalización), cuando la empresa se expande para ganar otros mercados, sin abandonar el de origen, instalando (localizando) en otros lugares, sucursales o filiales, para cumplir con la misma actividad desarrollada hasta entonces. Deslocalización por un lado, y expansión empresaria por el otro, son estrategias bien diferentes (14). La primera, para concretarse, requiere de un proceso complejo integrado no sólo por el abandono total o parcial del lugar en el que la empresa venía operando, sino, también, por la instalación (total o parcial) en un sitio diferente al anterior; como acabo de apuntar, no hay deslocalización, sin localización. El cierre de una empresa, para dejar de operar, nada tiene que ver con la estrategia bajo estudio. En cambio, el cierre de la empresa (o un establecimiento) en un lugar, seguido de la apertura en

(14) ERMIDA URIARTE, OSCAR, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*; www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf

otro, se integra en un proceso único de deslocalización. Tampoco existe deslocalización, cuando se instalan sucursales o filiales en otro sitio, destinadas a desarrollar la misma actividad cumplida en el establecimiento originario que permanece operando en las mismas condiciones. En este caso, al no haber alteración o abandono del lugar de origen, ni fraccionamiento del ciclo productivo, no hay desplazamiento (total o parcial) de actividad productiva; en consecuencia, no hay tampoco deslocalización.

Basta, en consecuencia, con que haya desplazamiento (total o parcial) de la actividad empresaria de un sitio a otro, para que se configure una estrategia de deslocalización. Es irrelevante el lugar de la localización; no importa, a los efectos de tener por configurada una estrategia deslocalizadora, si la localización se concreta dentro del mismo país, o fuera del mismo. Tampoco es determinante, que haya un direccionamiento geográfico preestablecido (norte - sur, o países desarrollados - países en vías de desarrollo). Estos datos, podrán dar lugar a más de un tipo del mismo fenómeno, pero no son elementos que por sí lo definan. De todos modos, ello no significa desconocer que la preocupación de los estudiosos en el ámbito de nuestra disciplina, en los últimos tiempos, ha venido provocada por las deslocalizaciones orientadas hacia países con regulaciones laborales que insumen menores costos de producción (no siempre de países desarrollados a países en vías de desarrollo, aunque generalmente si), es decir, por las exportaciones de puestos de trabajo direccionadas en ese sentido (15). La atracción para las empresas localizadas en países desarrollados, de producir con costos laborales sensiblemente menores en otros países, es una amenaza latente para los gobiernos y los sindicatos (16) de los países desarrollados, con pretensiones de, al menos, mantener las condiciones laborales actuales. La deslocalización, puede convertirse en una seria amenaza para el trabajo en condiciones dignas, por el peligro que significa una escalada de regresiones inducidas por aquellos

(15) Puede verse un detalle de las técnicas destinadas a frenar la exportación de puestos de trabajo hacia países con niveles de protección laboral muy inferiores si se los compara con los del país de origen, en ERMIDA URIARTE, OSCAR, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf

(16) Al respecto, ver el informe de UGT, del 8 de febrero de 2004, *El fenómeno de la deslocalización industrial en España: pautas de actuación*, www.ugt.es/comunicados/2004/febrero/deslocalizacion.pdf

países que están dispuestos a una constante baja con tal de captar localizaciones empresarias (17). De ahí que la bibliografía especializada, le venga prestando especial atención a este tipo de deslocalizaciones (totales o parciales, internas o externas, pero de países desarrollados a países en vías de desarrollo) (18). Es que, al fin de cuentas, con la globalización de los mercados, la competencia de hoy no sólo es una competencia entre empresas, sino una competencia entre países (incluso entre bloques). La llamada deslocalización "in situ", se presenta como una variante más, caracterizada por los siguientes datos: a) traslado o desplazamiento de una empresa, con sus propios trabajadores (incluso podría ser con los bienes de capital necesarios para cumplir el cometido), a otro país, a fin de cumplir un compromiso asumido con otra empresa allí localizada; b) costos de producción (entre ellos los laborales) más baratos en el país del que procede la empresa que se desplaza; c) aplicación a los trabajadores desplazados, del régimen jurídico existente en su país (no el régimen jurídico del país en el que prestarán sus servicios) (19). También, en esta variante, hay convergencia de deslocalización y descentralización. Las llamadas deslocalizaciones

(17) Al respecto, es muy elocuente AUER, PETER, quien afirma, "...la mera posibilidad de que las empresas se instalen en el extranjero y trasladen la inversión a otras partes del mundo actúa como una amenaza: el riesgo de que las condiciones de trabajo se deterioren es un riesgo real, tan real como el temor a que se pierdan empleos", *La internacionalización del empleo, ¿un reto para una globalización justa?*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 125 (2006), núm. 1-2, p. 137. No puede dejar de recordarse que, en el Preámbulo de la Constitución de la OIT, ya se consideraba que la omisión de parte de un país en la adopción de un régimen de trabajo humano, "constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores de sus propios países".

(18) La deslocalización será: a) dependiendo del volumen de actividad comprometida en el desplazamiento, total o parcial; b) según que se concrete fronteras adentro, o fronteras afuera del país en el que viene operando la empresa, nacional o trasnacional; c) según que el traslado de actividad se haga entre empresas no vinculadas más allá de una contrata, o a favor de una empresa integrante del grupo (filial), externa o interna. Para mayor detalle acerca de los tipos de deslocalización, véase ERMIDA URIARTE, OSCAR, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*; www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf.

(19) Cfme. HUSSON, MICHEL, quien da cuenta de esa estrategia llevada a cabo en Francia en el sector de la construcción, *Los retos de la deslocalización en Europa*, en la Jornada sobre Política Industrial y Deslocalización en el País Vasco, Bilbao, 26 de septiembre de 2007, www.iade.org.ar. ERMIDA URIARTE, OSCAR, se refiere a la deslocalización "al revés", llevada a cabo en Francia, Alemania y España, por empresas constructoras procedentes de Portugal, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*, www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf.

"in situ" (Husson) (20), o "al revés" (Ermida Uriarte) (21), llegaron a encontrar respaldo en Europa, a través de la Propuesta de directiva relativa a los servicios en el mercado interior, de 13 de enero de 2004, conocida también como "directiva servicios", o "directiva Bolkestein" (apellido de un ex integrante de la comisión responsable de la redacción). En lo que aquí interesa, dicha Propuesta adoptaba la regla del "país de origen", en virtud de la cual una empresa localizada en un estado miembro, podía desplazarse a otro estado miembro, para cumplir su actividad, con sus propios trabajadores, a los que se les aplicaría la legislación laboral de origen (no la del estado miembro donde aquellos prestarían el servicio). Entre otros, en ese punto, la Propuesta de directiva ha sido criticada duramente por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), críticas que han sido tomadas por el Parlamento Europeo a la hora de introducirle algunas enmiendas, el 16 de febrero de 2006, en virtud de las cuales se asegura a los trabajadores el respeto a las condiciones laborales previstas en la legislación del estado miembro donde se vaya a prestar el servicio. Finalmente, tomando en cuenta esas enmiendas, el Consejo adoptó la directiva el 12 de diciembre de 2006. La directiva es la 2006/123, y los estados miembros tienen plazo hasta el 28 de diciembre de 2009 para su transposición (22).

(20) *Op. cit.* en la nota anterior.

(21) *Op. cit.* en la nota 18.

(22) La directiva 2006/123, está publicada en el Diario Oficial, L 376 de 27/12/2006. Se recomienda, especialmente, la lectura del considerando 14, del art. 1.6, y del art. 2.2.e.

Capítulo V

Descentralización de actividades empresariales por contratación y subcontratación

La contratación y la subcontratación (contrata y subcontrata en el derecho español, o *appalti e sub appalti* en el derecho italiano), son instrumentos de los que se vale una empresa para descentralizar una parte de su actividad productiva (1). En ellos, confluyen contratos civiles, comerciales, o administrativos, algunos nominados, y otros no.

La LCT, se ocupa de regular aquellos instrumentos, primordialmente, en su art. 30; aunque puede haber contrataciones y subcontrataciones que no resulten alcanzadas por dicha norma legal. Contrataciones y subcontrataciones que, por el hecho de ubicarse extra muros de aquella disposición, no dejarán de ser hábiles para descentralizar la actividad de la empresa. La descentralización por contratación o subcontratación, no depende, para su concreción, de la aplicación del art. 30 de la LCT. Por tanto, puede haber descentralización por contratación y subcontratación, dentro o fuera del ámbito diseñado por esa norma.

Para que la contratación o subcontratación quede situada dentro del perímetro del art. 30 de la LCT, deben cumplirse, básicamente, tres requisitos. El primero de ellos, apunta al sujeto que se

(1) Al respecto, sugiero la lectura de Goerlich Peset, José María, "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 77; Llano Sánchez, Mónica, *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Colección Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 1999, p. 25.

hace cargo de la actividad empresarial transferida. Si bien es cierto que la norma legal no impide de manera expresa que el contratista o el subcontratista sea un trabajador autónomo, se infiere, en función de las obligaciones de control que el legislador le impone a la empresa o empresario principal (2), que el contratista o el subcontratista deben contar con trabajadores dependientes, con lo cual, la transferencia de actividades de una empresa hacia quien no reúna la condición de empresario en los términos del art. 5º de la LCT, no es una contratación sobre la que se proyecte el art. 30 de la LCT. Habrá descentralización o externalización por tercerización de algún tramo de la actividad empresarial, pero no a través de la vía prevista en dicha disposición legal. El segundo requisito, se refiere al objeto de la contratación o subcontratación, delimitado por la fórmula *"trabajos o servicios"*. Esa fórmula, condiciona el contexto de la frase que la precede *"cualquiera sea el acto que le de origen"*. Por ende, no cualquier acto —o más bien contrato— resultará abarcado por el art. 30 de la LCT; solamente se localizan dentro de la hipótesis allí contemplada, *"cualquiera"* de los contratos (nominados o innominados), a través de los cuales se contraten *"trabajos o servicios"* correspondientes a la actividad de la empresa principal, sean los mismos necesarios para el logro de un resultado (obra material o inmaterial), o no (3). En consecuencia, los contratos destinados a fines distintos, más concretamente los que tienen como propósito el cumplimiento de una obligación de dar, o de entrega de una cosa,

(2) a) Obligación de exigir a contratistas o subcontratistas "el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social"; b) obligación de exigir el numero del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios en la actividad contratada o subcontratada; c) obligación de exigir la constancia de pago de las remuneraciones de aquellos; d) obligación de exigir copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de seguridad social; e) exigencia de una cobertura por riesgos de trabajo.

(3) Aunque la norma no sea del todo explícita, esa es la interpretación que corresponde. El hecho que no se haya referido expresamente a la contratación o subcontratación de obras, no autoriza a excluir las mismas del objeto de aquellas. Sería el caso de la contratación del zanjeo para el tendido de cables, por una empresa de telefonía. La terminología es más clara en el art. 42 del ET, que alude a obras o servicios, vocablo este último introducido por la Ley de Relaciones Laborales, en reemplazo del término trabajos que figuraba en el art. 4º del decreto 3667/70. En contra de la inclusión del contrato de locación de obra en la fórmula del art. 30 de la LCT, FOGLIA, RICARDO, en su comentario al art. 30 de la LCT, en *Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada*, t. II, p. 339 (Dir. RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE), Editorial La Ley, 2007.

parecen ser ajenos al instituto allí regulado (4). El tercer requisito, hace al tipo de trabajos o servicios contratados o subcontratados, o más bien a la esfera en la que los mismos habrán de cumplirse. No siempre que se contraten trabajos o servicios, será de aplicación el art. 30 de la LCT; para que ello ocurra, los trabajos o servicios deberán estar referidos *"a la actividad normal y específica propia del establecimiento"*. Los que no correspondan a esa topología, entran en la hipótesis genérica de contratación o subcontratación, por lo tanto, deben considerarse manifestaciones de descentralización o externalización de actividades empresariales, aunque no alcanzadas por el régimen de tutela que la ley dispensa a los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista (me refiero a la responsabilidad solidaria del principal o contratista, por incumplimiento de normas laborales y de la seguridad social del contratista o subcontratista) (5).

Caracterizada la contratación y la subcontratación (en general), como una vía jurídica a través de la cual una empresa puede desplazar hacia terceros parte de su actividad, es decir, como un instrumento de concreción de descentralización de la producción de bienes o servicios, me habré de referir a la limitación o cancelación de ese instrumento, por medio de normas legales o convencionales. Al respecto, la primera pauta que habrá de tenerse en cuenta, es que el empresario tiene una esfera de libertad amplia para organizar la forma en que habrá de operar la empresa en el mercado; eso significa que podrá elegir entre un modelo centralizado (desarrollando de manera exclusiva su actividad), o un modelo que incorpore la colaboración de terceros para el cumplimiento de la misma. Por ahora, solamente expresaré que esa opción debe ser entendida como una fiel expresión de la mayoría de los derechos fundamentales propios

(4) Por ejemplo, la compraventa mercantil, o el suministro. En el mismo sentido, FOGLIA, RICARDO, en su comentario al art. 30 de la LCT, en *Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada*, t. II, p. 339 (Dir. RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE), Editorial La Ley, 2007.

(5) El art. 30 de la LCT establece un régimen de responsabilidad solidaria en material laboral y de seguridad social de alcance general, respecto de los trabajadores ocupados por el contratista o subcontratista. Vale, como comparación, el modelo español, en el que la solidaridad del principal si bien en materia de seguridad social es amplia, en materia laboral, se limita a obligaciones de naturaleza salarial del contratista y subcontratista y, en todos los casos, se trata de deudas surgidas durante la vigencia de la contratación, exigibles dentro del año siguiente a la terminación del encargo.

de la libertad económica (6), esto es, del derecho de trabajar, del derecho de comerciar, y del derecho de ejercer toda industria lícita (art. 14 CN), en los que está implícita la libertad de contratar, con sus diversas derivaciones, vale decir, la libertad de celebrar (o no) contratos; la libertad de elegir con quien contratar, y la libertad de darle contenido al contrato, dentro de los límites impuestos por el orden legal que, lógicamente, deberán sujetarse, en la fijación de esos límites, a lo dispuesto por el art. 28 de la CN. En segundo lugar, y como lógica derivación de la primera pauta, también deberá tenerse presente que la contratación y la subcontratación, se caracterizan por ser, *prima facie*, lícitas; quiero con esto significar, que no debe pensarse, *ab initio*, que sean herramientas fraudulentas concebidas para desbaratar derechos de los trabajadores (7). Sin embargo, no siempre se podrá recurrir a la contratación o subcontratación para descentralizar algún tramo de la actividad empresaria. Ello así por dos razones: porque hay actividades que la propia ley no permite que sean realizadas por terceros (actividades no descentralizables o externalizables); o porque tratándose, en principio, de actividades descentralizables o externalizables por carencia de prohibición legal, podrían existir normas de carácter convencional

(6) Respecto de los componentes constitucionales de la libertad económica, véase BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I-B, ps. 196/201; BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, ps. 632/639.

(7) No comparto el criterio de la CSN vertido en el considerando 2 del fallo dictado en los autos "Rodríguez Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" (DT, 1993-A, 753), donde se señala que el art. 30 persigue evitar la interposición de hombres de paja entre un trabajador y su verdadero empleador. A ese fin, va dirigido el art. 29 de la LCT en su primera y segunda parte. El art. 30 de la LCT, consagra una vía jurídica lícita de concreción de la descentralización de actividades empresariales, estableciendo un régimen de tutela concreto cuando los empleadores de las empresas contratistas incumplen las obligaciones que tienen respecto de los trabajadores que ocupen para hacer frente a la contratación. Coincidiendo con lo que se acaba de señalar, y en contra de la concepción del art. 30 de la LCT como norma antifraude, RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "Los alcances del art. 30 de la LCT", en AAVV, *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Revista de Derecho Laboral, año 2001, Nº 1, p. 160. En la misma línea, aunque desde una óptica más general, orientada a la descentralización de la producción, DE LUCA-TAMAJO, RAFFAELE, y PERULLI, ADALBERTO, en el *Informe General* (p. 7), presentado en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, llevado a cabo en París en septiembre de 2006, al señalar: "*...parece que es hora de que estos fenómenos de organización no se prejuzguen desfavorablemente. Se debe establecer una distinción clara entre los procesos de especialización flexible del aparato productivo... y los fenómenos de descentralización simulada o fraudulenta que quisieran prescindir de las garantías laborales inscritas en el sistema jurídico*".

que inhiban el recurso a la contratación o a la subcontratación. La prohibición o limitación legal, para no confrontar con los derechos fundamentales de trabajar, de comerciar, y de ejercicio de industria lícita (como ya señalé, derechos propios de la libertad económica en los que está implícita la libertad de contratar; art. 14 CN), deberá razonable (art. 28 CN); en última instancia, los jueces estarán encargados de realizar en cada caso concreto el escrutinio de razonabilidad. Un ejemplo de prohibición legal, puede encontrarse en el propio art. 30 de la LCT, que impide a la empresa principal delegar la obligación de controlar que el contratista cumpla las obligaciones que tiene respecto de los trabajadores ocupados en los trabajos o servicios contratados (8). Más allá de la sanción que pudiera contemplar la ley por violación de la prohibición de contratación o subcontratación (en el ejemplo que se acaba de dar, no se prevé ninguna), resulta lógico pensar que las actividades involucradas en la prohibición deben ser consideradas normales y especificas propias del establecimiento, a los efectos previstos en el art. 30 de la LCT, con lo cual, la empresa principal deberá responder solidariamente por el incumplimiento de obligaciones laborales o de la seguridad social a cargo del contratista, cuando haya desoído la directiva legal. Claro que la responsabilidad solidaria no tendrá cabida, si el contratista o subcontratista no reviste la calidad de empresario en los términos del art. 5º de la LCT.

Las prohibiciones o limitaciones de carácter convencional, por hipótesis, pueden canalizarse a través de convenios colectivos de trabajo (cualquiera sea su ámbito funcional o territorial) (9), o de

(8) Otros ejemplos pueden encontrarse en la ley de sociedades comerciales (Nº 19.550). En las sociedades de responsabilidad limitada, no podría delegarse en terceros su administración y representación (art. 157), puesto que la misma debe estar a cargo de uno o más gerentes (socios o no). Lo propio acontece con las sociedades anónimas, respecto de las que se exige que la administración esté a cargo de un directorio compuesto de uno o más directores designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia (art. 255).

(9) En nuestro medio pueden encontrase convenios colectivos que han vedado el recurso a la contratación. A título de ejemplo cabe citar el CCT 302/98, cuyo art. 54 se redactó así: "*A partir de la fecha de la firma del presente Convenio, la Industria Petrolera Privada no procederá a contratar con terceros trabajos o tareas permanentes asociadas a los procedimientos técnicos de la Industria Petrolera Privada, en las áreas administrativas de producción, elaboración y mantenimiento técnico cotidiano, que normalmente son realizados por las empresas en su ámbito, directamente con personal propio y para cuya ejecución tengan disponibles el equipo requerido y los trabajadores capacitados*".

acuerdos celebrados entre el empresario principal y el contratista, o entre este último y el subcontratista.

De cara a la primera hipótesis aludida en el párrafo precedente, vale decir, prohibición de contratación establecida en un convenio colectivo, habré de efectuar un doble análisis: el primero de ellos, referido a los trabajadores de la empresa contratista, por ser los destinatarios de la tutela legal (la norma no se ocupa de establecer pautas de protección hacia otros trabajadores que no sean los de la empresa contratista o subcontratista); el segundo, asociado al comitente o empresario principal (10).

Desde la óptica de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas, no cabe duda alguna que el art. 30 de la LCT podría ser mejorado por convenio colectivo de trabajo (art. 8º LCT, y 7º de la ley 14.250); por ejemplo, estableciéndose un régimen de responsabilidad solidaria más amplio, que involucre no solamente la actividad normal y específica propia del establecimiento, sino cualquier actividad desplazada hacia terceros contratistas o subcontratistas. Tampoco da lugar a cavilación alguna, que el esquema de tutela fijado por aquella norma legal no podría ser reducido o disminuido por convenio colectivo de trabajo (art. 8º de la LCT, y 7º de la ley 14.250); por ejemplo, sería inviable eliminar el sistema de responsabilidad solidaria, o reemplazarlo por uno de responsabilidad subsidiaria. Las dudas afloran, cuando se piensa en la lisa y llana prohibición de la contratación o subcontratación. Por un lado, podría afirmarse que esa prohibición significa un empeoramiento respecto de los trabajadores de las empresas contratistas, ya que si en todos los convenios colectivos de trabajo se adoptara una postura uniforme en ese sentido, resultaría seriamente amenazada la fuente de ingreso de los mismos. Pero, también es cierto que del lado de los trabajadores de las empresas comitentes o principales, la norma legal habría sido sensiblemente mejorada, pues, de esa manera, tendrán asegurado que su situación no quedará expuesta a las derivaciones de una reestructuración de la empresa, por haberse tomado la decisión de su descentralización vía contratación o subcontratación (entre ellas, el despido). Desde las perspectiva de los trabajadores de las empresas comitentes o principales, no

(10) No he visto tratado el tema en la doctrina nacional, ni conozco que la jurisprudencia se haya pronunciado al respecto. Tampoco se ocupan del tema los autores que consultado de la doctrina española.

habría, pues, objeción alguna que formular, en tanto se cumplen los mandatos plasmados en el art. 8º de la LCT, y en el art. 7º de la ley 14.250. Sin embargo, la respuesta que vaya a darse al planteo efectuado, no puede prescindir de la situación en que queda colocado el empresario principal frente a la prohibición de contratación establecida en el convenio colectivo de trabajo, más cuando se trata de un convenio de actividad. ¿Supone, esa prohibición, el cercenamiento de los derechos fundamentales propios de la libertad económica ya individualizados en otro pasaje de este trabajo (derecho de trabajar, derecho de comerciar, y derecho de ejercer todo industria lícita)? No descarto que se pueda dar una respuesta negativa a dicha pregunta, argumentándose que, en última instancia, se trata de una prohibición acordada colectivamente, y que, en definitiva, es la propia autonomía colectiva (art. 14 bis CN) la que la está convalidando (11). La verdad, es que me veo sumamente tentado de adherirme a esa conclusión. Por ese motivo, me siento obligado a dejar en claro que no tengo total convicción de lo que voy a expresar en la líneas que siguen. En mi opinión, el punto de partida para llegar a la respuesta final viene dado por el derecho a contratar que tiene el empresario principal (y a subcontratar el contratista), por imperio del art. 30 de la LCT, derecho éste que representa una faceta puntual de la facultad de organización a que alude el art. 64 de ese texto legal. No es mi propósito, que se interprete que el régimen de tutela establecido en dicha norma a favor de los trabajadores de las empresas contratistas pasa a un segundo plano; simplemente estoy queriendo significar que la fórmula legal, "Quienes... contraten o subcontraten...", no hace sino reconocer que el empresario tiene un derecho a contratar con terceros (y, lógicamente, de abstenerse a ello) para producir bienes o servicios. Derecho al que se le acoplan ciertas y determinadas obligaciones que, incumplidas, lo hacen solidariamente responsable, junto al contratista, respecto del personal de este último ocupado en los trabajos o servicios contratados. Ese derecho del empresario principal, representa un margen muy considerable para organizar "económica y técnicamente la empresa" (art. 64 LCT), a fin de presentarse al mercado en las mejores condiciones de competitividad. Lo faculta, de cara a ese objetivo, a operar centralizadamente (lo que equivale a decir sin recurrir a contratistas), o descentralizadamente, incorporando a su proceso productivo, otras empresas (contratistas), para que lo

(11) Este ha sido el criterio prácticamente unánime en el grupo de la Academia Nacional de Derecho integrado por los autores que colaboran en esta obra.

completen, lo complementen, o lo integren. Y, en principio, no me parece que cualquiera de dichas opciones pueda ser condicionada por cualquier derivado de la autonomía colectiva. Ello así, porque la prohibición de contratación en los términos del art. 30 de la LCT, pactada en un convenio colectivo, representa una injerencia muy delicada en la facultad del empresario de organizar libremente la empresa, debido a que le clausura por completo la posibilidad de celebrar cualquier contrato destinado a descentralizarla. De ese modo, el empresario se vería impedido de concertar contratos de locación de servicios, de locación de obras, y cuanto sea apto para incorporar a un tercero a su ciclo productivo. A mi modo de ver, no es suficiente que la prohibición esté plasmada en un instrumento de fuente convencional para convalidarla, pues, recurriendo a ese argumento, se daría luz verde para que cualquier derecho fundamental resultara afectado por un convenio colectivo. No hay que olvidarse, que si bien es cierto que los convenios colectivos de trabajo son fuentes de derecho (art. 1.c de la LCT), están subordinados a la Constitución Nacional. Subordinación, o sometimiento, que no parece que se respete, al prohibirse el ejercicio del derecho de contratación (art. 30 de la LCT) y, con ello, restringirse seriamente la facultad de organización que le asiste al empresario (art. 64 de la LCT). Más bien, diría que todo ello afecta los derechos fundamentales de trabajar, de comerciar, y de ejercicio de industria lícita (art. 14 CN). Para ir develando la respuesta que en definitiva habré de dar al interrogante planteado, entiendo que debe trazarse un distingo entre las prohibiciones totales o absolutas (cualquier tramo de la actividad productiva), de las prohibiciones parciales (algunos segmentos del ciclo de producción). Al primer supuesto, le aplicaría la misma solución que la CSN le ha dado a las discriminaciones emergentes de fuente normativa; vale decir, presumiría, que las prohibiciones absolutas de contratación son inconstitucionales, salvo que quien resulte interesado en el mantenimiento de las mismas (por ejemplo, podría ser cualquier trabajador afectado de la empresa principal) demuestre, con sujeción a un estricto escrutinio de razonabilidad, que la medida cumple esa pauta. De ese modo, el empresario principal quedaría liberado de producir prueba para que se declare inconstitucional a la norma que establece la prohibición (12). Frente al segundo supuesto, si bien dejaría a un

(12) La presunción de inconstitucionalidad en materia de discriminación emergente de normas, fue sostenida en el voto de los ministros de la CSJN, Petracchi y Baqué, en los autos "Repetto Inés M. c. Provincia de Buenos Aires", LA LEY, 1989-B, 351. Tam-

lado la presunción de inconstitucionalidad, en caso que el empresario principal quisiera pasar por alto la prohibición, lo haría cargar con la prueba de irrazonabilidad de la misma.

Decía al comenzar a tratar las prohibiciones o limitaciones a la contratación y subcontratación de fuente convencional, que las mismas también podían fijarse en acuerdos celebrados entre el empresario principal y el contratista, o entre el contratista y el subcontratista (13). Normalmente, dichos pactos persiguen mantener un cierto control de los tramos productivos transferidos a terceros. En el primer caso, el empresario principal pretende asegurarse que la actividad delegada será llevada a cabo, de manera exclusiva, por el contratista, sin que este a su vez la delegue en un subcontratista. En el segundo caso, el contratista tiene como objetivo que al subcontratista no se le sume una cadena indefinida de subcontrataciones. Como podrá observarse, estas prohibiciones son bien diferentes a las que podría establecer un convenio colectivo de trabajo. Los acuerdos entre empresario principal y el contratista, o entre este último y el subcontratista, en virtud de los cuales el comitente se asegura exclusividad acordando con su contraparte una prohibición de delegación de actividad, no tienen incidencia sobre los derechos fundamentales propios de la libertad económica, en razón de que no afectan la facultad del empresario de organizar la empresa del modo que mejor le parezca; al contrario, hacen a la libertad de contratar. Dichos acuerdos, sólo imponen una garantía de exclusividad; no una forma concreta de organización de la empresa. Existirá, en cada caso, la libertad de acordar o no. En cambio, la prohibición de contratación absoluta fijada en un convenio colectivo de trabajo, obliga a que se adopte una organización empresarial concreta (centralizada), impidiéndose, de ese modo, la libertad que le asiste a todo empresario de establecer el modelo de empresa que le resul-

bién, por todos los integrantes del Máximo Tribunal, en los autos "Hooft, Pedro C.F. c. Provincia de Buenos Aires", LA LEY, Suplemento Constitucional, julio de 2005, p. 71. Al analizar los contornos del art. 30 de la LCT, en el caso "Rodríguez Juan R. c. Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro" (DT, 1993-A, 753), la CSN aludió a la presunción de inconstitucionalidad de toda norma que obligue al pago de una deuda ajena (consid. 8º), aunque nada ha dicho concretamente en ese sentido respecto de la norma cuya interpretación estaba en juego.

(13) Hace referencia a esas prohibiciones, LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA, *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Colección Relaciones Laborales, La Ley, Madrid, 1999, p. 60.

te más conveniente a sus propios intereses. En la hipótesis que los acuerdos de exclusividad entre comitente y contratista, o entre este último y subcontratista no sean respetados, los trabajadores involucrados en la contratación o subcontratación prohibida, no verán afectados su derecho de accionar contra la empresa principal o la contratista (según el caso), si se cumplieran los presupuestos del art. 30 de la LCT. Esos acuerdos, no son oponibles a dichos trabajadores, dado su efecto relativo (art. 1195 del Código Civil).

Una última cuestión relacionada con el art. 30 de la LCT; puntualmente con la frase *"actividad normal y específica propia del establecimiento"*, que limita el juego de la responsabilidad solidaria del empresario principal. No pretendo volver sobre aspectos que ya han sido abordados por la doctrina que ha estudiado (y en algunos casos criticado) la evolución de la jurisprudencia de la CSJN a partir del caso "Rodríguez" (14). En todo caso, eso desbordaría los límites de esta colaboración dedicada a identificar las estrategias de descentralización y deslocalización de la producción de bienes y servicios, e invadiría la temática asignada al Prof. Rodríguez Mancini.

Soy plenamente conciente que no aportaría nada nuevo si dijera que la noción de *"actividad normal y específica propia del establecimiento"*, es ambigua, equívoca y escurridiza (15); prueba de

(14) DT, 1993-A, 753. Después de "Rodríguez", la CSJN se ocupó de la noción de actividad normal y específica propia del establecimiento en "Luna" (DT, 1993-B, 1407), en "Gauna" (DT, 1995-B, 2061), en "Sandoval" (TySS, 1995-785), en "Vuoto" (LA LEY, 1997-C, 655), en "Encinas" (Fallos: 321-2294), en Benítez (TySS, 1999-660), en "Escudero" (DT, 2001-A, 98), en "Ducet" (DT, 2001-B, 1919), "Dubo Pedernera" (Fallos: 324-1595), y en "Barreto" (DT, 2002-A, 67). Más recientemente, en los autos "Ajis de Caamaño, María Rosa y otros c. Lubeko SRL y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. (sentencia del 26/02/08, La Ley Online), si bien por mayoría de sus integrantes declaró inadmisible el recurso extraordinario interpuesto por la parte demandada, en el voto en disidencia emitido por los Dres. Fayt y Lorenzetti, se volvió sobre el alcance la expresión "actividad normal y especifica propia del establecimiento", sin alterar la línea asumida por el Tribunal en los fallos antes mencionados.

(15) Intencionalmente, he utilizado dos de los calificativos a los que recurren PÉREZ DE LOS COBOS, FRANCISCO, y CRUZ VILLALÓN, JESÚS, para referirse a la noción de propia actividad del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores de España. Ver del primer autor, "El concepto de propia actividad empresarial", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 162; del segundo autor, *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*, R.L. 1992-Nº 2 - p. 21.

ello, es que, al día de la fecha, y pese a la línea interpretativa que la CSJN adoptó a partir del caso "Rodríguez", no se ha logrado el tan ansiado *quietus* al que se hace expresa referencia en el considerando 7º del fallo dictado en esos autos. En esta cuestión, hay dos premisas que resultan fundamentales: no todo lo que se contrata, deja (por ese hecho) de formar parte de la "actividad normal y específica propia del establecimiento"; tampoco todo lo que se contrata, forma parte de dicho tipo de actividad. Ambas premisas excluyen interpretaciones extremas, por medio de las cuales se llegaría a no aplicar nunca el art. 30 de la LCT, o a aplicarlo siempre. Ninguna de esas opciones parece constituir el fin de esa disposición legal. Sin embargo, la CSN se acerca mucho a la primera, por dos razones: a) porque circunscribe la aplicación del precepto a los casos en que el contratista desarrolle la *"misma actividad"* que la empresa principal (ver considerando 10 en Rodríguez) (16), b) porque para definir la misma actividad, sólo toma en cuenta la actividad real, descartando por completo el objeto social de la empresa principal (eso es lo que surge del considerando 11 del fallo de la CSN dictado en el caso Rodríguez). Particularmente, pienso que la delimitación de la actividad normal y específica propia del establecimiento, no se debe lograr sólo teniendo en cuenta la "actividad real" de la empresa. Para definir cuándo se está dentro de los contornos del art. 30 de la LCT, habría que valorar una serie de indicios, en cada caso concreto, sin establecer fórmulas de carácter general, y sin que ninguno de los indicios que nombraré sea determinante, por si solo, para sostener que se tiene por delante un supuesto que encaja en la fórmula legal. Esos indicios, a titulo meramente enunciativo son: 1) en orden a la naturaleza de la contratación, si es permanente o temporal; 2) tomando en cuenta el lugar donde se cumplen los trabajos o servicios, deberán diferenciarse los prestados dentro de la empresa delegante, o fuera de ella; 3) si los servicios o trabajos objeto de la contratación, fueron llevados a cabo anteriormente en forma direc-

(16) Sin que ello sea tomado como una crítica a la solución final adoptada por la CSJN en Rodríguez, ello se traduce, en relación a ese caso, que Pepsi Cola S.A. sólo hubiera respondido en los términos del art.30 de la LCT, si le hubiera encomendado a otra empresa la elaboración del concentrado que le vendía a Cía. Embotelladora Argentina S.A., dado que esa era la actividad de aquélla. Quiero decir que el criterio de la misma actividad, ha sido descartado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español a la hora de interpretar el sentido de la frase "propia actividad", inserta en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores (al respecto ver el comentario a las sentencias del 18 de enero de 1995, y del 24 de noviembre de 1998 en PÉREZ DE LOS COBOS, FRANCISCO, *op. cit.* en nota anterior).

ta por la empresa delegante; 4) el objeto social de la empresa principal; 5) la línea de tendencia en cuanto a la forma de operar de las empresas de la competencia; 6) la existencia de una contratación ligada a una escisión o filialización societarias.

Capítulo VI

Descentralización de actividades empresariales por escisión y filialización

La escisión, y la filialización, representan otras vías de descentralización de la empresa, por el fraccionamiento de su patrimonio.

La relación entre descentralización y escisión no es automática. Puede haber escisión sin descentralización, descentralización sin escisión, y escisión que implique descentralización. Los diferentes tipos de escisión permitirán aclarar lo que se acaba de señalar.

El apartado I del art. 88 de la ley 19.550, regula la escisión fusión —también denominada excorporación-incorporación (1)— en sus dos variantes: a) escisión-fusión-absorción; b) escisión-fusión-constitución. En la primera, *"una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes"* (2); en la segunda, el objetivo de la escisión-fusión es la *"creación de una nueva sociedad"* (3).

En el apartado II del art. 88 de la ley 19.550, se contempla la escisión propiamente dicha o escisión-constitución, procedimiento a

(1) Cfme. Solari Costa, O., *Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de Sociedades*, Editorial Ad Hoc, p. 538.

(2) La sociedad Alfa, destina (sin disolverse) parte de su patrimonio a la sociedad Beta, la que absorbe el patrimonio escindido de la primera.

(3) Las sociedades Alfa y Beta, destinan una parte de sus patrimonios para constituir la sociedad Gama.

través del que *"una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas"* (4).

Una tercera posibilidad es la llamada escisión-división (5) prevista en el apartado III del art. 88 de la ley 19.550, la cual se presenta cuando *"una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades"* (6).

La doctrina hace referencia a un tipo más de escisión, no regulada en nuestro ordenamiento legal, cual es la escisión impropia (también llamada filial), hipótesis en la que las acciones de la sociedad nueva no se entregan a los accionistas de la sociedad madre, sino a esta última (7).

La hipótesis de descentralización sin escisión, es aquella en las que una empresa, sin escindirse, fragmenta parte de su actividad trasladando la misma a otra empresa a través de la cual se vincula por medio de un contrato civil o comercial. En este caso, la vía de concreción es la contratación y la subcontratación (abarcada o no por el art. 30 LCT) (8). La hipótesis inversa, esto es la escisión sin descentralización, se da en la escisión-división, en razón de que la

(4) La sociedad Alfa, destina parte de su patrimonio para constituir la sociedad Beta, o la sociedad Beta y la sociedad Gama.

(5) OTAEGUI J., *Concentración Societaria*, p. 270, Editorial Abaco; SOLARI COSTA, O., *Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de Sociedades*, Editorial Ad Hoc, p. 541.

(6) La sociedad Alfa se disuelve, y con su patrimonio se constituyen las sociedades Beta y Gama.

(7) SOLARI COSTA, O., *Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de Sociedades*, Editorial Ad Hoc, p. 548. También, DEL REY GUANTER, SALVADOR, y LUQUE PARRA, MANUEL, *Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral*, R.L.1999, p. 533, nota 10, donde puntualiza: *"Así pues, en la segregación la sociedad segregante, que sigue existiendo, separa una o varias parte sustanciales de su patrimonio empresarial sin que sus accionistas se integran en la/s sociedad/es beneficiaria/s de las aportaciones resultantes de la segregación, puesto que es la misma sociedad segregante la que recibe las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias...."*

(8) Señala RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., *"La externalización de servicios podrá derivar de la escisión de la empresa, pero podrá ocurrir que simplemente una empresa utilice, sin previa escisión, mecanismos de outsourcing"*; "Escisión de empresas y externalización de servicios", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 363.

empresa de origen, al extinguirse, no transfiere ninguna parte de su proceso productivo a otra empresa, sino que destina todo su patrimonio para constituir nuevas empresas (9). Aquí, no hay actividades que sigue cumpliendo la empresa escindente, y actividades que pasan a la/s empresas/s escisionarias, sino lisa y llana extinción de la primera. El entrecruzamiento de la escisión y la descentralización se puede localizar en la escisión-constitución (apartado II del art. 88 de la ley 19.550) (10), y en la escisión-fusión, sea escisión-fusión-absorción (11), o escisión-fusión-constitución (12) (apartado I del art. 88 de la ley 19.550).

Las hipótesis donde la escisión comporta una descentralización, no suponen inexorablemente la presencia del instituto de la contratación y subcontratación, aunque debe admitirse la posibilidad de la secuencia escisión con descentralización, y posterior contratación entre las empresas vinculadas (13).

(9) Cfme. DEL REY GUANTER, SALVADOR, LUQUE PARRA, MANUEL, *op. cit.* en nota 7, p. 533.

(10) La empresa Alfa, sin extinguirse, destina parte de su patrimonio para constituir la empresa Beta, a la que transfiere parte de sus actividades.

(11) La empresa Alfa, sin extinguirse, destina parte de patrimonio para fusionarse con la empresa Beta, a la que le transfiere parte de sus actividades. De cara a la empresa escindente, debe considerarse que hubo una descentralización de la producción.

(12) La empresa Alfa, sin extinguirse, se fusiona con la empresa Beta, para constituir la empresa Gama, a la que se le transfiere parte de las actividades de la primera o de ambas.

(13) La doctrina admite la distinción entre escisión descentralizadora sin contratación, y con contratación posterior. Ver al respecto, DEL REY GUANTER, S., *op. cit.* en nota 7, p. 534.

Capítulo VII

Descentralización (tercerización) de la relación laboral

El supuesto que se aborda en este punto, no es el parcelamiento o fraccionamiento de la actividad empresaria a favor de otra empresa, sino la ocupación de trabajadores dependientes de otras empresas que los ceden. La empresa que recibe a los trabajadores cedidos, sigue cumpliendo su actividad sin segmentarla, aunque ocupando personal que depende de una tercera empresa.

Como adelantara (1), no existe coincidencia en los autores acerca de si la ocupación de trabajadores externos (dependientes de las empresas que los ceden), debe tomarse o no como una manifestación de externalización o descentralización (2).

Nuestro ordenamiento, contempla tres hipótesis de cesión de personal (3). Dos de ellas lícitas, aunque sujetas al cumplimiento de requisitos puntuales. La restante, en cierto modo bloqueada por el orden legal. Digo esto, no porque se trate de una cesión prohibida expresamente, sino porque no es posible la concreción de los fines interpositorios (fraudulentos) de la cesión tenidos en vista por las

(1) Ver citas en la nota 5 de p. 269.

(2) Toman a ese aspecto como una manifestación de los procesos de descentralización en sentido amplio, De Luca-Tamajo, R. y Perulli, A., autores del *Informe General* sobre el tema Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individual y colectiva) y Descentralización Productiva, en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, llevado a cabo en París en septiembre de 2006.

(3) Para tener una idea de las cesiones de personal reguladas en otros países (*staff leasing*, destino provisional, y destino provisional impropio), ver el Informe de los autores citados en la nota anterior (p. 11).

empresa cedente y cesionaria, en razón del tratamiento que se le ha dado.

La cesión bloqueada, también conocida como falsa contratación (4) o pseudo - contrata (5), regulada en los dos primeros párrafos del art. 29 de la LCT, supone la presencia de dos empresas; una que contrata al trabajador (llamada por calificada doctrina subempresa de mano de obra) (6), con el único propósito de cederlo a otra que utilizará sus servicios para la cobertura de necesidades de carácter permanente, vale decir, necesidades que no habilitarían la contratación de personal temporario. Dicha norma, no prohíbe la constitución de las empresas suministradoras de mano de obra permanente, ni tampoco impide la operatoria de dicha empresas, esto es, las contrataciones de trabajadores con vistas a cederlos a otras empresas. Lo que sí impide, es la posibilidad de la triangulación, o lo que es lo mismo, la concreción de la finalidad interpositoria, de tal forma que el trabajador aparezca integrando el plantel de la empresa que lo contrató, y no la plantilla de la empresa que utiliza sus servicios (7). Ello sin perjuicio de la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, respecto de "todas" las obligaciones laborales y de la seguridad social. Como puede apreciarse, se trata de un supuesto en el que no es posible concretar la externalización de personal (8).

Entre las otras cesiones, deberán distinguirse las que suponen un cambio de empleador, de aquellas en las que el empleador si-

---

(4) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, alude al falso contratista, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, t. I, p. 553, Editorial La Ley, 1989.

(5) RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, y SALA FRANCO, TOMÁS, "Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 110.

(6) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, por LÓPEZ, J.; CENTENO, N. y FERNÁNDEZ MADRID, J. C., t. I, p. 249, Editorial Contabilidad Moderna, 1977.

(7) Dice el primer párrafo del art. 29 de la LCT: "Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación".

(8) Respecto del art. 43 del E.T. que sólo permite la cesión temporal de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal autorizadas, PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, entiende que la cesión no temporal a través de empresas constituidas con ese fin, representa la patología de la externalización; "La cesión ilegal de trabajadores", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*; Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 223.

gue siendo el mismo. La primera, tratada en el art. 229 de la LCT, no debe considerarse una manifestación de externalización de la relación laboral, puesto que el cesionario, una vez perfeccionada la cesión, ocupará trabajadores propios y no de la empresa cedente o externos (9). La segunda, solamente se puede efectivizar a través de empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente (art. 29, párrafo tercero, y art. 29 bis de la LCT). En este caso, el trabajador contratado por dichas empresas, sigue integrando el plantel de las mismas, no obstante ser cedido a una empresa en la que prestará servicios temporalmente. En definitiva, las empresas que utilizan mano de obra de las empresas de servicios eventuales, descentralizan, externalizan, o tercerizan la relación laboral (10).

De todas formas, la ocupación de trabajadores dependientes de empresas de servicios eventuales habilitadas debidamente, no siempre constituye un recurso lícito, en razón de algunas prohibiciones puntuales previstas en el art. 6º, inciso b) del decreto 1694/06 que, en última instancia, impiden externalizar la relación laboral, para sustituir trabajadores cuyas relaciones estuvieren suspendidas por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo, o por una huelga (11). En el ámbito de la negociación colectiva se registran antecedentes prohibitivos de la ocupación de trabajadores mediante empresas

(9) Aunque sí será posible que la cesión haya sido la consecuencia de una contratación (art. 30 LCT), que haya delegado a favor de la empresa cesionaria una parte de su ciclo productivo.

(10) Así lo entienden SERRANO ARGUELLO, NOEMÍ, "Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, ps.154 y 159; y VALDÉS DAL-RE, FERNANDO, "La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 23.

(11) Genera desconcierto la falta de una regulación armónica de las prohibiciones del art. 6º inciso b) del decreto 1694/06, y de las prohibiciones previstas en los arts. 70 y 71 de la ley 24.013, destinadas a la contratación directa de trabajadores interinos. La fuerza mayor, que figura entre las prohibiciones del decreto 1694/06, está ausente en la ley 24.013, con lo cual, el impedimento de la ocupación de un trabajador interino a través de una empresa de servicios eventuales, le deja paso a la permisión si la contratación de aquel es directa. La situación inversa se da respecto del despido por falta o disminución de trabajo (mencionado expresamente en la ley 24.013, y ausente en el decreto 1694/06). Cabe acotar, también, que mientras el decreto 1694/06 se refiere a la huelga a secas, la ley 24.013 alude a medidas legítimas de acción sindical.

de servicios eventuales (12), otros en los que la prohibición se dirige a ciertos trabajadores (13), y otros que priorizan la incorporación directa (14). Cuando no se establece de manera concreta cuál es la sanción en caso de violación de la prohibición (sea ésta general o respecto de ciertos trabajadores), esta pasa a constituirse prácticamente en letra muerta, en razón de que, entre las soluciones que se pueden barajar, esto es, vínculo directo entre el trabajador de la empresa de servicios eventuales y la empresa usuaria (mecanismo utilizado en el art. 29 de la LCT para el suministro de mano de obra que no se canaliza mediante empresas de servicios eventuales), o responsabilidad solidaria de la empresa usuaria junto a la empresa de servicios eventuales (solución prevista en el régimen regulatorio de estas últimas), la más adecuada parece ser la segunda, en razón de que no sería lógico que un trabajador incorporado para un objetivo concreto y limitado en el tiempo sea considerado como integrante de la plantilla permanente de la empresa. En definitiva, si la solución es la segunda, la prohibición no tiene sentido alguno de cara al régimen normativo aplicable a la relación entre la empresa usuaria y el trabajador que provenga de una empresa de servicios eventuales.

(12) CCT 79/89; CCT 94/90; CCT 26/90 E; CCT 23/90 E; CCT 14/89 E.

(13) En la actividad del seguro, la prohibición apunta a los promotores (CCT 214/97 E; CCT 129/94 E; CCT 130/94 E; CCT 165/95 E; CCT 187/96 E; CCT 159/95 E.

(14) CCT 3/89 E; CCT 17/89 E.

Capítulo VIII

Descentralización por deslocalizacion del lugar de prestación de servicios. El teletrabajo

Cuando los trabajadores de la empresa, pudiendo prestar servicios dentro de sus instalaciones lo hacen fuera de ellas (1), vale decir, cuando se desplazan hacia el exterior de aquella sólo lugares o puestos de trabajo, sin que ello ocurra con ningún tramo de su actividad, no habría una descentralización por tercerización, porque no ha pasado ningún tercero (empresa, o persona física en régimen de autonomía) a hacerse cargo de parcela alguna de su ciclo productivo. Es la empresa la que sigue cumpliendo, con sus propios trabajadores, todos y cada uno de los pasos necesarios para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, sin intervención de terceros. En ese caso, habrá descentralización a raíz de la deslocalizacion del lugar de prestación de servicios, hipótesis que solamente trae aparejada un cambio en la condiciones de trabajo de quienes cumplían sus tareas dentro de la empresa; no supone, *per se*, el traspaso de una relación laboral a una relación autónoma. Si esto ocurriera, se trataría de una descentralización por deslocalización de una parte de la actividad de la empresa, y no de una descentralización por deslocalizacion de lugares de trabajo. Este último supuesto, se refleja en el trabajo a domicilio y el teletrabajo, cuando se cumplen en régimen de dependencia.

---

(1) Quedan fuera de la noción de descentralización por deslocalizacion, aquellos servicios que la única manera de llevarlos a cabo es fuera de las instalaciones de la empresa. Es el caso de los viajantes de comercio, o el de los inspectores de compañías de seguro.

El término teletrabajo, engloba un aspecto variado de la realidad, a punto tal, que no existe en la doctrina científica un criterio uniforme para definirlo. Hay quien sostiene que es suficiente la presencia de trabajo a distancia y el uso de medios informáticos y de telecomunicaciones (2); y también quienes entienden que debe existir una presencia mínima de ambos elementos (3).

En general, no hay definiciones del teletrabajo en los ordenamientos legales de los países de la Unión Europea (UE). El ordenamiento italiano, cuenta con la definición inserta en la reglamentación del art. 4.3 de la ley N° 191, del 16 de junio de 1998 (reglamento N° 70 del 8 marzo de 1999, aplicable al teletrabajo en la administración pública). Dice el art. 2.1.b) de la citada reglamentación: *A los fines del presente decreto se entiende... por teletrabajo, la prestación de trabajo del dependiente de una de las administraciones públicas... en cualquier lugar considerado idóneo, situado fuera de la sede de trabajo, donde la prestación sea técnicamente posible, con el prevalente soporte de tecnología de la información y de la comunicación, que permita la unión con la administración de que depende.* Por su parte, en el punto 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo, suscripto en Bruselas el 16 de julio de 2002 (el que para tener aplicación necesita ser receptado por la negociación colectiva de los países integrantes de la UE), se señala: *El teletrabajo es una forma de organización y/o ejecución del trabajo, que utiliza tecnología de la información, en el contexto de un contrato o relación de trabajo, donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado fuera de este local conforme a unos términos acordados.* A su vez, en Italia, el 9 de junio de 2004, se aprobó el Acuerdo Interconfederal de recibimiento del Acuerdo Marco Europeo, cuyo art. 1º da la siguiente definición: *El teletrabajo constituye una forma de organización y/o de ejecución del trabajo que se vale de la tecnología de la información en el ámbito de un contrato o de una relación de trabajo, donde la actividad laborativa, que podría*

(2) MELLA MÉNDEZ, L., *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*, Aranzadi Social, 1998, Nº 11, p. 40.

(3) Así, THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo*, Consejo Económico Social, ps. 25 a 32. También, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Teletrabajo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, ps.764 a 777.

ser ejecutada en los locales de la empresa, es regularmente ejecutada fuera de los locales de la misma.

Argentina, desde que fuera ratificado por medio de la ley 25.800 el Convenio sobre el trabajo a domicilio de la O.I.T. (N° 177), cuenta con una definición supralegal de dicha modalidad de trabajo a distancia, dentro de la cual queda subsumido el teletrabajo, dado que la misma, por un lado, no circunscribe el lugar de prestación de servicios al domicilio del trabajador y, por el otro, contempla la utilización del instrumental necesario para teletrabajar. En lo que por ahora interesa, dice el art. 1° del convenio citado: *A los fines del presente Convenio a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; ii) a cambio de una remuneración; iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello...*

Las cuatro definiciones transcriptas precedentemente, han tomado en cuenta distintos elementos que integran la noción de teletrabajo. Como primera medida, debe tenerse presente que no todo trabajo a distancia implica una descentralización por deslocalización del lugar de prestación de servicios. Es el caso de las tareas que sólo pueden cumplirse fuera del ámbito físico de la empresa (p. ej. las que realizan los viajantes de comercio, los inspectores de compañías de seguros, los visitadores médicos). Los ejemplos dados, valga la reiteración, no deben ser tratados como supuestos de descentralización empresarial. A diferencia de ello, hay tareas que pueden cumplirse dentro de la empresa, pero que, por razones organizativas, son desplazadas hacia su exterior. En este caso sí se tiene por delante una hipótesis de descentralización, con lo cual, el trabajo a distancia constituye un tipo dentro del que pueden o no haber manifestaciones descentralizadoras. El trabajo a domicilio y el teletrabajo, constituyen fieles expresiones de trabajo a distancia que suponen una descentralización del lugar de trabajo. He aquí, pues, la primera nota característica del teletrabajo, expresamente tenida en cuenta por el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo (Bruselas, 16/6/02), en estos términos: "*donde el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado*

fuera de este local...". Puede ocurrir, que la prestación de servicios sea cumplida en un lugar fijo (el propio domicilio del trabajador, el domicilio de un tercero, un telecentro), o en distintos sitios alternadamente (hoteles, aeropuertos, empresas clientes, automóviles, aviones, etc.). También podría darse, que la elección del lugar de prestación de servicios corra por cuenta del propio trabajador, o que resulte de un acuerdo entre este y su empleador; incluso, no debe descartarse la posibilidad de que el empleador sea el que determine dónde se deberá trabajar. En la hipótesis que el trabajador cumpla sus tareas en un telecentro (*call center*) de propiedad del empleador, no existe, en rigor de verdad, una descentralización (externalización) del lugar de trabajo. En este caso, el telecentro debe ser considerado un auténtico establecimiento (o centro de trabajo) de acuerdo a lo dispuesto por el art. 6 de la LCT, motivo por el cual, quien cumpla servicios en aquel no debería ser tenido por teletrabajador.

A la nota señalada en el párrafo anterior, se agrega, para la configuración de la noción de teletrabajo, la utilización de medios informáticos y de telecomunicaciones (computadoras, modems, telefonía celular, videotelefonía, fax, correo electrónico, internet, etc.). No es suficiente, pues, la externalización del lugar de trabajo, o el uso del instrumental aludido; ambas condiciones deben estar presentes conjuntamente; pero no ocasional o circunstancialmente, sino de manera constante o habitual. La prestación de servicios se deberá cumplir preferentemente fuera de la empresa, utilizándose, habitualmente, herramientas informáticas y de telecomunicaciones. La habitualidad en el uso de dichas herramientas, se pone de relieve en la definición del reglamento italiano N° 70, del 8 marzo de 1999, *(...con el **prevalente** soporte de tecnología de la información y de la comunicación, que permita la unión con la administración de que depende).* A su vez, el hecho que la actividad del trabajador sea cumplida, básicamente, fuera del ámbito físico de la empresa, aparece en el Acuerdo Interconfederal Italiano de recibimiento del Acuerdo Marco Europeo *(...donde la actividad laborativa, que podría ser ejecutada en los locales de la empresa, es **regularmente** ejecutada fuera de los locales de la misma).* En el Convenio 177 de la OIT, se descarta expresamente la posibilidad de considerar como trabajador a domicilio, a quien realice su trabajo ocasionalmente en su domicilio (*"...una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio*

a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual..."). Sin embargo, ninguna de las normas citadas, especifica cuál es el tiempo o la medida que deberá tenerse en cuenta para determinar, por un lado, que hubo uso prevalente del material informático y de telecomunicaciones y, paralelamente, que la prestación de servicios se desarrolló regularmente fuera de la empresa. En nuestro medio, se abre una posibilidad para que la solución sea brindada por la negociación colectiva, en la cual se podrán fijar los mínimos temporales correspondientes, a fin de complementar lo dispuesto en el Convenio 177 de la OIT. Dichos mínimos, permitirán distinguir el teletrabajo ocasional (será el que no llega a cumplir con la exigencia mínima de tiempo y que, por tanto, resultará ajeno al régimen normativo aplicable a los teletrabajadores), del teletrabajo permanente, comprensivo, a su vez, de dos variantes: continuo (cuando toda la jornada se cumple fuera de la empresa utilizando medios informáticos y de telecomunicaciones), y discontinuo (cuando una parte de la jornada de trabajo, alcanza o supera los mínimos temporales requeridos).

Se agregan a las tipologías apuntadas, en base a las definiciones de los cuerpos normativos que han sido citados y a los elementos constitutivos de la noción de teletrabajo que se acaban de analizar, las siguientes: a) teletrabajo domiciliario, cuando la prestación de servicios se cumple en el domicilio del trabajador o de alguna otra persona (puede ser un familiar o amigo); b) teletrabajo en telecentros, siempre y cuando éstos no pertenezcan a la empresa, dado que si esto fuera así no habría una auténtica externalización del lugar de trabajo; c) teletrabajo itinerante, cuando las tareas se cumplan en distintos lugares (hoteles, aeropuertos, automóviles, empresas clientes, etc); d) teletrabajo nacional (realizado dentro de las fronteras de un país); e) teletrabajo transnacional (el trabajador cumple tares en otro u otros países distintos al de ubicación de la empresa que recibe sus servicios); f) teletrabajo sin conexión permanente a una terminal *(off line)*, en cuyo caso las instrucciones para la realización del trabajo y el resultado del mismo se reciben y entregan por otros medios (correo convencional, mensajería, etc.); g) teletrabajo con conexión permanente (*on line*), hipótesis que a su vez, permite diferenciar: g') las conexiones en una sola dirección (*one way line*), que si bien permiten recibir el material elaborado por el trabajador,

no posibilitan un control permanente de aquél en el desarrollo de su trabajo; g") de las conexiones bidireccionales, en las que el contacto entre la empresa y el trabajador es permanente, pudiendo ser controlado este último de modo continuo; h) teletrabajo por cuenta ajena (dependiente); i) teletrabajo por cuenta propia (autónomo). Puede haber, claro está, entrecruzamiento entre los distintos tipos señalados (ejemplificando: teletrabajo domiciliario, con o sin conexión permanente, continuo o discontinuo, dependiente o autónomo; lo propio puede acontecer con el teletrabajo itinerante, o el que se cumple en telecentros).

Que el teletrabajo pueda cumplirse en régimen de autonomía o dependencia, es una cuestión que ha despertado profundo interés en la doctrina. Es cierto, que la prestación de servicios cumplida fuera de las instalaciones de la empresa puede llevar a pensar, a simple vista, en una cierta autonomía del trabajador, quien, entre otras cosas, podría manejar con libertad su tiempo de trabajo, quedando al margen del cumplimiento de pautas fijadas al respecto por el empleador. Pero también es cierto, que las modernas tecnologías de la información y comunicación han alcanzado un desarrollo que contribuye a la presencia de trabajo dependiente, aunque el trabajador cumpla sus servicios en lugares que no pertenezcan a la empresa. Por tanto, el teletrabajo no debería ser considerado, a priori, como expresión o manifestación de trabajo autónomo, o de trabajo dependiente en todos los casos. Puede haber teletrabajo autónomo, y también puede haberlo dependiente, en función de los elementos o indicios, que en cada caso puntual, permitan una u otra conclusión. Será, pues, el método indiciario —tradicional para resolver las cuestiones de encuadramiento de las personas que trabajan— el que brindará la solución del problema. Esto significa, que el caso concreto que se analiza (me refiero al teletrabajo), no sólo implica una ratificación del método aludido, sino, además, la vigencia de la dependencia como tipo jurídico para delimitar, junto a otros elementos (onerosidad y voluntariedad), las fronteras del derecho del trabajo. De todos modos, aquella ratificación, no debe entenderse como ratificación de los indicios históricos que condujeron a dividir las aguas entre trabajo autónomo y trabajo dependiente (entre otros, prestación de servicios en la empresa; sujeción a jornada y horario de trabajo establecido por el empleador; control presencial del trabajador por el empleador). El teletrabajo, aporta nuevos indicios,

como son, la confección por la empresa del programa informático con el que deberá operar el teletrabajador, y la facultad de aquella de elegir y/o sustituir unilateralmente dicho programa. Incluso, el primero de los indicios señalados, junto a otros (control por la empresa del trabajo encomendado, penalización en caso de retraso o incumplimiento, asignación de zonas de actuación, imposibilidad que los trabajadores pudieran disponer libremente del trabajo realizado comercializándolo con otras empresas), en el único caso sentenciado hasta hoy por el Tribunal Supremo Español, han tenido mayor peso que otros indicios (alta fiscal; alta en el régimen especial de Seguridad Social para trabajadores autónomos; cobro de honorarios por cada trabajo realizado; realización del trabajo en la oficina de los trabajadores con medios y organización propios sin sometimiento a horario alguno; ausencia de vacaciones pagadas por la empresa), a la hora de decidir que los reclamantes eran trabajadores dependientes y no autónomos.

En Argentina no existen decisiones judiciales que se hayan pronunciado a favor de una u otra solución. Sí, en cambio, el Convenio de la OIT sobre el trabajo a domicilio (N° 177), ratificado por la ley 25.800, en su definición de trabajo a domicilio (dentro de la cual, como dije, queda abarcada la de teletrabajo), admite que el mismo pueda cumplirse en régimen de dependencia o autonomía, al señalar: *"...a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales..."*. En consecuencia, cualquier intento de legislar esta nueva modalidad de descentralización de la prestación de servicios, deberá articularse adecuadamente con el Convenio de la OIT que se acaba de transcribir, en tanto el mismo posee jerarquía supralegal conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Como puntualizara al transcribir la definición de trabajo a domicilio inserta en el art. 1° del Convenio N° 177 de la OIT, el lugar de prestación de servicios no se limita al domicilio del trabajador, sino que incluye *"otros locales... distintos de los locales del empleador"*, fórmula que involucra cualquier modalidad de teletrabajo, incluso el móvil o itinerante. Se agrega a ello, un segundo componente cual es la utilización de equipos, materiales, u otros elementos, dentro de los cuales quedan incluidos los instrumentos que son producto

de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, imprescindibles para teletrabajar. Resulta claro, que ley que regula el trabajo a domicilio en nuestro país ha quedado a mitad de camino frente al teletrabajo; pero, también es evidente, que la fórmula utilizada en el Convenio N° 177 de la OIT, coloca dentro de sus límites esta nueva modalidad de prestar servicios.

Capítulo IX

Consecuencias de la descentralización

Sumario: A. Descentralización y contratación temporal.— B. Descentralización y despido por razones organizativas. C. Descentralización productiva y trabajo autónomo.

Hasta aquí, el objetivo ha consistido en la identificación de la descentralización y de la deslocalización como estrategias de organización empresarias diferenciadas. Para ello, se han tratado, una por una, las distintas manifestaciones de aquella, y las vías jurídicas de concreción de las mismas. En este punto, el propósito será el siguiente: en primer lugar, enumerar las consecuencias laborales más relevantes que pueden derivar de una decisión descentralizadora/deslocalizadora (independientemente de la forma en que las mismas se manifiesten, y de la vía jurídica utilizada para su concreción), y presentar, respecto de dos de ellas (la contratación temporal, y el despido por causas organizativas), y de manera concisa, determinadas cuestiones puntuales teniendo en cuenta alguna experiencia extranjera que puede ser interesante para la reflexión; en segundo lugar, discurrir, puntualmente, respecto de una de las consecuencias, no siempre bien asociada a su causa: me refiero al trabajo autónomo.

La decisión de organizar una empresa de forma descentralizada, puede originar muy variadas consecuencias, tanto en las relaciones individuales, como en las relaciones colectivas de trabajo. Señalaré, las que a mi modo de ver resultan ser las más relevantes. La posibilidad de una disminución del trabajo por cuenta ajena y, paralelamente, de un aumento del trabajo en régimen de autonomía, es una consecuencia posible. A ella le dedicaré unas lí-

neas más adelante. Otra posibilidad, es la aplicación de estatutos diversificados cuando la empresa comitente o principal es grande o mediana, y la contratista pequeña. Ello así, dado que en nuestro medio existe una ley específica que otorga algunas ventajas considerables a las empresas pequeñas, respecto de las que no son tal (p. ej. la previsión de un régimen de descuelgue convencional y estatutario, especifico). El dato que se acaba de mencionar, a su vez, puede ser inductivo de una estrategia descentralizadora basada en la actuación de varias empresas pequeñas integrantes de un mismo grupo; bien podría decirse, que una regulación más flexible de las relaciones individuales del trabajo en las pequeñas empresas, fomenta a las empresas grandes o medianas a escindirse, y a distribuir actividades entre empresas pequeñas que integren un mismo grupo. En tercer lugar, una estrategia descentralizadora puede generar transferencias de empresas (art. 225 de la LCT), o sólo de personal hacia la empresa que pasa a cumplir la actividad cedida (art. 229 LCT). Incluso, pueden derivarse despidos de naturaleza colectiva, que se pueden canalizar a través de la causal organizativa prevista exclusivamente para las empresas de dimensión pequeña (art. 97 de la ley 24.467), aunque hasta la fecha no ha sido admitida como tal por la jurisprudencia y por la doctrina mayoritaria. Volveré sobre este aspecto. En cuarto lugar, cuando la descentralización se hace a favor de empresas de poca solvencia económica (generalmente las empresas de limpieza o de vigilancia no cuentan con un respaldo económico importante), se pone en serio riesgo el crédito de los trabajadores de las mismas, por dos razones: a) porque en nuestro país no existe un mecanismo de cobertura frente a casos de insolvencia; b) porque la responsabilidad solidaria en los casos de contratación y/o subcontratación, sólo funciona cuando la empresa contratista lleva a cabo *"trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento..."* (art. 30 de la LCT). En el ámbito del derecho colectivo del trabajo, un mercado descentralizado también produce consecuencias de variado tipo, en orden a las distintas manifestaciones que puede presentar la descentralización. De cara a la representación de los trabajadores, un mercado en el que las empresas actúen de manera descentralizada, reservándose sólo para sí lo que consideren competencias esenciales, y trasladando a terceros (empresas del mismo grupo o no, o personas físicas que actúan autónomamente) el resto de sus actividades, genera que aquellas reduzcan sus dimensiones y sus plantillas. Ello implica, a su vez, una menor presencia

de la representación sindical en la empresa, dado que la misma es fijada (salvo lo dispuesto en la negociación colectiva) en base a los parámetros que surgen del art 45 de la ley 23.551. En la hipótesis que la descentralización se concrete por la deslocalización de los trabajadores (p. ej. teletrabajo dependiente), puede ocasionar un baja en la tasa de sindicalización, en orden a la dispersión geográfica de aquellos, dispersión geográfica que, es sabido, conduce a la atomización de la fuerza de trabajo y, por derivación, a una regulación más individual que colectiva de la relación laboral. El teletrabajo, es un fenómeno que prácticamente pasa desapercibido en la negociación colectiva argentina, dato que, sumado a lo señalado precedentemente, deja un marco propicio para la actuación de la autonomía a nivel individual. Un aspecto vinculado a la descentralización empresaria, es la descentralización de la negociación colectiva. El hecho que la actividad empresarial, en general, se divida entre más empresas, puede generar una tendencia para que la negociación colectiva se desarrolle preponderantemente en unidades menores (convenios de empresa, o de establecimiento; convenios locales, o regionales), y que las mismas tiendan a desplazar a las mayores (convenios de actividad, convenios de alcance nacional). Lógicamente, eso dependerá de las reglas que cada ordenamiento adopte en lo atinente a la estructura de la negociación colectiva. Como se sabe, con anterioridad a las normas actualmente vigentes, la legislación argentina ha hecho prevalecer los convenios colectivos de ámbitos menores sobre los mayores, con independencia de que los mismos fueran anteriores o posteriores, o que consagraran condiciones más o menos favorables para los trabajadores (arts. 24 y 25 de la ley 14.250, según texto de la ley 25.250); en cualquier caso, el convenio de ámbito menor desplazaba al de ámbito mayor. En la actualidad eso no es así, en virtud de la reforma llevada a cabo por medio de la ley 25.877, que le dio la siguiente redacción al art. 24 de la ley 14.250: *" b) Un convenio posterior de ámbito distinto, mayor o menor, modifica al convenio anterior en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador. A tal fin, la comparación de ambos convenios deberá ser efectuada por instituciones".* Los casos permitidos de externalización de la relación laboral a través de la participación de empresas de servicios eventuales, tienen una incidencia especial en el derecho colectivo, en razón de que el trabajador queda expuesto a un cambio permanente de su representación sindical, y del marco regulatorio de nivel colectivo. Ello es así, en razón de que, en nuestra legislación, el trabajador contratado a través

de una empresa de servicios eventuales, estará representado por el sindicato de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria. El convenio colectivo aplicable se define en base a los mismos elementos tomados en cuenta para la representación sindical (art. 29 bis de la LCT). Esto significa que un trabajador sin cambiar de empleador, a lo largo de su relación laboral, puede verse representado por más de un sindicato, y regido por más de una convención colectiva, sucesivamente.

A. DESCENTRALIZACIÓN Y CONTRATACIÓN TEMPORAL

El modelo argentino en materia de contratación de trabajadores tomando en cuenta la duración de la vinculación no es neutral; más bien otorga preferencia a la contratación de tiempo indefinido sobre la temporal. Dicha preferencia no sólo viene dada por lo que se expresa en el primer párrafo del art. 90 de la LCT (1), sino, también, por el ámbito residual que se le asigna a la contratación temporal, en razón del principio de la necesidad de causa establecido en el inciso b) de aquella disposición legal (2). La cuestión que puede presentarse, y que puede surgir a partir del punto de contacto que podría asignársele a la descentralización con la contratación temporal, cabría expresarla mediante la formulación del siguiente interrogante: ¿puede la empresa contratista contratar trabajadores por el tiempo que dure la contratación con la empresa principal? (3).

La jurisprudencia nacional (hasta donde conozco de manera generalizada), no justifica que la empresa contratista contrate trabajadores temporales en función de una contratación de plazo definido celebrada con la empresa principal (4). Sin embargo, hay sentencias del Tribunal Supremo Español que han respondido afirmativamente el interrogante. Traigo a colación el ejemplo español,

(1) El párrafo dice: *"El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias..."*

(2) *"...b) que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas así lo justifiquen..."*

(3) He respondido negativamente la pregunta, en *Contrato de trabajo eventual*, p. 183, Editorial Astrea, 2000.

(4) Ver la nota de POSE,CARLOS, *La contratación por tiempo determinado en el ámbito de las empresas de limpieza*, al fallo de la sala VI de la CNTrab. dictado en los autos "Campos Tabeada Elena y otro c. Organización Alvi S.A.", DT, 1998-B, 1466.

porque el Estatuto de los Trabajadores es semejante al modelo argentino en lo que concierne a la prioridad de la contratación indefinida respecto de la temporal, y a la necesidad de que esta última responda a una causa definida para cada tipo contractual (5). Se trata de sentencias en las que, para admitir la temporalidad de los contratos celebrados entre la empresa contratista y sus trabajadores, se ha puesto el acento en la temporalidad de los servicios a que se obligó aquélla (6).

Menciono, también, en relación al punto, la Directiva Comunitaria Europea 1999/70, de 28 de junio de 1999, cuya cláusula 3 admite que un trabajador tenga un contrato de duración determinada cuando la finalización del mismo se apoye en *"condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicios determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado"*. Dicha redacción, permitiría concluir que, cuando una empresa contratista haya celebrado con otra empresa una contratación que tengan asignada una fecha de expiración, podría incorporar trabajadores temporales para hacer frente a la misma.

B. DESCENTRALIZACIÓN Y DESPIDO POR RAZONES ORGANIZATIVAS

También aquí voy a recurrir a la experiencia española, en razón de que podría sostenerse que la misma guarda alguna semejanza con el tratamiento que nuestro orden normativo le ha dado a los despidos por causas económicas y empresariales. Para ser más preciso, a la temática referida a la delimitación de su ámbito causal.

(5) Puede consultarse VICENTE PALACIO, Mª ARANTZAZU, *El contrato de trabajo temporal para obra o servicios determinado*, ps. 31 a 52, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

(6) STS de fecha 15 de enero de 1997 (Ar. 497); STS del 24 de septiembre de 1998 (Ar. 8551), y sentencia del 22 de octubre de 2003. Véanse, SORIANO CORTÉS, D., "La duración de la contrata o subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo"; SÁNCHEZ TORRES, E., "Los efectos de la descentralización productiva sobre el contrato de trabajo con la empresa contratista", ambos en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, ps. 476 y 430 respectivamente; MERCADER UGUINA, JESÚS R., "La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", p. 28, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; *Curso de Derecho del Trabajo*, dir. por RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., 13ª edición, p. 310, Tirant lo Blanch, 2004.

El art. 51 del E.T., admite entre las causas que pueden justificar un despido colectivo, las económicas, técnicas, organizativas o de producción. A su vez, el art. 52 referido a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, en su inciso c) vuelve a mencionar las mismas causales. Téngase en cuenta que, para los despidos colectivos, en ese aspecto, no hay una regulación específica para las empresas en función de su nivel de ocupación. En esto, la legislación española difiere de la argentina, en la cual la causa del despido no tiene un tratamiento uniforme. Mientras los arts. 247 de la LCT, y 98 de la ley 24.013, se proyectan en materia de causa sobre cualquier empresa independientemente de la cantidad de trabajadores ocupados, la ley 24.467, contiene normas solamente aplicables a las empresas pequeñas; entre ellas, el art. 97, que especifica cuáles pueden ser las razones que pueden justificar que una empresa convenga con la asociación signataria del convenio colectivo, *"la modificación de determinadas regulaciones colectivas o estatutarias aplicables"*. Esas razones pueden ser tecnológicas, organizativas o de mercado. Como puede apreciarse, dos de ellas coinciden con las reguladas en la norma del Estatuto de los Trabajadores de España aludida precedentemente; la referencia es a las causas tecnológicas (que en el régimen español se identifican como técnicas) y a las organizativas.

La redacción del art. 97 de la ley 24.467, no deja margen para poner en tela de juicio que causas tecnológicas u organizativas pueden mover a una empresa a negociar "una modificación de determinadas regulaciones colectivas o estatutarias aplicables". Admito que más difícil es aceptar que esas causas pueden llegar a justificar uno o más despidos, como acontece en el modelo español (7). La jurisprudencia nacional no registra antecedentes de admisión de la causa organizativa como causa de despido. En cambio, el Tribunal Supremo Español ha interpretado que un proceso de descentralización puede justificar despidos por razones organizativas, siempre y cuando la empresa acredite que aquella constituye *"un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa, o su competitividad"*, y

(7) Sostuve que razones organizativas pueden justificar despidos en el ámbito de una pequeña empresa en *Despido por causas económicas y empresariales*, p. 103, Astrea, 1997. En contra, RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "La configuración causal en el despido por causas económicas", en *Emergencia económica, crisis empresaria y derecho del trabajo. Créditos laborales en los concursos y en las quiebras*, Revista de Derecho Laboral, 2002-2, ps. 110/111, Rubinzal-Culzoni.

no se trate de *"un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresario"* (8).

C. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y TRABAJO AUTÓNOMO

Como no podía ser de otra manera, la doctrina encuentra un relacionamiento muy estrecho entre la descentralización y el trabajo por cuenta propia o en régimen de autonomía, aunque no en todos los casos se acierta en el diagnóstico. Esto supone que no existe uniformidad de criterio al precisar de qué modo la descentralización repercute de cara al binomio trabajo por cuenta ajena - trabajo por cuenta propia.

Es cierto que el modelo de producción fordista, al dividir trabajo hacia adentro de las empresas, significó que el trabajo por cuenta ajena prevaleciera en términos cuantitativos sobre el trabajo autónomo. Este es un dato respecto del cual los autores muestran coincidencia. Ahora bien, el hecho que en la actualidad las empresas tiendan a un proceso inverso en la división de trabajo, vale decir, hacia fuera de sus respectivos ámbitos, ¿conlleva sin más a un incremento del trabajo en régimen de autonomía, y a una disminución del trabajo asalariado? Aunque hay muy autorizadas opiniones que responden afirmativamente dicha pregunta (9), creo que se necesitan algunas aclaraciones adicionales. En primer lugar, pienso que el hecho de que las empresas adopten un modelo de producción descentralizado, puede ser un factor que tenga incidencia en el ámbito del trabajo autónomo, aumentando el número de personas que presten servicios en esas condiciones (10), aunque no necesariamente ello tiene que ser una consecuencia ineludible

(8) Sentencia del 21 de marzo de 1997 (Ar. 2615). Al respecto, ver FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, "Descentralización productiva, contratas y despido por causa organizativa", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

(9) Cfme. VÁZQUEZ VIALARD, A., quien señala: "El proceso de descentralización operativa incrementó el número de trabajadores autónomos o, por lo menos, no dependientes"; ver *El impacto del proceso de la descentralización productiva sobre el derecho del trabajo*, en Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, Nº 3, p. 62, Editorial Quórum, 2005.

(10) En ese sentido parece pronunciarse DEL REY GUANTER, SALVADOR y GALA DURÁN, CAROLINA, en *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas*

de aquello. Piénsese, por ejemplo, en una empresa que traspasa a otra algún tramo de su actividad, transfiriéndole, además, el mismo personal con el que hacía frente a la parcela de actividad cedida; la cantidad de trabajadores dependientes no ha disminuido, ni tampoco se produjo un aumento del trabajo en régimen de autonomía. Otro ejemplo, podría demostrar que las contrataciones llevadas a cabo para dividir actividades empresariales, tampoco derivan en una elevación del trabajo autónomo, sino en un incremento del número de desempleados; sería el caso en el que una empresa deslocaliza hacia otro país una parte de su ciclo productivo, y que, a raíz de esa medida, decide despedir una cantidad de trabajadores que hasta entonces laboraban dentro de sus instalaciones, sin que los mismos se reinserten inmediatamente en el mercado de trabajo; en este caso, podrá decirse que en el país de localización habrá aumentado el trabajo dependiente o autónomo, según el caso, pero no cabe duda que en el país donde se produjeron los despidos hubo disminución del trabajo dependiente, sin que ello haya implicado un aumento del trabajo autónomo, aunque sí más desempleados.

Lo que sí advierto, es la frecuente aparición de casos de personas que trabajan para otro, de quien podría decirse que dependen económicamente, por dedicarle toda o gran parte de su actividad, aunque sin sometimiento a un régimen de dependencia personal. Al no haber estadísticas oficiales elaboradas en nuestro país, no puedo afirmar a ciencia cierta qué porcentaje de la población ocupada representan esas personas. Dependerá, pues, en qué ámbito sean ubicadas las mismas para dar una respuesta. Si se considerara que son trabajadores autónomos, es posible que haya habido un incremento de los mismos y una consiguiente disminución del trabajo dependiente. Al contrario, si se pensara que son trabajadores dependientes, la conclusión es inversa a la anterior. Quedaría una tercera posibilidad, que ya tiene tratamiento normativo en algunos

---

perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia, R.L. 2000-455. Un aporte interesante surge del informe elaborado por un grupo de expertos de diferentes especialidades y nacionalidades en el que se destaca que el rebrote del trabajo por cuenta propia con respecto al trabajo por cuenta ajena es una hipótesis que no se ha visto totalmente confirmada por la investigación, y que la tendencia general no es el aumento del trabajo autónomo sino su estabilización con respecto al empleo total; ver *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, ps. 38/39, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

países (11) (no en el nuestro): considerar que se trata de una categoría independiente (12), que se nutre del trabajo dependiente y del trabajo autónomo al mismo tiempo, por tener elementos de ambos. En este caso, es muy factible que ésta sea la categoría de trabajadores sobre la que está influyendo el modelo de empresa descentralizada.

Habiéndose explicado en qué consisten la descentralización y la deslocalización de la producción de bienes y servicios, como así también sus puntos de convergencia, sus diferentes manifestaciones, las vías jurídicas de concreción que importan a un enfoque laboral de la cuestión, como así también, algunas de sus consecuencias, se logra el objetivo propuesto. En las páginas que siguen, el lector podrá encontrar un desarrollo más completo de los temas vinculados a aquellas estrategias de organización empresaria.

(11) La más reciente, es la ley española 20/2007, de 11 de julio, que regula el trabajo autónomo económicamente dependiente. Al respecto, puede consultarse MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, *Trabajadores en la frontera: comentario al estatuto del trabajador autónomo*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, Nº 56/2007, p. 43. Para un mayor detalle de la situación en el derecho de algunos países de Europa, DE LUCA-TAMAJO, R. y PERULLI, A., *Informe General* presentado en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, llevado a cabo en París en septiembre de 2006, sobre el tema Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individual y colectiva) y Descentralización Productiva, p. 77.

(12) Trabajo autónomo de nueva generación lo llaman DE LUCA-TAMAJO, R. y PERULLI, A., en el *Informe General* presentado en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, llevado a cabo en París en septiembre de 2006, sobre el tema Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individual y colectiva) y Descentralización Productiva.

Descentralización por contratación y subcontratación

Por Jorge Rodríguez Mancini

Capítulo I

Introducción

Sumario: A. Descentralización vs. Centralización.— B. Licitud o ilicitud.— C. El art. 30 como norma técnica de protección.

A. Descentralización vs. Centralización

En el capítulo introductorio de esta obra se han planteado las distintas alternativas que presenta el fenómeno de la descentralización, tanto en el panorama mundial, como en el orden nacional ya que resulta imposible, en los términos actuales de la llamada mundialización o globalización (1), concebir que el fenómeno no se haya proyectado dentro de la realidad económica —en el sentido más amplio de este término— de nuestro país. Me parece oportuno introducir ahora en el estudio de la contratación y subcontratación en el derecho del trabajo, un aspecto que considero relevante para abarcar, en toda su extensión y profundidad, el proceso aludido. Me refiero a que sobre todo en el ámbito de la actividad comercial, tal proceso de descentralización viene acompañado de un contra movimiento de centralización es decir de expansión de la empresa, comprendiendo distintas facetas de su original propósito. Tal lo que sucede con las cadenas de comercialización que se registran de manera impactante a lo largo y a lo ancho de nuestras ciudades. Cadenas de supermercados, cadenas de restaurantes, bares, confiterías, heladerías, comercios de modas masculina y femenina, y de demás ejemplos que a un ciudadano argentino no es preciso mencionar puntualmente, porque su experiencia diaria caminando las ciudades, o visitando por dentro galerías comerciales, centros de

(1) Sobre estos conceptos véase nuestro enfoque en *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, 2ª ed., 2007, p. 113.

comercio, "shopping", suple cualquier enumeración que resultará seguramente incompleta. Pues bien, este movimiento no puede ser calificado como de descentralización ya que, al menos en la apariencia externa, indica una expansión en cadena de cada una de mismas empresas (2).

Sin embargo, y esto es lo que me resulta de interés marcar, superpuesto a ese proceso de expansión de una marca, de una empresa, también se registra el fenómeno de descentralización.

El fenómeno con manifestaciones particulares y distintas, puede asimilarse efectivamente, a la descrita descentralización porque representan en realidad un caso de expansión geográfica de una empresa por medio de la instalación de sucursales, dentro del territorio, sea en la misma ciudad o a lo largo del país, adoptando a su vez, para su instrumentación, variedad de formas jurídicas que incluyen, seguramente, la de la franquicia la que en el cuadro general, ha sido ubicada como un caso o subcategoría de la descentralización por filialización con dominio externo (3).

Traigo estos casos tan diferenciados entre sí, con el objeto de destacar que aún dentro de ese proceso de centralización que parece oponerse al de descentralización, no debería dejarse de prestar atención a que dentro del fenómeno de centralización, aparece superpuesto el de la tercerización ya que en muchísimos casos, la gran empresa expandida, presentada como única y total, tiene dentro de su seno, variedad de figuras de contratación y subcontratación (limpieza, seguridad, fabricación de productos como el pan que vende, etc.). Como se ve el panorama —por demás conocido por la experiencia diaria del público consumidor— presenta un conjunto de posibilidades guiadas por la creatividad empresaria, con fines de mayor conveniencia económica, dentro de las cuales deben encontrarse —esta es la misión del jurista y naturalmente del juez— las figuras jurídicas legisladas para asegurar el funcio-

(2) A manera de ejemplo puede mencionarse el de los supermercados "Coto", "Jumbo", "Carrefour", etc. dentro de cuyos conjuntos edilicios, internos o exteriores, se pueden encontrar gran cantidad y variedad de negocios que nada tienen que ver con la mercadería que se ofrece en el supermercado.

(3) De esta modalidad de expansión geográfica tenemos ejemplos como los de "Musimundo", "Aroma", "Farmacity", "Havanna", etc.

namiento del principio protectorio que debe reinar en todo lugar donde se registren relaciones laborales individuales.

Me explicaré mejor. Se presenta el fenómeno mediante un procedimiento de expansión, como se ha dicho, pero encarado a través de fórmulas jurídicas de distinta índole, entre las cuales destaco la del contrato de franquicia o semejantes, a lo cual me referiré enseguida, pero también utilizando el procedimiento de externalización que hemos identificado en el cuadro general a que me he referido, como tercerización por la vía de la contratación o subcontratación o en un terreno menos denso, la tercerización de la relación laboral a través de servicios de empresas de trabajo eventual o temporario (ESE). Como se ve son múltiples las figuras jurídicas —hablamos de procedimientos que no ocultan relaciones de lo que resulte una conducta fraudulenta— que se adoptan y adaptan, para la concreción de este proceso. Más adelante se tratará de cómo cabe ubicar el supuesto de filialización con dominio interno, dentro del ámbito de aplicación del art. 31 de la LCT.

En otras palabras es evidente que el proceso no es lineal bajo ningún aspecto, sino que acepta variedades que sirvan para adaptar el objetivo de expansión, tratando de separar responsabilidades, lo que como se verá, no siempre es admisible dentro del sistema de protección general del empleo y de los derechos propios de los trabajadores afectados a esos procesos.

De hecho entonces encontramos por un lado, un supermercado extendido dentro de la misma ciudad o de otras localidades, con sucursales propias —no hay desprendimiento de propiedad ni de gestión— pero que dentro de sus variadas ofertas, contrata o subcontrata algún aspecto de la producción o de la misma comercialización (4). Igualmente se registra la figura del centro de compras,

(4) Es interesante acotar, cómo dentro de esta figura del supermercado que comprende la venta de artículos tan variados como el pan o la cocina o microonda, pasando por toda clase de comestibles, se ha presentado un problema de encuadramiento convencional que incluía uno de representación sindical, por la utilización de transportes para la distribución de la mercadería acumulada en los depósitos. El conflicto se proyectó, como es sabido, por distintos supermercados provocando un proceso de externalización por filialización en algún caso, con la creación de una sociedad distinta para la explotación de esa etapa de distribución; y en otros mediante la instrumentalización de contratos de suministro, de locación o de transporte con otras sociedades, lográndose de ese modo y en ambos casos, que el personal afectado a esa

galerías, etc. en las que median contratos de locación que presentan características particulares —alquileres basados en los ingresos del negocio, contribución a un fondo de promociones colectivas— que pueden revelar un alejamiento del modelo de contrato de locación inmobiliaria, como lo ha expresado alguna jurisprudencia (5).

Por otro lado, como se mencionó, la expansión adopta la fórmula de la franquicia es decir el supuesto de filialización ejerciendo un dominio externo, separando claramente el aspecto formal del sujeto jurídico titular de ésta, aunque conservando contractualmente, como he dicho, dominio sobre aspectos centrales de la presentación del producto, o de los locales en los que se ofrece y de los empleados de ese comercio, que funciona con la franquicia del titular del producto.

Estas distinciones conducen naturalmente a que también deba distinguirse respecto de la normativa laboral que se debe aplicar a los fines del logro del principio protectorio que inspira la disciplina. Por eso sostengo, que cuando se adopta la fórmula de la franquicia ya no puede utilizarse la técnica de la solidaridad por la vía de la figura que regula el art. 30 de la LCT, para los casos de cesión, contratación o subcontratación.

La norma aplicable a un supuesto semejante, será la del art. 31 en su redacción actual y esta conclusión encuentra, a mi juicio, suficiente apoyo en la ley y en la interpretación efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta ahora no modificada (6).

---

etapa, quedara incluido en el convenio —y naturalmente la representación sindical— perteneciente al gremio que agrupa a los conductores de camiones, extendiendo su representación, por efecto de dudosas y discutibles cláusulas de los estatutos modificados a tal fin y desplazando a los convenios y a la representación sindical del sector comercio que comprendía toda la empresa del supermercado. Tales soluciones para superar conflictos con los sindicatos, no alteran los encuadramientos jurídicos propios del tema que estamos examinando en el texto, es decir el de la extensión de la responsabilidad respecto de los contratos de trabajo del personal incluido en aquellas nuevas empresas, filiales o contratadas por el titular del supermercado. Esto, como se ve, transita por vías diferentes a aquellas que son propias de la normativa en materia de aplicación de convenciones colectivas o de representación sindical.

(5) CNCiv., sala L, "Osorio, Marcela Beatriz c. Alto Palermo S.A.", 10/6/07. Y en el mismo sentido CNTrab., sala III, "Deluca, Daniela c. Produmedia S.A. y otro", 31/8/07.

(6) "Rodríguez, Juan c. Compañía Embotelladora S.A. y otro", Fallos 316:713. Acoto que la cita de este antecedente se repite en numerosos votos actuales del Ministro

A propósito precisamente, de la extensión de la aplicación de la norma del art. 30 de la LCT resulta oportuno contemplar la situación que se presenta en los casos en que como lo destaca el fallo que hemos tomado como referencia, un empresario suministra a otro un producto determinado, desligándose de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución, implementando tal operación comercial en contratos como los de concesión, distribución y ***franquicia***. Sobre este último, que aparece excluido expresamente en el criterio de la Corte Suprema, cabe aclarar que tal interpretación y exclusión, a mi juicio, no significa que si en la operación que concreta el contrato celebrado bajo las fórmulas mencionadas, se concreta el supuesto de fraude —o de conducción temeraria— corresponderá la eventual aplicación de la disposición (art. 31 de la LCT) en materia de solidaridad para los grupos de empresas que configuren un conjunto económico cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

Respecto de este art. 31 (7), me permito señalar algunas observaciones. La primera se refiere a un defecto terminológico en el que ha incurrido el legislador, lo que no deja de tener trascendencia a la luz de la necesaria e indispensable referencia de la interpretación a la letra de la norma. Me refiero a que sin tener en cuenta que la propia ley ha adoptado una definición de la "*empresa*" en su art. 5º, en el art. 31, al referirse a la posibilidad de que "*una o más empresas*" puedan tener o personalidad jurídica propia, incurre en contradicción ya que en aquella noción legal —única en el derecho argentino— se excluye la posibilidad de la empresa sea sujeto jurídico, quedando simplemente como una referencia a la *"organización instrumental"* en la cual tiene cabida, entre otras, la relación laboral entre sujetos jurídicos como son el trabajador y su empleador quien es en todo caso, identificable con el empresario que dirige la empresa por sí o por otras personas (art. 5º, segunda parte).

Lorenzetti en los que, en minoría, sostiene la doctrina desarrollada en ese precedente acerca de la interpretación del alcance del art. 30 de la LCT, y la exclusión de su aplicación en los supuestos de "contratos de concesión, distribución, ***franquicia***, "engineering", fabricación de partes, accesorios, etc. y su posterior venta." Algunas de esas disidencias son las de los casos "Castro Bourdin, José Luis c. Jockey Club Asociación Civil y otros", "Herrera, Nelio Felipe c. Decag y Coto C.IC.S.A." del 10/4/07, "Faría, Ana Victoria c. Clínica Privada Psiquiátrica Esquerol S.A. y otro", del 17/7/07, "Paez, Augusto y otro c. Sindicato del Seguro de la República Argentina y otros" del 18/10/06.

(7) Esta norma aparece tratada en otro capítulo de esta obra.

Pero aclarado este punto caben otras reflexiones para contribuir a la interpretación correcta de la norma.

En primer término señalaré que lo mismo que sucede con la subcontratación, el "*conjunto económico*" a que se refiere el dispositivo en estudio, resulta una figura ***admitida como legítima***, sobre la cual el legislador ha puesto atención para regular la extensión de responsabilidad laboral en los supuestos que expresamente contempla. Lo dicho vale tanto para el supuesto de conjunto económico en el que el dominio deriva del control accionario, como aquel que he mencionado, producido por el dominio externo derivado de cláusulas contractuales.

La diferencia sustancial de ambas figuras con el caso de la contratación o subcontratación, sin embargo debe destacarse porque en el art. 30, se ha creado un supuesto de extensión de responsabilidad por solidaridad de carácter objetivo, es decir sin necesidad de invocar o demostrar la existencia de una conducta fraudulenta de parte de los sujetos intervinientes en la subcontratación. En cambio en la norma del art. 31 a partir de la reforma de la ley 21.297, impone como condición para que opere dicha solidaridad la circunstancia de que haya mediado *"maniobras fraudulentas o conducción temeraria"*. En este aspecto pueden mencionarse numerosos fallos que ratifican esta interpretación restrictiva (8).

Resulta de interés destacar sobre el tema de qué forma ha incidido en la interpretación de esta disposición de la LCT, las modificaciones introducidas a la Ley de Sociedades en su art. 33, incs. 1 y 2, por la ley 22.903 y las consiguientes conceptualizaciones en torno al control interno y externo para determinar la figura de sociedad controlante y controlada. Porque algunos de los casos en los que se ha excluido la extensión de la solidaridad por subcontratación, la cuestión puede tener diferente solución si se contempla la posibilidad de existencia de relación entre sociedades en las que aparezca el control externo por una subordinación económica derivada de

(8) Citamos en ese sentido "Pedroza, Hugo D. y otros c. Manjares SRL y otros" del 21/7/95 perteneciente a la Sala II de la CNAT en JA, año 1996, fascículo 5999, p. 65; Sala X, "Pial, Néstor A. c. IESA S.A. y otro" del 31/12/96 en JA, 1996, fascículo 6088,p. 47; Sala II, "Paredes, Héctor L. c. Embotelladora San Miguel", del 29/11/96 en J.A., fascículo 6076, p. 67 y los citados en *Ley de Contrato de Trabajo*, Ed. La Ley, ed. 1999, ps. 105 y sigtes.

situaciones contractuales en mérito a las cuales una sociedad resulte obligada a la absorción de toda la producción de otra o que dependa del suministro exclusivo, o que aparezca condicionada por sometimiento en materia de uniformidad de instalaciones, fórmulas, marcas, etc. (9).

Claro está, y vale la pena reiterarlo, que el señalamiento de la existencia de conjunto económico en el supuesto de franquicia comercial, cuando estén presentes los requisitos del control externo, no implica automáticamente la aplicación de la norma del art. 31 de la LCT toda vez que, como se ha destacado antes, se exige para la extensión de la responsabilidad por solidaridad la existencia de *"maniobras fraudulentas o conducción temeraria"*.

Otro punto que es oportuno resaltar es el que la solidaridad impuesta por la norma que estudiamos puede llegar a ser considerado superfluo. En efecto, por un lado, es evidente que si para lograr la aplicación de la extensión de solidaridad al grupo es preciso la denuncia y acreditación del fraude (o de la conducción temeraria, fórmula realmente inasible), la exigencia se asimila a la figura contemplada en el art. 14 de la LCT donde se fulmina con nulidad y operatividad directa de la ley, cualquier conducta en la que se haya producido con simulación o fraude. La asimilación de ambas figuras y normas es notoria y sólo encuentra explicación la subsistencia de la segunda en la circunstancia de que la reforma de 1977 pretendió con el retoque final a que se está haciendo referencia, neutralizar totalmente la fórmula que contenía el anterior art. 33 del texto de 1974, que imponía soluciones mucho más drásticas.

En segundo lugar debe también prestarse atención a otras situaciones en las que la prestación del trabajador no está dirigida exclusivamente a uno de los componentes del grupo sino que se desarrolla simultáneamente para más de una de las sociedades que lo componen. En tal caso ya no estaremos frente a una sanción de solidaridad sino simplemente a la figura —no descripta en el art. 26 de la LCT que define a los empleadores omitiendo el plural cuando se refiere a las personas jurídicas— de empleador colectivo y todas las sociedades que han recibido esas prestaciones directas deberán ser sometidas a los deberes propios del empleador.

(9) Véase con más detalle nuestro estudio sobre el caso de la franquicia comercial en *El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales*, LA LEY, 1992-B, 963.

Por último también debe considerarse como situación diferente e igualmente sustraída a la exigencia del fraude o conducción temeraria, la hipótesis de identificación de un empleador oculto bajo la forma o maniobra de trasladar a un empleado de una a otra filial de la sociedad madre. En este caso, o bien se transitará por el recurso de desestimar la personalidad, o si es el caso, demostrar que en definitiva el beneficiario de la prestación es aquel que lo contrató originalmente sin que valgan los sucesivos traslados y nuevas y aparentes contrataciones distintas (10).

Frente al panorama descrito acerca de las formas variadas y complejas con que se presenta el fenómeno de la descentralización, simultáneo con el de una centralización acompañada de notas de externalización, cabe preguntarse si las normas actuales en materia de extensión de responsabilidad por incumplimientos laborales, mediante la técnica de la solidaridad, pueden resultar adecuadas, útiles, en fin eficaces no sólo para su fin protectorio, sino para el valor de seguridad jurídica que no puede desatenderse.

Lo que se impone naturalmente es intentar la interpretación de las normas existentes de la manera más ajustada a los fines propuestos por el legislador, pero también reclamar las modificaciones necesarias para que ese ajuste sea más realista y consiguientemente obtenga mejores resultados.

La situación que se ha planteado no es exclusiva de nuestro país. En el derecho comparado aparecen perplejidades y demandas de mayor claridad normativa, de la misma manera que entre nosotros, y se intentan soluciones abordando el problema desde distintas disciplinas como una forma de tratar de abarcar al máximo el problema. En este sentido Rivero Lamas da cuenta de la defectuosa técnica legislativa utilizada en el Estatuto de los Trabajadores para regular el tema de la contratación y subcontratación. Es llamativa la similitud de los textos de ese cuerpo legal, en particular su art. 42, aún con las modificaciones introducidas por el RD-Ley 5/01, con el del art. 30 de la LCT y más aún —y como consecuencia— la existencia de "*contradictoria jurisprudencia al respecto, el concepto de obras y servicios corres-*

(10) Véase el comentario al fallo "Del Puerto del Río, Evelio c. Geoservices S.A. Sucursal Argentina" de la sala V de la CNTrab. de fecha 28/6/2004 en DT, 2005-B, 1257. También el fallo de la sala II, 29/11/2002, en "Kwasinski, Natalio c. General Motors de ArgentinaS.A.", en DT, 2007-522.

pondientes a la "propia actividad" de la empresa principal, noción clave para configurar el supuesto de hecho de la regulación laboral en materia de responsabilidad" (11). Quizás esta deficiencia normativa sea la que provoca tales contradicciones y a la vez, también probablemente, las interpretaciones encontradas sean producto de diferentes apegos a la letra del texto, sin considerar que el fenómeno de la descentralización productiva al que se viene haciendo referencia, ha dado a aquél, una base económica y sociológica de la que no puede prescindirse a la hora de encuadrar jurídicamente el caso y darle una solución justa. Pedrajas Moreno (12) se ha encargado de poner de relieve en necesario enfoque interdisciplinario, atacando el problema desde distintos ángulos además del de el derecho de trabajo, tomando elementos del derecho civil, mercantil, penal, internacional y procesal, y esto porque necesariamente, cuando se encuentran con el derecho en acción, aplicado, se transita por todas esas disciplinas jurídicas que componen el derecho que es único. Ello sin considerar que del mismo modo, debe igualmente incursionarse en el terreno de la cultura y la política para poder comprender cómo ha nacido esa realidad que luego la ley pretende simplificar con la denominación de contratación o subcontratación.

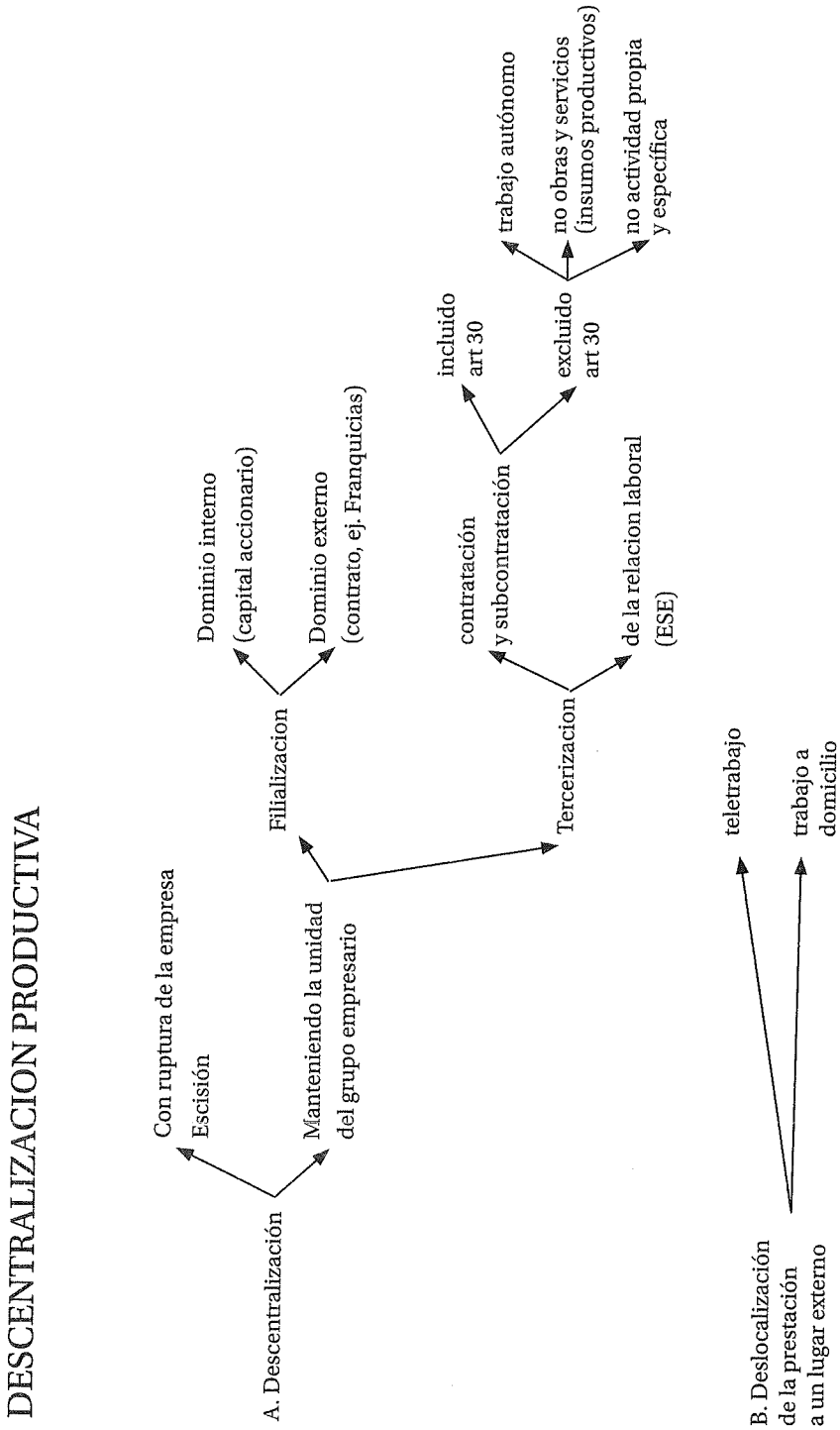
B. LICITUD O ILICITUD

Comenzaré por destacar que la elección de cualquiera de las modalidades de las que abarca el cuadro general de referencia, que se incluye, depende exclusivamente de la decisión empresaria ins-

(11) RIVERO LAMAS, JUAN, *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, Ponencia General para el X° Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 1999, p. 46. Debe destacarse que sin embargo de la dificultosa interpretación acerca del significado de la expresión "propia actividad" de que se vale la ley española, la norma sólo admite ese tipo de contratación o subcontratación, de manera que no es admisible que se contraten o subcontraten tareas habituales y permanentes de la empresa. Como es sabido este tipo de prohibición sólo rige en nuestro derecho para la contratación de trabajadores de empresas de servicios eventuales. En la terminología del ET, la obra que se contrata o subcontrata debe tener "especificidad" y debe "terminar en un momento determinado" (art. 15.1.a). Nuestro art. 30 no distingue con ese alcance y la solidaridad se aplicará siempre que la obra contratada o subcontratada, corresponda a la actividad propia y específica del establecimiento.

(12) "La externalización de actividades laborales (*outsoursing*): una visión interdisciplinaria, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.

cribiéndola en un marco jurídico legal que estima más adecuado o conveniente.



Esta aclaración vale especialmente para lo que constituirá el tema central de este capítulo, es decir la forma jurídica de la contratación o subcontratación de trabajos o servicios, dejando suficientemente marcado que la norma a la que se prestará atención particular (art. 30 de la LCT), regula efectos de tales modalidades en las relaciones laborales individuales involucradas, sin descalificar o reducir la decisión de la contratación o subcontratación de aquéllos, porque, según lo expresa de manera terminante un dictamen del Fiscal General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Dictamen Nº 33.888 del 17/5/2002, *in re* "Nemen, Ricardo c. Aguas Argentinas S.A.": *"la empleadora cuenta con la no discutida facultad de organización de la empresa (art. 64 LCT), como manifestación del derecho de propiedad y de la libertad de contratar"*).

Tal afirmación debe ser tenida en cuenta a la hora de la interpretación de los hechos que acompañan el fenómeno y que eventualmente den lugar a un conflicto por declinación de responsabilidades de parte del comitente o empresario principal ya que, aún cuando la historia de este tipo de situaciones, registre casos múltiples de simulaciones y fraudes abundantes, intentando aprovechar aquellas figuras de contratación y subcontratación, y cualquiera haya sido la razón subyacente en la mente del legislador al redactar esta norma (13), seguramente ligada a esa fenomenología patológica, lo cierto es que el elemento fraude está excluido absolutamente de la técnica protectoria que regula y puede afirmarse que el mecanismo de traslado o extensión de responsabilidad que establece, ha dejado de lado, *ex profeso*, la exigencia de una prueba de maniobras de ese tipo, fijando, por el contrario, la figura de solidaridad objetiva, bajo la única condición de hallarse presente el supuesto que resulta la clave de entrada en la operatividad de la norma , esto es que los trabajos o servicios contratados o subcontratados correspondan a *"la actividad normal y específica propia del establecimiento"*. Resulta obvio señalar que la acreditación de una maniobra fraudulenta en la presentación de una contratación o subcontratación de trabajos o servicios con otro empresario, será suficiente para que aparezca la norma legal correspondiente, imponiendo la realidad por encima de la apariencia (art. 14 LCT), pero en este caso, ya no estaremos frente a la hipótesis que contempla el art. 30 de la LCT ya que las relaciones jurídicas laborales propias de los trabajadores afectados a aquéllas,

(13) Se verá en seguida la historia del dispositivo a partir de la ley 20.744.

se habrán establecido directamente con el empresario principal o fingido comitente, quien pasará a mostrar su auténtico rol de empleador, en cuyo caso no cabe hablar de responsabilidad solidaria sino simplemente, de la que es propia de ese carácter.

Reiterando lo expresado, hay un primer punto que cabe abordar cuando se propone el estudio de los efectos de la contratación y subcontratación, dentro del texto de la LCT, y es el de esclarecer el sentido de esta norma frente a la estructura misma del régimen que regula el contrato de trabajo. Porque resulta fundamental partir del hecho de que se trata de una disposición que enfrenta la realidad de un comportamiento regular y normal de la actividad empresaria, antiguo como lo es el desarrollo del comercio y la industria y en consecuencia determinar si el legislador se ha propuesto descalificar tales modalidades de acción económica, arrinconándolas en el terreno de lo ilícito, o si por el contrario, la ley asume la existencia de ese fenómeno y desea, dentro del propósito protectorio del trabajo subordinado que la inspira, regular responsabilidades de manera de intentar asegurar los créditos que puedan generarse a favor del trabajador. En otras palabras, cómo debe entenderse esta norma: es una descalificación del mecanismo de contratación y subcontratación; o se trata de una interferencia en ese comportamiento lícito para dar mayor seguridad al crédito laboral.

Creo que no cabe duda acerca de que el tratamiento otorgado por la LCT a la contratación y subcontratación —lo mismo que sucede con la formación de grupos económicos a lo que se refiere el art. 31, con la salvedad de la conducta fraudulenta o temeraria— es el de la admisión en el ordenamiento jurídico de la posibilidad de un tipo de contrato comercial mediante el cual un empresario conviene con otro la realización de una obra o parte de ella, utilizando, capital propio y mano de obra dependiente del segundo, asumiendo, sin embargo aquél, una responsabilidad vicaria, respecto de créditos laborales, para el caso de que esos trabajos correspondan a la actividad normal, propia y específica del establecimiento en el cual se genera tal contratación. Para lograr ese objetivo, se ha valido de la técnica jurídica de la solidaridad, institución tradicional del derecho civil, que se traslada al ámbito del derecho del trabajo teniendo en cuenta que no existe incompatibilidad alguna con principios propios de la disciplina; por el contrario, resulta idónea para realizar estos últimos. Tal la posición de este mecanismo protector.

No ha sido preciso para obtener el fin perseguido, quitar licitud al contrato y a la vez ha fijado un mecanismo en el cual se hace innecesario, superfluo, investigar si el contrato es o no fraudulento: esté o no teñido de tal ilicitud, la solidaridad cubre cualquier tipo de intento de evadir responsabilidades.

Una observación cabe formular y es la que se refiere a que el aseguramiento que brinda la norma, como dije dentro de una figura lícita o aún en el supuesto de que se haya aparentado la existencia de un sujeto contratante ajeno al empleador principal, sólo cubre la hipótesis de que el objeto del contrato corresponda a la actividad normal, propia y específica del establecimiento. Por lo tanto en los demás casos, en los que se contratan obras o servicios que no tengan esa característica de "sustancialidad" o de "inherencia", o de ser normal, propia y específica, no cabrá la solidaridad y en todo caso —si no media fraude que permita, después de investigado y acreditado, ignorar el contrato y enfrentar directamente al empleador real— sólo cabrá la acción a que se refiere el art. 136 de la LCT, concordante con el antecedente del art. 1645 del Código Civil.

Esta cuestión, que puede titularse como la licitud de la contratación y subcontratación, presenta sin embargo aspectos interesantes a considerar. Se trata de que se ha dado en la negociación colectiva una manifestación de claro contenido de intereses sindicales (14) traducidas en la incorporación de cláusulas por las cuales el sector empresario se compromete a no contratar o subcontratar trabajos o servicios, con distintos alcances ya que a veces la prohibición alcanza sólo a aquéllos que sean propios y específicos de la actividad del establecimiento, o se extiende a cualquier clase de tercerización. Al respecto, se han manifestado distintas opiniones doctrinarias. Por un lado se ha sostenido que la cláusula en cuestión resulta una restricción al derecho de contratar, garantizado en la Constitución Nacional (art. 14) y por lo tanto no puede cohibirse al empleador, tal ejercicio por la vía colectiva. Frente a esta posición se sostiene que

(14) Se trata de mecanismos de expansión de representación, más allá de lo que el régimen de personería gremial admite, con la pretensión de abarcar más actividades que las que propiamente le reconoce aquélla, produciendo como consecuencia inevitable, el cercenamiento de la acción sindical de gremios de menor dimensión o que actúan básicamente, en empresas que se desempeñan como contratistas o subcontratistas, con lo que no disponen, en el caso particular de la obra contratado o subcontratada, de fuerza suficiente para impedir el avance del gremio de la actividad.

la sujeción a las cláusulas convencionales por parte del empleador individual, resulta de los efectos normativos de alcance general que son propios de la convención colectiva debidamente homologada, celebrada por quienes ostentan legítimamente, la representación de todo el sector empresario. En este sentido la orientación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia convalida tal vínculo obligatorio de las convenciones colectivas (15), vedando al empleador individual cuestionar obligaciones impuestas por aquéllas. Sin embargo, debe señalarse que esta doctrina de sometimiento a la norma colectiva, ha sido cuestionada también a nivel constitucional, aunque del lado del trabajador, invocándose una garantía de la Carta Fundamental como ha ocurrido con un convenio que desconocía la estabilidad que establece al empleado público, el art. 14 bis (16) o, ahora del lado del empleador, cuando se ha cuestionado la validez de una cláusula que establecía la estabilidad absoluta en la actividad privada (17). Esto conduce a considerar que aquel sometimiento automático a las normas colectivas, por proyección de la voluntad colectiva, tiene limitaciones derivadas del rango supremo de las garantías que contiene la Constitución Nacional, entendido esto como el conjunto de derechos que asegura el texto constitucional propiamente dicho, como aquellas cláusulas incorporadas al mismo nivel por la disposición del art. 75 inc. 22, segundo párrafo, introducida en la reforma de 1994.

---

(15) "Potenze, Pablo c. Federación de Empleados de Comercio", 11/10/1961, DT, 1972-569.

(16) "Madorrán, María c. Administración Nacional de Aduanas", 3/5/2007, TySS, 2007-418.

(17) "Figueroa, Oscar c. Loma Negra S.A.", DT 1984-B, 1809. Acerca de esta sentencia —y de las que le siguieron en el mismo sentido— recordaré, junto con JUSTO LÓPEZ, que se deben considerar aspectos puntuales del instrumento en el que aparecen pactadas tales condiciones de protección de la estabilidad en el empleo ya que si se tratara, p.e., de una convenio colectivo de ámbito exclusivo para una empresa, no sería admisible el cuestionamiento, en tanto la norma es producto de la autonomía de la voluntad del empleador. En tal sentido, aparecería como una limitación del poder de denuncia que le otorga la ley, y esto no aparece francamente chocante con ninguna garantía constitucional. En un sentido análogo, si por un convenio de empresa se estipulara la prohibición de subcontratar servicios o trabajos, de la naturaleza y nivel que sea, difícilmente se pudiera admitir una impugnación posterior a tal limitación de la libertad de contratar. Resulta redundante recordar que la garantía del art. 7º de la LCT, en la materia opera exclusivamente a favor del trabajador y por el contrario, la previsión del art. 8º establece la prevalencia de la norma más favorable que provenga de la convención colectiva.

Dentro de este esquema, sin embargo, caben otras reflexiones, éstas referidas a los efectos del incumplimiento de esa prohibición convencional. Porque en general la cláusula de prohibición viene acompañada de una previsión sobre el incumplimiento, referida a que si el empleador infringe tal veda, se aplicará a los trabajadores pertenecientes al contratista o subcontratistas las cláusulas del convenio colectivo celebrado por el empresario principal o igualmente, el correspondiente a la actividad en la que se halla comprendido. En primer lugar corresponde precisar si la prohibición es válida. Partiendo del supuesto de que sí lo fuera, su incumplimiento no podría trascender el ámbito mismo del convenio y eventualmente se materializaría la configuración de una falta o contravención en términos de normas de policía del trabajo, ya sea la que la propia ley 14.250 contiene (art. 12) o las generales de la materia (leyes 18.694 y 25.212). Considero que más allá de esta consecuencia, la infracción no privaría de efecto al contrato celebrado entre el empresario y la contratista o subcontratista y mucho menos podría pensarse en extender la eficacia de las normas de la convención colectiva en cuestión, a otro sujeto empleador o trabajador, ajeno al ámbito de aquélla. Recuérdese al respecto, los límites de aplicación que posee un convenio colectivo, ligados a la representación colectiva que ejercen los sujetos que lo negociaron y celebraron.

Corresponde aquí formular una necesaria distinción que juega en este tema de las limitaciones eventuales al derecho del empleador de contratar o subcontratar parte de su actividad productiva, mediante delegaciones en otros empresarios de unos determinados trabajos o servicios, tiene en el caso previsto en el art. 29 bis de la LCT una concreta restricción. En efecto, según esta norma y la reglamentación dictada por el decreto 1694/06, tal posibilidad está restringida a las tareas eventuales, entendidas éstas según lo prevé dicho dispositivo, a *"personal industrial, administrativo, técnico 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"*. Como es sabido, si el suministro de personal a un empleador, excede esas limitaciones, la relación jurídica del empleador con esos trabajadores, se entenderá establecida en los términos del art. 29 de la LCT y en consecuencia el trabajador resultará empleado directo de quien utiliza la prestación. Esto im-

plica, como se ve, una restricción al campo de ejercicio del derecho de contratar, que va mas allá, naturalmente, de la protección del crédito del trabajador por la vía de la solidaridad aplicada en el art. 30.

Con lo dicho queda en claro que la norma no ignora que este tipo de contrataciones y subcontrataciones puede dar origen a maniobras evasivas que pretendan aparentar delegaciones de responsabilidad en terceros ajenos a la relación, pero esta hipótesis, para el caso en el que funcione la nota esencial ya marcada que abre la operatividad de la norma, no interesa, sino que mediante la técnica de la solidaridad impuesta —dentro de la limitación ya señalada— la ley supera cualquier tarea investigativa o de dificultosa prueba y de manera objetiva, extiende la responsabilidad al empresario principal contratante. No es necesario invocar fraude; la ley supera esta exigencia y otorga la protección aunque —lo repito— limitada al supuesto de esas contrataciones que resultan la delegación de trabajos o servicios que normalmente, se debieran realizar dentro de la órbita de organización empresaria propia. Podrá decirse, quizás con razón, que el legislador, conocedor de la experiencia de comportamientos evasores, ha preferido obviar esa condición, a veces de difícil superación, y ha preferido la regla de la solidaridad objetiva, aunque circunscripta a un foco que se ilumina cuando se está en el corazón mismo de la actividad de la empresa (18).

Es interesante señalar, como dato orientativo —aunque naturalmente no vinculante ni aún como fuente doctrinaria por la distinta estructura jurídica de los sistemas normativos— la interpretación que se ha dado en España a la norma del art. 42 del ET, en el sentido de que los trabajos susceptibles de ser contratados o subcontratados —celebrar contratas en la terminología española— sólo pueden ser los correspondientes a una actividad que posea "sustantividad" y que correspondan a tareas *"habituales y permanentes"*. De este modo, la interpretación de que se da cuenta (19) limita la figura de contratación o subcontratación a la de

(18) Más abajo examinaré cuál ha sido la evolución del texto de esta norma a partir de su primera redacción aprobada por la ley 20.744, y de qué manera la ley 21.297 rearmó su esquema.

(19) PEDRAJAS MORENO, *op. cit.* p. 234.

los contratos por tiempo determinado que regula el art. 15.1.a) del Estatuto. La limitación a que se refiere este autor, evidentemente no es comparable con la que se ha examinado en la hipótesis de cláusulas convencionales que prohíben contratación o subcontratación de trabajos o servicios normales y específicos propios del establecimiento y más aún, cuando la prohibición es más amplia, ya que en el caso español, se trata de una reglamentación ***legal*** de la capacidad de contratar que puede ser aceptada como razonable. En nuestro caso, la impugnación —supuesto que se considere viable— iría dirigida a una restricción que directamente incide en la habilitación expresa de la ley, con lo cual la limitación resulta francamente opuesta a la norma que consolida —con su reglamentación abierta— la garantía constitucional. De todos modos, la cuestión no se soluciona simplemente, con considerar la prohibición vulneratoria de la garantía, si no se pondera juntamente con el efecto vinculante de una cláusula contratada por vía de la representación colectiva.

Como se concluye de esta breve digresión, no puede dejarse de lado la cuestión sin hacer una reflexión sobre la eficacia de las cláusulas convencionales cuando invaden garantías constitucionales y sobre cuál ha sido el criterio con que la Corte Suprema de Justicia, encaró las impugnaciones que fueran dirigidas contra algunas de las estipulaciones colectivas.

C. El art. 30 como norma técnica de protección

La adopción por parte del legislador de la técnica de la solidaridad como instrumento para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, responde obviamente al objetivo elemental de nuestra disciplina con raiz constitucional. En este sentido, el caso del art. 30 no es nada más que uno de los supuestos que fueron contemplados en la LCT y en otras disposiciones del mismo género.

Así en el mismo cuerpo legal se deben citar los arts. 29 y 29 bis dirigidos a acumular a la otra técnica que es la desconocer al intermediario la calidad de empleador, la de imponerle la solidaridad con las obligaciones de quien recibe la prestación a quien se considera como titular de la vinculación.

También se vale de la extensión de obligación por solidaridad en el supuesto de grupo económico cuando ha mediado fraude o conducción temeraria (art. 31); en el caso de los adquirentes y trasmitente en las transferencias de empresas y en las cesiones de personal (arts. 225 y 229). También encontramos, introducida de modo impreciso y con lenguaje inapropiado, la técnica de la solidaridad en el art. 136 de la LCT la posibilidad de que los trabajadores contratados por contratistas e intermediarios de exigir al *"empleador principal"*, en la relación de estos últimos, la retención de lo que deban percibir éstos y les paguen el importe de lo adeudado por remuneraciones u *"otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral"* (20).

En estatutos especiales también se utiliza el instrumento de la solidaridad, como ocurre con el art. 4º de la ley 12.713, el art. 32 de la ley 22.250 (hoy reemplazado por el art. 30 de la LCT), el art. 9º de la ley 22.248 y el art. 6º de la ley 20.160.

En otras normas, como el art. 13 de la ley 23.660, de obras sociales, se regula de la misma forma y en disposiciones de leyes aplicables subsidiariamente como en los arts. 54 y 274 de la ley 19.550 de sociedades o en los art. 10 y 11 de la ley 11.867 de transferencia de fondos de comercio. Esta enunciación comprende las que en principio resultan aplicables a las relaciones laborales, según el caso, pero es dable recordar que en disciplinas vinculadas con la recaudación fiscal, comprendiendo las relacionadas con los recursos de la seguridad social.

La circunstancia de que la ley laboral haya establecido la regla de la solidaridad para determinados supuestos, no implica, en modo alguno, una regulación distinta de la propia de la institución que está enclavada en el Código Civil. Si el legislador hubiera deseado dar a la solidaridad un contenido "laboral", se hubiera pronunciado de manera explícita, siguiendo el criterio que adoptó para trasladar instituciones civiles al ámbito propio de esta disciplina, tal como se observa p. ej. en el art. 260 de la LCT . En vez de eso se ha limitado a

(20) Es evidente que el texto de esta norma ha quedado marginado de la reforma que por la ley 21.297 se introdujo al art. 32 del texto original de la LCT, ya que la idea de considerar "empleador principal" al empresario que contrata o subcontrata, fue reemplazada por la extensión de obligaciones con carácter de deudor solidario pero manteniendo su ajenidad al contrato entre el trabajador y el contratista o subcontratista.

mencionarlo y por lo tanto —siguiendo la opinión de Vázquez Vialard, entre otros— corresponde tener al régimen de las obligaciones solidarias a que hace referencia el Código Civil como tal, sin otra elaboración que la que es propia de las interpretaciones de la norma común (21).

En esta cuestión de la adaptación de la institución civil a la preceptiva laboral, se han planteado conflictos varios de orden procesal en los que se cuestionaba la posibilidad de que el acreedor laboral reclamara la obligación incumplida sólo al deudor solidario y no a su empleador (o viceversa). Esta situación se dio muy particularmente en los casos en que el empleador pedía su concurso o se declaraba su quiebra, provocándose de tal modo la incompetencia del tribunal del trabajo para producirse la atracción al fuero donde tramitara el concurso o la quiebra. La reacción de la parte actora en tales hipótesis, consistía en desistir de la demanda iniciada contra ambos deudores —el empleador y el solidario— para poder continuar el litigio exclusivamente con este último (22). Después de algún tiempo en el que se produjeron sentencias admitiendo o denegando la continuación del juicio en tales condiciones restringidas, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, emitió el fallo plenario "Ramírez, María c. Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro" (23) en el cual se estableció que era de plena aplicación en el ámbito del contrato de trabajo, la norma del art. 705 del Código Civil por lo que el acreedor laboral, igual que cualquier otro, puede dirigir su acción contra cualquiera de los sujetos obligados en mérito al precepto de la solidaridad (24).

(21) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, "La interpretación en el derecho del trabajo, de la ley no laboral", en *Estudios de derecho individual y colectivo del Trabajo y la Seguridad Social*, Instituto del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Colegio de Abogados de San Isidro, 2004, p. 364, con nota bibliográfica.

(22) Estas situaciones se plantearon sobre todo en los casos de extensión de la obligación del empleador a los directores y socios de sociedades comerciales en mérito a lo dispuesto por los arts. 54 y 274 de la Ley de Sociedades.

(23) Sentencia plenaria del 3/2/06 en ElDial.com. 9/2/06 y La Ley 14/2/06.

(24) Se trata de un aspecto que linda con los más netamente procesales a los que nos referiremos más abajo.

CAPÍTULO II

LOS CONDICIONAMIENTOS DE APLICACIÓN DEL ART. 30 LCT

SUMARIO: A. Antecedentes del art. 30 LCT.— 1) La reforma de la ley 25.013. 2) Los criterios de interpretación de la norma.— B. Qué contratos están comprendidos en la norma.— C. La clave de aplicación de la norma.— D. Qué obligaciones están alcanzadas por la solidaridad. — E. Aspectos procesales de la aplicación del art. 30.— F. Solidaridad por aplicación de normas extralaborales.

A. ANTECEDENTES DEL ART. 30 LCT

Estimo conveniente que este apartado contenga un análisis comparativo de la norma con sus antecedentes, para marcar cuál es el criterio que el legislador adoptó a partir de 1976, no alterado, sustancialmente a mi juicio, con la reforma de 1998 (ley 25.013). Es evidente que desde la ley 21.297, se cambió de manera trascendente el esquema de severidad con que se trataba la posibilidad de contratación o subcontratación, pasando a una fórmula de mayor amplitud, en términos de admisión de situaciones no abarcadas por la sanción de solidaridad y excluyendo la de establecer la relación directa entre trabajadores de contratistas y subcontratistas con el empresario comitente. Veamos cómo fueron esas etapas.

a) En el Régimen del Contrato de Trabajo, aprobado por la ley 20.744, se regulaba la *"interposición y mediación"* con un texto semejante al actual art. 29 . Allí se imponía la relación directa entre el trabajador y quien utilizara sus servicios, además de establecer la solidaridad entre el que resulta empleador y *"los terceros contratantes"* o sea el intermediario. No existen diferencias con la ley ac-

tual salvo el añadido que efectuó la ley 21.297 para referirse como excepción a la regla de solidaridad, a *"los servicios eventuales que se presten por empresas reconocidas al efecto por la autoridad de aplicación, según lo que se prevé en el art. 100"* que luego fue a su vez reformado por la ley 24.013.

Desde ya adelantamos que con esta norma se establecen dos técnicas de protección ya que por un lado se fija con claridad que el contrato de trabajo se formaliza con el beneficiario del trabajo y por otro, superpuestamente, se impone responsabilidad solidaria para el empleador y el que suministra la mano de obra. Doble protección que evidencia la prevención del legislador hacia este tipo de intermediación que tantas preocupaciones venía exigiendo para evitar las maniobras elusivas.

Es análisis de la relación especial *tripartita* a que se refiere particularmente la modificación del último párrafo del art. 29 y la incorporación del art. 29 bis, no es el objeto de este capítulo a nuestro cargo de manera que omitiré otros comentarios. Por ahora marcamos la evolución de las normas en la cual se observa un reconocimiento de la contratación por la vía de empresas especializadas en el suministro de personal destinado a cumplir tareas eventuales fruto de necesidades que no son las propias y comunes del establecimiento. Esta hipótesis en la ley de 1974 no era distinguida de la que se da en toda contratación de trabajadores *"con vistas a proporcionarlos a las empresas"*. También se deben tener presente las precauciones que toma el legislador para evitar el fraude a la ley en esta materia, teniendo en cuenta que no siempre se utiliza la fórmula de la contratación temporal eventual para realizar trabajos que tengan esa naturaleza.

Pero la norma que abarca la generalidad de las situaciones de contratación y subcontratación —tema central de nuestra atención— fue la del art. 32 de la LCT de 1974 y allí se observa una diferencia sustancial con el sistema actualmente vigente en el tratamiento de la solidaridad y de la otra técnica que representa otro mecanismo de protección, consistente en crear una doble relación jurídica laboral.

En el art. 32 de la LCT original se consideraban —como sucede con el actual art. 30— dos situaciones:

- la primera, cuando en general se cede, contrata o subcontrata *"el establecimiento"* para la realización de obras o la prestación de servicios que hagan a su actividad *principal o accesoria,* en cuyo caso el empresario que cede, contrata o subcontrata, debería exigir el adecuado cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social por parte de los contratistas o subcontratistas resultando además, y *en todos los casos solidariamente responsable* por las obligaciones del cedido, contratado o subcontratado.

- la segunda situación correspondía al supuesto de que la contratación o subcontratación correspondiera a la *actividad normal y específica propia del establecimiento* en cuyo caso se consideraba que *la relación de trabajo con el personal afectado a la contratación o subcontratación estaba constituida* ***con el principal.***

Estas dos hipótesis también son recogidas por el actual art. 30 pero las soluciones difieren, como es sabido, ya que sólo en el segundo caso se establece una extensión de responsabilidad que consiste en la solidaridad del empresario principal y del empleador contratista o subcontratista. Se ha eliminado la técnica del establecimiento de relación directa con el principal. Y en esto reside el cambio sustancial del año 1976 que no ha sido modificado en la reforma de 1998 por la ley 25.013.

En cuanto al tratamiento de las " *Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad"* que eran tratadas en el art. 33 original y hoy se encaran en el art. 31, también se operó un cambio importante en la reforma de la ley 21.297. En efecto, en 1974 la posibilidad de interposición de personas realizada mediante una pluralidad de empresas, se trató severamente aunque, como lo señaló la doctrina, con una técnica confusa e imprecisa que le restaba eficacia o más bien razonabilidad. Según el aludido art. 33 resultaba que *"siempre que una o más empresas... estuvieran*

- *bajo la dirección, control o administración de otras",* o
- *"de tal modo relacionadas que constituyan un grupo industrial, comercial o de cualquier orden, de carácter permanente o accidental",* o
- *"para la realización de obras o trabajos determinados",*

se establecía la solidaridad entre todas las empresas vinculadas en relación a las obligaciones de cada una respecto de los trabajadores y los regímenes de seguridad social.

La extensión inusitada a que las fórmulas utilizadas podía conducir, hizo que el texto fuera duramente criticado toda vez que una aplicación textual indicaba solidaridades entre empresas que eventualmente no tuvieran realmente vinculación de tipo accionario o de control o dominio de ninguna especie, pero que quedaban abarcadas por la disposición ya que por la expresión *"o de cualquier otro orden, de carácter permanente o accidental"* podía llegarse a extender la solidaridad por incumplimientos, lo que conducía en hipótesis al menos, a extremos inadmisibles.

Cabe destacar que en ninguno de los tres dispositivos de la ley de 1974 que se han reseñado, se hace referencia alguna a la exigencia de prueba del fraude en que pudieran haber incurrido los sujetos de las relaciones empresarias enumeradas en cada caso. Es decir no importa aquí si la contratación o subcontratación oculta una relación directa por inexistencia real de otro empleador; tampoco importan la presencia o ausencia de aquellos requisitos a los que la jurisprudencia aludía para establecer el grado de responsabilidad o simplemente para tener por no existente al empleador contratista o subcontratista. En esto se observa un criterio legislativo según el cual la prevención del fraude se instrumentaba de tal modo que no se exigía la prueba de éste, estableciendo lo que se podría calificar como una responsabilidad solidaria *objetiva*. No es ésta, la posición de la reforma de 1977 para todos los casos regulados en el capítulo ya que al art. 31, sucesor del art. 33 explicado, se le añade que para que opere la solidaridad allí prevista, sea necesaria la prueba de la *"maniobra fraudulenta o conducción temeraria"*. En las dos normas precedentes —arts. 29 y 30 y lo mismo que en el nuevo art. 29 bis, ni en su reglamentación— no se observa en cambio referencia a la prueba del fraude o lo que es lo mismo, se mantiene la figura de solidaridad objetiva antes mencionada.

De este modo el legislador con los arts. 31, 32 y 33 de 1974, había superado claramente la técnica jurisprudencial —que no disponía de normas especiales— y también a la fórmula que implementó en el art. 14 de la misma ley de contrato de trabajo, ya que no impuso para los casos de interposición y contratación o subcontratación,

la cobertura y a la vez exigencia de orden general que contiene el mencionado art. 14. Pero el legislador de 1977 la incorporó expresamente en el supuesto del art. 31, con lo cual se ha dicho que derivó en superfluo el dispositivo sobre grupos económicos porque la hipótesis allí contemplada, pero relativizada, ya se encontraría incluida en la del art. 14 que fulmina con la nulidad *"todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas* (habrá querido decir "formas") *contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio".*

En materia de transferencias del establecimiento o de cesión del personal, no se modificó el texto original.

En resumen, lo que se ha querido destacar con esta referencia histórica es la modificación del criterio legislativo dirigido a restringir los mecanismos de protección por la vía de la solidaridad, a supuestos más específicos, derivando al fin y como se verá, tal extensión de responsabilidad, a una condición central que viene a constituir la clave para la aplicación de la norma que estamos estudiando (art. 30 de la LCT en su texto impuesto por la ley 25.013).

1) La reforma de la ley 25.013

La ley 25.013 introdujo en su art. 17 una modificación de importancia en el art. 30 de la LCT relativo al tratamiento de las situaciones de cesión o subcontratación de trabajos y servicios de la empresa. El tema, como lo registra la abundante doctrina y jurisprudencia existente sobre el tema, merece un examen que no se limite al análisis del texto con que se reemplaza el segundo párrafo del mencionado art. 30 toda vez que la inteligencia de la norma, tal cual ha quedado redactada seguirá, según entendemos, provocando interpretaciones encontradas y por lo tanto se requiere un conocimiento sintético de lo acontecido hasta aquí sobre la materia desde la época en que sin que existiera norma específica de derecho del trabajo —es decir hasta 1974 cuando se sancionó la LCT— los jueces se encargaron de encontrar soluciones adecuadas a los problemas que se suscitaban en torno a las responsabilidades empresarias, con motivo de las subcontrataciones u otras formas de descentralizar la operación productiva de las empresas.

Frente a la caracterización de los supuestos económicos que dieron lugar a las normas tuitivas y ante los nuevos tipos de combinaciones empresarias que como hemos dicho, resulten aceptables desde el punto de vista del derecho, puede presentarse como desactualizada la solución de los dispositivos pensados y elaborados para aquellas otras realidades y esto puede por lo tanto dar lugar a deformaciones injustas.

De allí surgió desde hace tiempo la preocupación de la adaptación de la legislación a esas nuevas formas de manera de no admitir que por esa vía se desconociera el efecto tuitivo de la norma y a la vez que por la aplicación de ésta de manera estricta y generalizadora en exceso, se impidieran adaptaciones ilegítimas en el campo del derecho para aprovechar ventajas de orden económico beneficiosos en fin, para la generalidad de la población.

En este sentido se registraron aportes interesantes de la doctrina y de la jurisprudencia que no han sido recogidos adecuadamente al momento de abocarse el legislador a redactar la reforma que estamos comentando. En efecto la ley 25.013 modificó el texto del art. 30 de la LCT de forma tal que los comentarios que se han efectuado precedentemente, sobre todo los referentes a las repercusiones de la doctrina de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, resultan plenamente válidos de manera que deben tenerse en cuenta para la interpretación actual de la norma mencionada.

Una corta historia de esta reforma reproduciría las alternativas políticas que rodearon el proceso de la llamada "reforma laboral" de 1998. Nos limitaremos a aquello que aporte elementos de interés para la inteligencia del nuevo texto y para ello es preciso tomar tres datos o puntos de referencia:

a) El primero constituido por el texto de la llamada "Acta de Coincidencias" que como es sabido consistió en un acuerdo político entre el gobierno nacional y la Confederación General del Trabajo (es decir sin la participación de ninguna representación empresaria, aunque posteriormente se adhirió a dicho acta la Confederación General Económica y el Consejo de la Pequeña y Mediana Empresa), celebrado con fecha 9 de mayo de 1997. En este documento no figura la modificación del art. 30 ni se menciona el tema de la solidaridad;

b) El segundo está representado por el proyecto de ley de reforma presentado por el Poder Ejecutivo sobre la base, según lo expresa el mensaje respectivo, de aquella "acta de coincidencia"; aquí aparece la propuesta de cambio del texto del art. 30 de la LCT;

c) El tercero lo encontramos en el texto finalmente aprobado por el Congreso en setiembre de 1998, en el cual se introdujeron algunas modificaciones al proyecto del Poder Ejecutivo y que —sin observaciones sobre este particular— fue promulgado como ley 25.013 (1).

La evolución registrada en este proceso indica a nuestro juicio, una preferencia final por el legislador no en el sentido de precisar los alcances de la responsabilidad solidaria, tal como se requería frente a las dificultades de aplicación de la norma, sino aparentemente, pero sólo aparentemente, establecer ciertas condiciones para excluir dicha extensión. Lamentablemente ha utilizado una técnica deficiente que sólo ha traído como consecuencia una fórmula ambigua que no es suficiente para delimitar aquellos confines dentro de los cuales un empresario que subcontrata, puede considerar que se halla exento de responsabilidad solidaria si cumple con determinados requisitos. Por el contrario, entendemos que el *texto sancionado* ***ha dejado subsistente el régimen general y objetivo de responsabilidad solidaria que hemos puntualizado en párrafos precedentes.***

Trataremos de fundar esta conclusión mediante el análisis conjunto del texto del art. 30 de la LCT tal como ha quedado después de la modificación de su segundo párrafo.

Comenzaremos por destacar que en el párrafo modificado de la LCT original, se establecía un principio de responsabilidad solidaria extendido a "todos los casos" previstos en el primer párrafo, esto es los descritos como subcontrataciones o cesiones de trabajos o servicios que correspondan a la actividad normal y específica propia del establecimiento. En cambio en la reforma se introduce un esquema

(1) Una historia ilustrada con nombres y apellidos de los intervinientes en este proceso, aparece narrada, según su versión por DE DIEGO, JULIÁN, en *La reforma laboral. Ley 25.013*, V.V.A.A., Ed. Abeledo Perrot, 1998, p.12.

sancionatorio imponiendo la solidaridad a aquellos (el "principal" según el texto nuevo) que no cumplan con las exigencias que se indican en la norma (cuarto párrafo del artículo en su redacción actual).

Esto induce a primera vista a una interpretación totalmente contraria a la que anteriormente presentaba la norma ya que en vez de establecer solidaridad para "todos los casos", se abre una salvedad importante al expresar que la solidaridad sólo operará como sanción para los incumplidores. Es evidente que el esquema lógico es totalmente diferente y transcurre desde la omnicomprensión de la disposición antigua, ("en todos los casos serán solidariamente responsables") al encuadramiento de la responsabilidad solidaria como sanción sólo para ciertos casos.

Hasta aquí el análisis formal de esta reforma ya que el examen puntual y material de la disposición conduce, a nuestro juicio, a otra conclusión muy distinta.

Empezaremos por proponer una lectura que sea coherente con este esquema que acabamos de exponer. De acuerdo con esta postura, podría entenderse que las exigencias del segundo párrafo modificado, constituyen la especificación de lo que en el primer párrafo constituye el deber de todo empresario que ceda o subcontrate en las condiciones indicadas allí. De manera que se podría leer la norma de forma que la exigencia del *"adecuado cumplimiento"* a que se refiere el aludido primer párrafo, estuviera constituido por las exigencias del segundo párrafo. Y entonces, si se cumple con éstas, la ley considera satisfecho el deber de exigencia del *"adecuado cumplimiento"*. De esto se seguiría que quien satisface la obligación de exigir a sus cesionarios o subcontratistas el número de CUIL de cada uno de los trabajadores que presten servicios, la constancia de pago de las remuneraciones y la copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, así como la titularidad de una cuenta corriente bancaria y la cobertura por riesgos del trabajo, queda exceptuado de toda responsabilidad por los incumplimientos eventuales del contratista, subcontratista o cesionario.

Esta interpretación no es sin embargo la que debe prevalecer a nuestro juicio, frente al texto completo de la norma, la cual se presenta, en cambio, con otro sentido que está determinado por la utilización del adverbio que acompaña el enunciado de las obligaciones contenidas en el segundo párrafo.

Efectivamente, puede leerse en dicho segundo párrafo que *"los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir **además** a sus cesionarios o subcontratistas..."* De este modo, si se lee correctamente el texto íntegro se concluye que las exigencias del segundo párrafo se ***añaden*** a la obligación que en el primer párrafo se establece consistente en la exigencia del "adecuado cumplimiento". Son, si se quiere, detalles que integran dicho control pero no representan la única forma de satisfacerlo o sea que no excluyen otros medios porque según la ley, los especificados son unos requisitos que ***se suman*** al más genérico expresado en el primer párrafo. Esto es lo que significa el adverbio "además". Su inclusión, posee sin duda un significado que no es desdeñable y representa una voluntad legislativa a la cual debe darse la trascendencia que merece.

Con lo dicho resulta que la norma del art. 30 bajo la apariencia, sólo apariencia, de un cambio de estructura lógica como la que hemos explicado más arriba, mantiene sólidamente el sistema de responsabilidad solidaria amplio y objetivo ya que lo cierto es que la exigencia del *"adecuado cumplimiento"* resulta una fórmula vacía de contenido toda vez que siempre que se produzca un incumplimiento del cesionario o subcontratista quedará en evidencia que no ha producido un control del *"adecuado cumplimiento"* y consiguientemente operará la sanción a que se refiere el cuarto párrafo de la norma.

La conclusión que se ha adelantado, se halla confirmada por lo demás, con las palabras con que se encabeza el aludido cuarto párrafo. En efecto, con punto y aparte, el legislador ha expresado que *"el incumplimiento de **alguno de los requisitos** hará responsable solidariamente..."* O sea que la sanción se produce como consecuencia de inobservancia de cualquiera de las exigencias, no sólo las del párrafo segundo sino de todos los precedentes, incluyendo obviamente al primero que también contiene un "requisito". Entendemos que si la ley hubiera deseado circunscribir las exigencias a los requisitos del segundo párrafo, no se hubiera añadido el adverbio "además" que es precisamente el que representa la idea de sumar y no de circunscribir.

Por eso hemos destacado más arriba que el esquema lógico que presenta la norma se halla desfigurado por su texto que en definitiva ha dejado en pie el sistema anterior según el cual, en realidad, la solidaridad se aplicará *"en todos los casos"* por aquello de que si existe incumplimiento será porque no se ha efectuado un control del *"adecuado cumplimiento"*.

No desconocemos que otras interpretaciones pueden llevar a conclusiones más limitativas del sistema establecido en la reforma, pero para ello deberán sortearse algunos obstáculos como los que se acaban de reseñar. Así por ejemplo, podría decirse que la obligación del empresario principal, tal como está impuesta por la norma se reduce a un comportamiento consistente en "exigir" de parte del cesionario o subcontratista. Tanto en el párrafo primero subsistente, como en el segundo agregado por la reforma, se expresa como obligación del empresario principal la de "exigir". Y esto podría leerse como una conducta que no va más allá que la de comunicar al cesionario o subcontratista que debe cumplir con esas exigencias: tanto la del "adecuado cumplimiento", como las enumeradas en el segundo párrafo. Por este lado, incursionaríamos en una distinción tradicional de las obligaciones ubicando a las impuestas por esta norma como las de "medio" o como las califican algunos autores, "obligaciones generales de prudencia y diligencia" (2). Esta distinción de las otras obligaciones conocidas como de resultado o determinadas no tiene en la actualidad aceptación general en la doctrina pero lo cierto es que en el caso que nos ocupa, tendría relativa aplicación si se tiene en cuenta que el régimen de la prueba en esas dos distintas categorías de obligaciones, consiste en que el acreedor (el trabajador o los órganos del sistema de seguridad social) debe probar en las obligaciones de medio el incumplimiento del deudor (en el caso el empresario principal). Ahora bien, ¿ podría aceptarse que un empresario principal ha satisfecho su obligación con sólo dirigir al cesionario o subcontratista —que luego no cumplió adecuadamente con los requisitos impuestos por la ley— una comunicación exigiendo dicho cumplimiento? No parece razonable semejante interpretación que quedaría en un mero formalismo, alejado claramente de los principios interpretativos en materia de cumplimiento de los contratos y en particular del contrato de trabajo. Porque de todos modos la prueba de que el cumplimiento por parte del empresario principal no fue eficaz sino deficiente en tanto no logró el objetivo de la ley, se produce objetivamente por la manifestación del incumplimiento del cesionario o subcontratista.

La otra alternativa que se ajusta según nos parece más cercanamente al propósito de la ley, inspirada en la voluntad de obtener un cumplimiento cabal de las normas tuitivas del trabajo subordinado, es considerar que la obligación impuesta por la norma no se agota

(2) Conf. MAYO, JORGE A., en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, dirigido por AUGUSTO C. BELLUSCIO, Astrea, 1979, t. 2, p. 639.

con la conducta de "exigir" formalmente, sino que comprende el deber de realizar un control efectivo del "adecuado cumplimiento" y en particular de los referidos expresamente en el segundo párrafo. Obsérvese que aún en el régimen probatorio de las obligaciones conocidas como de resultado —a la cual se asemejaría la concepción que se acaba de enunciar— el deudor frente a la presunción de culpa (3) que resulta de su incumplimiento respecto del resultado querido, podría acreditar eximentes de la responsabilidad particulares además de las comunes de caso fortuito y fuerza mayor. En nuestro caso podría alegarse y demostrarse por medios suficientemente convincentes, el engaño de parte del cesionario o subcontratista, cuestión que sólo con su planteo pone en evidencia lo azaroso del tema y la inseguridad que crea semejante sistema.

Vale la pena destacar que en la sanción del Senado se introdujeron algunas variantes respecto del proyecto del Poder Ejecutivo, y como hemos dicho antes, quedaron incorporadas al texto aprobado finalmente y promulgado. La más interesante —porque contribuye a la interpretación de carácter amplio respecto de la imposición de la solidaridad a que hemos hecho referencia— consiste en la inclusión de un tercer párrafo en el art. 30 original según el cual *"la 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".*

Como se desprende de este párrafo la obligación del empresario principal ***no se limita a exigir***, sino que se establece expresa y claramente que la responsabilidad de aquél consiste en "ejercer el control sobre el cumplimiento" y esto va más allá seguramente del mero acto de exigir desligándose del resultado de tal acto. En realidad se faculta a un empresario a actuar sobre los registros y contabilidad de otro por imperio de la ley y para evitar en todo caso la sanción de la extensión de la responsabilidad por solidaridad. Nos parece que este argumento corona decisivamente la interpretación que hemos postulado acerca de cómo debe entenderse la nueva norma.

(3) Para otros autores no existe tal presunción sino que la cuestión de la culpa no está comprendida como presupuesto de la responsabilidad civil, por lo que de todos modos no se requiere la prueba de tal culpa; basta con acreditar el incumplimiento. Conf. al respecto BUSTAMANTE ALSINA en LA LEY, 99-891, citado por MAYO, *op. cit.*, p. 643.

De lo expuesto resulta que la reforma, si tenía originariamente el propósito de aportar precisiones y delimitar responsabilidades, con ánimo de evitar situaciones de desprotección y a la vez de injusticias, a todas luces no ha logrado tal finalidad y más bien representa un modelo de confusión e inseguridad en el cual los jueces deberán descubrir elementos que sean válidos para adoptar soluciones justas.

2) Los criterios de interpretación de la norma

El tema de la interpretación de las normas laborales tiene para nuestro propósito, ligado a las técnicas de protección, una trascendencia especial y más aún si lo consideramos particularmente con relación a las disposiciones en materia de solidaridad en el contrato de trabajo. En efecto, es sabido que entre las reglas de interpretación se encuentra la que sostiene que las normas deben ser leídas y aplicadas no de manera literal sino que debe extraerse de ellas el significado adecuado a las circunstancias actuales para de ese modo hacerles cobrar una verdadera eficacia. De otra forma es indudable que perderían vigencia en la medida que las pautas y referencias de la realidad social tomadas en cuenta por el legislador, cambiaran con motivo de las transformaciones ineludibles fruto del transcurso de los tiempos. Es así como cada disposición *legal* posee una virtualidad fantástica que la lanza a través de los tiempos con capacidad para regular conductas que se van adaptando a esas nuevas circunstancias influidas por elementos culturales, económicos, morales, etc.

Lo expresado cobra una trascendencia especial cuando se trata de normas laborales, porque sin discusión ni discrepancias, están íntimamente ligadas a datos socioeconómicos. En orden a esta observación recordaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el punto en ocasión de interpretar disposiciones constitucionales y legales dictadas a la luz de otras realidades y que sin embargo, por estar vigentes, resultan idóneas para solucionar conflictos trabados en otros marcos sociales y económicos. Así p.e. en el caso *"Avico c. De la Pesa"* (4) consagró la interpretación dinámica que

(4) Citado en el voto del doctor Cafferatta, como juez subrogante en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos "Sallas, Hortensi Renée s/amparo" del 10/7/2002.

nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación hace de la Constitución Nacional, señalando que *"como lo expresara el Chief Justice Marshall, a principios del siglo XIX, no debemos olvidar jamás que es una Constitución lo que estamos interpretando, una Constitución destinada a resistir épocas futuras y consiguientemente a ser adaptada a las variadas crisis de los asuntos humanos* (Marshall, *"Mac Culloch c. Maryland"*, 1819). En el mismo voto de la Suprema Corte provincial se señala que *"así en sentencia la Corte llega a afirmar que no es acertada una interpretación estática de la Constitución Nacional ,porque ella dificulta la ordenada marcha de la comunicad nacional que debe acompañar y promover la Ley Fundamental (Fallos 256:588 y otros). Además dijo que el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales: la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponerse el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de manera distinta ("Jurisprudencia Argentina",1986-IV, 584)".* Hasta aquí la cita del conjuez de la Corte de la provincia de Buenos Aires, a lo que agrega la mención de la opinión de Humberto Quiroga Lavié y colaboradores en "Derecho Constitucional Argentino", Rubinzal-Culzoni, 2001, t. I, p. 833, donde se expresa que *"no cabe invocar la Constitución con lo que significó en el momento de su adopción, sino lo que significa en el momento de su aplicación"*.

Nos parece que estos conceptos de orientación interpretativa, resultan plenamente aplicables a la lectura e inteligencia de las normas legales, inscriptas también en un contexto histórico y social determinado, que no puede abarcar la evolución de las relaciones laborales en un futuro distante e imprevisto, teñido como es obvio, de circunstancias de distinto orden —principalmente las referidas al contexto económico del cual no puede prescindirse, como se ha explicado más arriba— lo que exige una adaptación en la misma línea de los objetivos tenidos a la vista por el legislador, pero comprensiva de esa transformación.

A partir de estas líneas directivas es preciso replantear en muchos casos cuál es el sentido de normas, como p.ej. la del art. 30 de la LCT, o las de los dispositivos en materia de transferencia de establecimientos, sin abandonar, como se ha dicho, el propósito tuitivo que la inspiró.

B. ¿QUÉ CONTRATOS ESTÁN COMPRENDIDOS EN LA NORMA?

A estar al texto de la disposición que comentamos, los supuestos contemplados son los de cesión, contratación y subcontratación —esta última sin limitación en la sucesión de delegaciones— de trabajos o servicios. No obstante, tal lectura no resulta suficiente para comprender y naturalmente aplicar la norma a las situaciones que en el entramado complejo de la actividad comercial, industrial, de servicios se ha desarrollado.

Comenzaremos por el examen de la primera de las categorías que se mencionan, esto es *"quienes cedan"* .Esta primera figura jurídica luego aparece mencionada, más sintéticamente, en el segundo párrafo del artículo que expresa al respecto: *"los cedentes... deberán exigir a sus cesionarios"*; y luego en el tercer párrafo se vale de una expresión genérica que comprende todas las situaciones. Dice :*"La responsabilidad del **principal"*** palabra que vuelve a utilizar en el cuarto párrafo: *"responsable solidariamente al **principal**..."*

Es decir que el legislador ha pensado en primer términos en la hipótesis de que un empresario ha dispuesto *ceder el establecimiento o explotación habilitado a su nombre.* Si tomamos la noción de cesión que contiene el Código Civil resulta que se trataría de una hipótesis en la que el titular de un derecho de crédito transfiere a otro dicho derecho y tal transferencia puede ser a título gratuito u oneroso, aplicándose en principio a esa operación las reglas de la compraventa, la permutación o la donación (arts. 1434 y sigtes). No parece que fuera ésta la hipótesis que ha contemplado la norma. Más bien, por la referencia al objeto cedido que contiene, estamos frente al caso de una transferencia de la titularidad del establecimiento o explotación en forma permanente o transitoria por la vía de una compra venta, una locación u otras formas semejantes que producen la caída del título por el cual el empresario domina el establecimiento o explotación (art. 6º de la LCT). El tema cae a nuestro juicio dentro de la problemática específicamente tratada en las normas del derecho civil o comercial pero que, por resultar involucradas en esa *cesión* contratos de trabajo que no sólo representan *derechos* del empresario —en su calidad de empleador— sino fundamentalmente *obligaciones* frente a los trabajadores sujetos de aquéllos, exige un tratamiento especial de la norma laboral. Pero ello nos parece es a lo que se refieren las disposiciones del Título 11

de la LCT que encara el problema de la *transferencia del contrato de trabajo* por distintas causas: *transferencia del establecimiento* (art. 225), *arrendamiento o cesión transitoria del establecimiento* (art. 227), *o cesión del personal* (art. 229), a cada una de las cuales le atribuye diferentes consecuencias y condiciones pero en todas las cuales impone la *solidaridad* entre los sujetos que intervienen en la operación.

Desde este punto de vista, creemos que la norma del art. 30 resulta inaplicable al caso de la cesión a pesar de que menciona esta situación, porque como se acaba de ver el empresario-empleador no continúa en esa calidad sino que se ha desprendido de la misma para transferirla a otro sujeto. Será por eso que cuando se refiere hacia quienes debe dirigir su acción de *exigencia de adecuado cumplimiento* de las normas laborales y de seguridad social sólo incluye a los *contratistas o subcontratistas* y no a los cedentes. Al menos esta es la particularidad del texto del primer párrafo original y subsistente de la norma. Es cierto que en el segundo párrafo —introducido por el art. 17 de la ley 25.013— acumula a la obligación de exigencia de ciertos *requisitos* a los *cedentes respecto de los cesionarios* pero esto, insistimos, no puede tener otra explicación que la pretensión de abarcar el máximo de situaciones, olvidando que como se ha dicho, el caso de la cesión por transferencia está tratada de manera particular en el título respectivo (5).

Este comentario se justifica por la razón de que las obligaciones que impone el art. 30 nunca fueron exigidas por la jurisprudencia a los supuestos de transferencia. Es decir no resulta razonable que al haberse desprendido el empresario de la titularidad del establecimiento, tenga la atribución-obligación de exigir y controlar al adquirente, o locatario que actúan con independencia jurídica y obviamente administrativa, el *adecuado cumplimiento* y las demás constancias que enumera el segundo párrafo del art. 30 cuando las disposiciones del Título 11 a las que hemos aludido, sólo establecen una responsabilidad solidaria por *las obligaciones existentes al momento del tiempo de la transferencia y las que se originen con motivo*

(5) Una fórmula más correcta para encasillar el ámbito de esta norma podría ser la siguiente: *"Los empleadores que* ***manteniendo su titularidad*** *cedan total o parcialmente a otro el establecimiento o explotación, o contraten o subcontraten por cualquier acto, trabajo o servicios..."* Este texto está tomado del proyecto de *Ley de contrato de trabajo* elaborado por RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, año 1993.

de la misma (arts. 225, 228 y 229). En otras palabras y tal como se ha interpretado pacíficamente —lo cual no justificaría, como hemos dicho, mayores aclaraciones sobre el punto— el cedente o trasmitente se desentiende en forma total de las acciones que pueda efectuar el cesionario o adquirente respecto de los contratos transmitidos o cedidos.

Como señala atinadamente Foglia (6) la cesión a la que se refiere el art. 30 es la de derechos no creditorios, de explotación del establecimiento o explotación, a un tercero que se encarga de aportar personal y de operar el mismo. Por eso, como lo señaláramos antes, la norma debería ser entendida como abarcando exclusivamente los supuestos en que la cesión se refiere a un establecimiento o explotación *"habilitado a su nombre"* (del empresario principal), siempre que conserve tal habilitación. Si esto no ocurre, no se aplica el art. 30.

Esta interpretación ofrece sin embargo algunas salvedades originadas en las particularidades con que se haya producido la cesión. En efecto, se registran situaciones en las que aunque se formaliza la cesión bajo un contrato de locación, p. ej. aparecen circunstancias que han llevado a los jueces a penetrar en la realidad del negocio jurídico y de tal modo, descubrir que la cesión no presenta caracteres de real delegación de deberes y derechos, sino que en la estructura, como hemos dicho, real de aquél se mantiene la responsabilidad directa del "cedente". Así p.e., se puede mencionar el caso de las "locaciones" de locales en los centros comerciales, galerías, shoppings, en cuyos contratos se pueden detectar elementos que muestran que no ha habido un desprendimiento real de la titularidad de los contratos —entre ellos los de trabajo— y por lo tanto, se mantiene la responsabilidad a su respecto. En tales hipótesis los tribunales han entendido que tal como se lee en la nota al art. 1493 del Código Civil —y en el área de nuestra disciplina bastaría con recordar la directiva de que lo que importa es el contenido real de la relación y no la denominación que puedan haberle otorgado las partes— no debe confundirse la figura de la locación con otros contratos nominados o innominados (7).

---

(6) FOGLIA, RICARDO, en el comentario al art. 30 de la LCT en *LCT comentada, anotada y concordada*, dir. RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, La Ley, 2007, t. II, p. 332.

(7) En esa nota el codificador distingue numerosas figuras de contratación que a pesar de aparentar ser arrendamiento, son en realidad contratos de otra naturaleza y

Otro aspecto de importancia para juzgar acerca de la extensión de responsabilidad —por vía de la solidaridad— en el caso de la cesión, es sin duda la distinción a la que antes se aludió, respecto de si el cedente mantiene la habilitación del establecimiento o explotación o si por el contrario, no incluye en la cesión (locación u otra forma jurídica) la habilitación para el funcionamiento de esa actividad comercial, industrial o de servicios. Sólo en el primer caso, como se ha destacado más arriba, puede predicarse la cesión de que trata el artículo 30.

Lo que cabe destacar es que las contrataciones o subcontrataciones —y lo mismo puede predicarse de las cesiones— no están ceñidas a figuras contractuales determinadas y que por el contrario las fórmulas pueden ser cualquier clase de contratos atípicos, como sucede p.e. con los contratos de transporte, u otros producto de la creatividad empresarial no necesariamente dirigida a evasiones aunque a través de tales figuras se pretenda eventualmente, eludir las obligaciones laborales. Pero esta cuestión debe ser analizada con prudencia porque en tales variedades contractuales se deben excluir de la comprensión de la norma aquellas que representan objetos diferentes como son las de suministros, o los que enumera el fallo de la Corte Suprema que constituyó un pronunciamiento básico para la interpretación de la norma en cuestión (8), contratos

---

entre ellos se menciona que *"si el precio de un contrato de arrendamiento consistiera en una cantidad de frutos de la cosa, no sería locación sino un contrato innominado. Si la cantidad de frutos fuese una cuota proporcional, respecto al todo que produzca la cosa, sería un contrato de sociedad, aunque las partes lo llamaran arrendamiento".* Interesante para nuestro análisis el es fallo dictado por la CNCiv., sala L, en los autos "Osorio, Marcela B. c. Alto Palermo S.A." en junio 2007, con cita de un antecedente semejante de la CNCom., sala E, del 27/6/2003 en LA LEY, 2003-F, 143, donde se extendió la responsabilidad al locador por un accidente sufrido por un niño en un juego instalado en un comercio ubicado dentro de un shopping, basándose la decisión en que el vínculo contractual no era el de una locación sino de una forma asociativa, o contrato de locación atípico mixto, en la terminología de LORENZETTI en *Tratado de los contratos*, t. 1, ps. 706/7. Con argumentos análogos aunque no referidos a la catalogación del tipo contractual, sino en la consideración de lo que constituye la "actividad principal, propia y específica", la sala III de la CNTrab. impuso la responsabilidad del shopping en los términos del art. 30 de la LCT por obligaciones de uno de los "locatarios" que también, como en el caso civil mencionado, tenía pactado el "alquiler" como un canon equivalente a un porcentaje de la recaudación mensual ("Deluca, Daniela c. Prudu Media S.A. y otro", del 31/8/2007).

(8) "Rodríguez, Juan c. Compañía Embotelladora S.A.". Si bien este fallo fue dictado por la Corte Suprema con integración ya modificada, lo cierto es que en la composición actual no se ha dado ningún caso en que se contradijera su doctrina ya que

de concesión, distribución, franquicia. En numerosos fallos posteriores a "Rodríguez" el Alto Tribunal examinó situaciones particulares que consideró excluidas del alcance de la solidaridad prevista en el art. 30 (9).

El segundo sujeto destinatario de la norma del art. 30 es quien *contrate o subcontrate cualquiera sea el acto que dé origen* ***trabajos o servicios***. Estos personajes son, según el segundo párrafo, los *contratistas o subcontratistas* a quienes se considera como *principal* en la terminología de la ley. También puede darse la misma denominación al subcontratista que ocupa la posición de titular de los contratos de trabajo que haya celebrado para la realización de los trabajos o servicios que han sido contratados o subcontratados. No se trata de un juego de palabras sino de la extensión significativa de los términos utilizados en la norma. Por esta identidad de denominaciones y para evitar posibles confusiones, es que el legislador ha tratado de señalar quién es el obligado a la exigencia del cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social y titular de la facultad de control, nombrándolo en el tercer párrafo como el ***principal***. El otro sujeto sería el titular de los contratos de trabajo sometido al mencionado control y exigencia (10).

Con relación a los sujetos comprendidos en la disposición —esto es concretamente el alcance subjetivo de la extensión de la respon-

---

de manera constante la cuestión de la interpretación del art. 30 ha sido considerada como fuera de la competencia extraordinaria del Tribunal. No obstante resulta interesante señalar, como se ha hecho más arriba, que en esos casos en que se desestima el recurso federal por considerar que no se trata de un caso previsto en la ley 48, la disidencia del Juez Lorenzetti en varias sentencias, indica que para este magistrado la doctrina de "Rodríguez" sigue vigente ya que su voto se refiere a tal antecedente. Así ocurre p. ej. en "Herrera, Nerio F. c. Degac S.A y otro", del 10/4/2007, "Farías, Ana V. c. Clínica Privada Psiquiátrica Esquirol S.A." del 17/7/2007, "Páez, Augusto, c. Sindicato del Seguro de la República Argentina" del 18/10/2006, "Castro Bourdin, José L. c. Jockey Club Asoc. Civil", entre otros.

(9) Una indicación sistemática de estos fallos se puede ver en el comentario que FOGLIA, RICARDO realiza al art. 30 en *LCT comentada, anotada y concordada, op. cit.*, t. II, p. 281 y sigtes., donde además se incluye una reseña jurisprudencial actualizada.

(10) Se debe señalar aquí que por una falta de precisión legislativa, al reformar el art. 32 de la LCT según texto original, no se tuvo en cuenta reformar también la terminología del art. 136 en el cual se menciona al "principal", como "empleador principal". Esta denominación se correspondía con la disposición que establecía la consecuencia de la contratación o subcontratación de una actividad principal según se ha explicado.

sabilidad— aparece una cuestión que en realidad comprende otros aspectos de la normativa en materia de contrato de trabajo. Nos referimos a las contrataciones y subcontrataciones efectuadas por el Estado. En otras palabras, resulta responsable el organismo público que ha contratado o subcontratado trabajos o servicios, por los incumplimientos de los contratistas o subcontratistas? (11). Porque si se tiene presente lo dispuesto por el art. 2º de la LCT, las disposiciones de este cuerpo legal no son aplicables a *"los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal, salvo que por acto expreso se los incluya en la misma..."* (12). Si tenemos en cuenta que la previsión del art. 30 supone que son las obligaciones del contratista o subcontratista las que resultan exigibles por vía de solidaridad al empresario principal y por lo tanto no existe en la norma intención —según la reforma de 1976— de convertir a este último en empleador, la lógica nos llevaría a admitir que esta disposición bajo estudio, puede ser aplicada a los contratos que ha celebrado el estado a quien, como dijimos, no se lo convierte en empleador, sino exclusivamente en deudor solidario.

Creemos que la norma del art. 230 de la LCT tampoco incide en esta situación toda vez que esa disposición se vincula, como lo indica su referencia a las disposiciones del Título en el que se ubica, con las transferencias de los contratos de trabajo, hipótesis que hemos visto no es la que contempla el art. 30.

Al respecto la jurisprudencia —incluida la de la Corte Suprema de Justicia— incurre a nuestro juicio en confusión al negar la extensión de la norma del art. 30 al Estado Nacional porque por efecto del art. 2º de la LCT, éste no puede ser considerado empleador y tampoco ser alcanzado por una responsabilidad solidaria que sólo es inherente a esta clase de sujetos del contrato de trabajo. Está claro que el art. 30 no extiende ni convierte en empleador al tercero —el empresario principal— sino que le proyecta responsa-

(11) Seguramente que no estamos incluyendo en este interrogante a las situaciones derivadas del proceso de privatización que tiene otras implicancia y parámetros, más bien vinculados con las transferencias de establecimientos de lo cual se ocupa un capítulo especial de esta obra.

(12) Sobre esta norma es interesante su cotejo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con la inconstitucionalidad de normas que excluyan a los dependientes del estado de las garantías constitucionales en materia de estabilidad (caso "Madorrán").

bilidad solidaria, lo cual, repito, implica que no es empleador sino deudor (13).

Ahora desde otro punto de vista en el análisis de cuáles contratos están abarcados por la disposición del art. 30, y poniendo en enfoque en el ***objeto*** del contrato y no ya en los sujetos, cabe destacar que según lo expresa se trata *exclusivamente* de los actos por los que se contrata o subcontrata ***trabajos y servicios*** (14), con lo cual el legislador excluye por defecto —en la terminología de la cibernética— los demás casos de contrataciones o subcontrataciones en los cuales el objeto no comprende trabajos y servicios en el sentido que la ley considera estas nociones (arts. 21, 22, 25, 26 de la LCT). La cuestión resulta de trascendencia frente a las innumerables formas atípicas que presenta la actual *"tercerización"* o *"descentralización"* fenómeno al que se ha hecho referencia en capítulos precedentes, tema que presenta aristas delicadas ya que la interpretación no debe olvidar que la ley laboral coherente con la norma constitucional que reglamenta en toda su extensión (art. 14 bis de la CN), tiene por objeto la *protección del "trabajo en sus diversas formas"*, lo cual extiende y a la vez limita el campo de aplicación de las leyes. Creemos que en definitiva la orientación al respecto resultará de examinar si para la realización del contrato o subcontrato se requiere la utilización de trabajos o servicios a cargo de trabajadores, ya que es a su respecto que la ley pretende establecer pautas para que no se produzca la evasión de las obligaciones. Otra es la cuestión sobre el alcance que debe otorgarse al concepto de *actividad normal y específica propia del establecimiento* que a su vez, como se verá en seguida, pone límites —no siempre demasiado precisos— a la aplicación de la norma.

C. LA CLAVE DE APLICACIÓN DE LA NORMA

Antes de encarar el problema interpretativo sobre este aspecto de la norma, que ha dado —y estamos conscientes de que seguirá

(13) En el mismo sentido véase REINOLTER, MILTON A. y GARCÍA VIOR, ANDREA E., *Solidaridad laboral en la tercerización*, Astrea, 2008, p. 227, donde se hace cargo precisamente de la crítica a esa jurisprudencia de la Corte Suprema "Mónaco, Nicolás y otro c. Cañogal SRL y otro", 2/9/1986, en TySS, 1992-842. En el mismo sentido crítico, TOSCA, DIEGO, *Sobre la responsabilidad solidaria del Estado con sustento en el art. 30 de la LCT*, en www.asociacion.com.ar.

(14) Después se verá el alcance de la limitación vinculada con la referencia a la *actividad normal y específica propia del establecimiento.*

dando mientras no se modifique la norma— diversidad de soluciones judiciales para los casos concretos, a veces idénticos, nos parece de interés formular una distinción a través de una disquisición de orden teórico económico. En este terreno las consideraciones micro y macroeconómicas resultan a veces tan diferentes como que llegan a ser contradictorias. Es conocida la paradoja que se enseña para explicar en el terreno de la conducta económica, los efectos de una acción individual sobre el conjunto, referida a lo que ocurre en un estadio cuando una persona del público se pone de pie y al impedir la visual del que tiene atrás provoca que éste también se levante y así sucesivamente se sigue que todo el público que antes podía presenciar el espectáculo cómodamente sentado, tiene que permanecer de pie. Algo similar ocurre con las acciones micro y los efectos macro económicos.

En la teoría económica se distinguen las etapas del proceso en el circuito económico y al hacerlo se pueden identificar las transferencias de bienes que se registran entre los distintos sectores de la producción (primario, secundario, terciario en la concepción tradicional). Esta descripción del circuito económico como una unidad compleja, pertenece a la más antigua idea que se plasma en la enseñanza de Quesnay en su clásico *Tableau économique* de 1758. La circulación de la renta nacional, noción que sirve de base para el estudio de lo que Wassily Leontieff denominó "la circulación monetaria *input-output*", ha servido para establecer estadísticamente qué fracción del valor del producto de cada industria se gasta en el factor trabajo y en los factores comprados a otras industria. De la misma forma evidencia las relaciones cuantitativamente estimadas entre los sectores que aprovechan de productos generados en otros sectores. Se trata de versiones, antigua y moderna, de un fenómeno observable en el cual la vinculación de las empresas productoras entre sí, refleja la unidad del sistema económico (la circulación de la riqueza que enseñaban los fisiócratas), hoy en día proyectable de manera más notable en el nivel internacional (15).

Esta referencia a la interconexión de los sectores económicos que implica, obviamente la de las empresas que integran cada uno de ellos, es sin duda útil para ubicar adecuadamente el significado

(15) El simple esquema explicado en el texto no ignora las más complejas relaciones derivadas de la presencia decisiva del mundo financiero transnacional.

de la expresión que utiliza el art. 30 de la LCT para ceñir la aplicación de su disposición relativa a las obligaciones de exigencia y control y la extensión de la responsabilidad por solidaridad respecto de los incumplimientos de cesionarios, contratistas y subcontratistas. Porque la norma ha fijado dicho límite en lo que represente una actividad ***normal y específica propia del establecimiento***, pero deja fuera, por lo tanto, en primer término las contrataciones que deriven simplemente de una operación económica por la cual se trasladan de una empresa a otra, bienes, productos, servicios que han sido elaborados o producidos en otra etapa del proceso (16).

No es éste seguramente el único supuesto en el que es necesario profundizar para llegar a una conclusión cierta y sobre todo capaz de lograr una directiva general aplicable a los múltiples casos que la realidad cambiante y creativa va presentando y que da lugar a los conflictos que se suscitan y deben ser resueltos en sede judicial. En este sentido es obligatoria la referencia a diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya que a través de su doctrina se ha podido elaborar una serie de principios válidos para el fin propuesto. Sin perjuicio de esta referencia indispensable por la autoridad de la fuente, se deben tener en cuenta las sentencias de tribunales nacionales y provinciales que sostienen otros criterios diferentes sobre el punto.

Resulta una tarea casi inalcanzable la de esquematizar las corrientes jurisprudenciales en torno a la interpretación de la norma que estamos estudiando por lo que encararemos la cuestión analizando en primer lugar los que consideramos líneas interpretativas

(16) Tal la hipótesis que contempla un interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re* "Luna, Antonio c. Agencia Marítima Rigel S.A." en DT, 1993-B, 1407), donde se desestimó la pretensión de extensión de la responsabilidad de la empresa exportadora por los incumplimientos de la empresa de estibaje respecto de sus trabajadores. Expresó el Tribunal que *"la carga de los cereales en los buques es un paso necesario para su exportación, así como su transporte antes y después de la salida del puerto"* pero, sostiene, de esas coincidencias, corrientes en quienes participan del desenvolvimiento de un proceso comercial que se desarrolla en diversas fases complementarias , no se sigue que se halle presente la hipótesis de la prestación por un tercero de una *"actividad normal y específica propia del establecimiento"* en los términos del art. 30 de la LCT, porque ello significaría *"extender desmesuradamente el ámbito de aplicación de la norma de un modo que su texto no consiente, desnaturalizando su contenido al asignarle un significado que excede inaceptablemente sus fines, y por eso debe ser descartado"* (considerando 9º, parrafo 2º).

resultantes de ciertos casos relevantes fallados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y luego intentaremos una reseña de los principales fallos de otros tribunales remitiendo en todo caso a trabajos que han logrado una sistematización rica en la materia.

En ese orden metodológico es indiscutible que la sentencia más importante que ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en torno al tema de la solidaridad laboral, aún para quienes critican la doctrina allí desarrollada, es la que pronunció el 15 de abril de 1993 en los autos *"Rodríguez, Juan c. Compañía Embotelladora S.A. y otro"* (17) completado por varios otros que desarrollan los mismos principios referidos a otras situaciones igualmente abarcadas por la disposición del art. 30 de la LCT (18).

De estos antecedentes y analizando sus fundamentos se pueden extraer los siguientes criterios orientadores, debiendo tener presente que esta jurisprudencia fue elaborada *antes de la reforma* introducida al art. 30 por la ley 25.013 (19). De todos modos ya ex-

(17) DT, 1993-A, 753.

(18) "Luna, Antonio R. c. Agencia Marítima Rigel S.A. y otros", del 2/7/1993, en DT, 1993-B, 1407;"Gauna, Tolentino y otros c. Agencia Marítima Rigel S.A. y otros", del 14/3/1995, en JA, 1995-III-143; "Sandoval, Daniel O. y otro c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro", del 18/7/1995, en JA, 1995-IV-97. Ya hemos remitido para una reseña más completa al trabajo de FOGLIA en *LCT comentada, anotada y concordada, op. cit.*, ps. 346 y sigtes. y la reseña de las ps. 435/39.

(19) En la nota 7 recordamos que en la integración actual de la Corte Suprema, prevalece el criterio de no abrir la instancia extraordinaria para estos temas, pero también se anotó la posición disidente con tal postura mantenida por el Ministro Lorenzetti quien en sus votos, remite la interpretación del art. 30 al caso "Rodríguez".

Más recientemente se deben considerar otros antecedentes que indican una posición de la minoría en el Tribunal en la interpretación del art. 30. En autos "Ajis de Caamaño, María Rosa y otros c. Luveko S.R.L. y Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A." del 26/2/08 a partir del dictamen de la Procuradora Fiscal Fiscal Subrogante y luego el voto en disidencia de los ministros Lorenzetti y Fayt en ese fallo y la del ministro Maqueda, se destacan conceptos importantes. (La sentencia se ha dictado por cuatro votos a favor de la inadmisibilidad y tres por la apertura del recurso extraordinario descalificando la sentencia recurrida).

Resulta de la reseña que se efectúa en estas piezas que YPF S,A. había sido condenada frente a un reclamo de un trabajador dependiente de una contratista de servicios de limpieza, atención de oficinas y de parques y jardines en establecimientos de la sociedad mencionada. Haciendo aplicación del criterio expuesto por la Corte Suprema en el caso "Rodríguez" la Cámara interpretó que precisamente, a juicio del tribunal, se daba en el caso el supuesto en el que una empresa contrata o subcontrata servicios que complementan su actividad normal, existiendo una unidad técnica de

pusimos en páginas anteriores nuestro punto de vista acerca de la proyección del nuevo texto en la interpretación formulada por el

---

ejecución entre la empresa y el contratista. Consideró el tribunal apelado que había mediado una segmentación artificiosa de las distintas actividades que el empresario debe organizar para cumplir con las finalidad que le son propias ya que la limpieza no puede ser considerada como algo apartado, distinto y diferente de la conjunción de tareas dirigidas al debido funcionamiento de la compañía. Citó la Cámara Federal con asiento en Comodoro Rivadavia (tribunal del que provenía la sentencia recurrida), los arts. 179, 2° párrafo de la LCT puesto que consideró que la guardería es un ejemplo de tales servicios indispensables, al igual que la seguridad, la limpieza, el servicio médico, con base en los arts. 5° a 9° de la Ley de Seguridad e Higiene Industrial y 8° a 12 del decreto reglamentario, entendiendo que todos complementan las operaciones "de la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa (cfr. art. 61 LCT)".

El dictamen que precede al fallo de la Corte Suprema, propicia la apertura del recurso pese a que el asunto versa sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho común, porque según su criterio, se hallaban presentes las condiciones excepcionales que permiten la intervención de la Corte Suprema en función de la doctrina de la arbitrariedad. Recuerda jurisprudencia del Alto Tribunal en cuanto a que los presupuestos de aplicación del art. 30 de la LCT "deben determinarse en cada caso atendiendo al tipo de vinculación y a las circunstancias particulares que se hayan acreditado (Fallos 319:1114)" y que como se había decidido en ese antecedente y otros, era necesario poner un "necesario quietus" a cierta tendencia jurisprudencial con la que abordaba el tema con pautas que mostraban "excesiva latitud" en la valoración de los hechos y en el derecho aplicable, máxime cuando se trata de aplicar el art. 30 que obliga al pago de una deuda en principio ajena (Fallos 316:713). Son obvias y expresas a la vez, las referencias a "Rodríguez" y otros antecedentes de la Corte anterior.

El dictamen critica la sentencia en revisión por haber hecho interpretación extensiva de la disposición en cuestión valiéndose de la calificación de los servicios contratados como "indispensables" de los cuales no se podía prescindir, lo cual reputa una introducción de un elemento en forma dogmática por no estar previsto en el texto legal. Y por lo tanto aconseja dejar sin efecto la sentencia apelada.

Los ministros Lorenzetti y Fayt formulan su disidencia respecto de lo que la mayoría resolvió en función del art. 280 del CPCCN. Fundan el voto conjunto a partir de la doctrina de la arbitrariedad a la cual matizan de modo interesante con la exigencia de la que las sentencias no deben basarse en la *"sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en las leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer..."*

El análisis que se practica distingue lo que significa y cuáles son sus consecuencias, una cesión de establecimiento, o de un subcontrato, para distinguir esas figuras en las que opera la solidaridad respecto de las deudas del cesionario o subcontratista, de la que representa una contrato celebrado por una parte con otra, en que la regla es que no hay acción directa de los empleados de la segunda respecto de la primera porque se aplica el efecto relativo de las convenciones privadas. La regla será que como toda excepción, es de interpretación restrictiva cualquier apartamiento de esta última directiva, previsto en una norma especial y por lo tanto *"no es aplicable la analogía ni la interpretación extensiva"*. En el caso del art. 30, se sostiene en el voto, la

Alto Tribunal en función de que la norma, en este aspecto crucial de su texto, no ha sido alterada.

---

contratación debe tener alguna relación con los supuesto del subcontrato referidos, es decir con actividades propias que se delegan en terceros. Dicen los ministros disidentes: *"La lógica de esta norma es evidente, ya que no es posible responsabilizar a un sujeto por las deudas laborales que tengan las empresas que contrate, aunque los bienes o servicios sean necesarios o coadyuvantes para la actividad que desempeñe, porque en tal caso habría que responder por las deudas laborales de los proveedores de luz, teléfono, aire acondicionado, informática, publicidad, servicios educativos, alimentación, vigilancia, gerenciamiento, y muchos otros. Ello es más evidente si se analiza la situación desde la perspectiva del prestador de un servicio de limpieza que lo brinde a diferentes empresas con objetos disímiles, resultando absurdo señalara que en todos esos casos hay objeto normal y específico."*

Expresan rotundamente que en los contratos con terceros la solidaridad se produce cuando se trata de una actividad normal y específica, *"entendiéndose por tal aquélla que se encuentra dentro de los límites del objeto de la actividad empresarial de que se trate, representando una unidad técnica de ejecución y siendo* ***inherente*** *al proceso de producción o comercialización. Fuera de ello debe aplicarse el principio del efecto relativo de los contratos y no hay responsabilidad alguna."* He destacado el calificativo "inherente" porque con esta expresión es que la doctrina y la jurisprudencia española se han manejado en la interpretación de la norma del art. 42 del Estatuto de los Trabajadores de España.

Pero también llamo la atención acerca de que el voto que comento añade un segundo elemento para que la solidaridad tenga efecto y es el que contiene la norma del art. 30 a partir de su modificación por la ley 25.013, consistente en la demostración de que se ha omitido el control por parte del contratista. Aquí encuentro poca claridad acerca de la extensión que se le da a esa obligación legal ya que parecería que es encarada como un supuesto independiente del que se trata en el primer párrafo del art. 30 ya que lo califica como un deber "colateral" cuando se trata de "*una actividad que no es normal y específica*". Podría ser que la redacción otorgada a este párrafo del voto no sea lo suficientemente clara pero leída como está escrito, se podría interpretar que cuando se trata de una subcontratación de actividad que no es normal y específica, si no se demuestra que se ha efectuado el control en la forma que establece la norma reformada, surgiría la solidaridad, con prescindencia, por lo tanto de la exigencia que contiene el primer párrafo sobre los alcances de la norma según lo que se explicó en párrafos anteriores del mismo voto acerca de lo cual en el texto de este capítulo he expresado mi opinión contraria.

Finaliza la disidencia con dos reflexiones fundamentales. Por una parte señalo la invocación de los antecedentes del Tribunal entre los que se incluyen "Rodríguez" y demás provenientes de la integración anterior, y reclamando consecuentemente que *"los tribunales deben conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, en su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas e su consecuencia".*

Y en segundo lugar subrayando que los propósitos protectorios de la norma legal *deben ser armonizados con otros bienes, valores y principios, como la propiedad, la seguridad jurídica y la libertad de ejercer una industria lícita.*

El voto del ministro Maqueda comienza por remitirse al dictamen de la Procuradora Fiscal antes comentado. Esto es a favor de la admisión del recurso y la descali-

Quizás sea conveniente puntualizar cuál ha sido la razón por la cual la Corte Suprema consideró que a pesar de que la cuestión debatida versa sobre la aplicación de normas que no revisten carácter federal, correspondía abrir la instancia extraordinaria. En ese sentido es importante la argumentación que contiene el considerando 7º del fallo que vamos a comentar, sin perjuicio de que igualmente era aplicable al caso según el Tribunal, la necesaria intervención para corregir las falencias en que había incurrido la Cámara de Apelaciones —en el caso la Sala VI— por omisión de una *"apreciación crítica de los elementos relevantes de la litis en el punto discutido"... "con grave lesión del derecho de defensa en juicio"*, con cita de un antecedente trascendente para el derecho del trabajo y los problemas derivados de la aplicación del art. 12 de la LCT (20).

En un largo párrafo del considerando mencionado, el Tribunal expresa que *"la solución del presente caso puede contribuir al desarrollo del derecho sobre la materia, en la que están involucradas modalidades de la contratación comercial que posiblemente tendrán* ***considerable trascendencia para la economía del país.*** *La cuestión a decidir reviste, por tanto, significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscitando cuestión federal trascendente (conf. art. 67, inc. 12 de la Constitución Nacional* (21) *y art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Procede por ello, y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica, que esta Corte resuelva el fondo del asunto y decida, en uso de la facultad que le concede el art. 16 de la ley 48, si un contrato de las características del que ocasiona esta controversia se encuentra subsumido en la norma del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo,*

---

ficación de la sentencia, por contener una interpretación desmesuradamente extensiva de la norma legal, desnaturalizando su contenido al asignarle un contenido que excede inaceptablemente sus fines y estableciendo en consecuencia, la improcedencia de la solidaridad en la materia de servicios de limpieza.

O sea que en términos breves pero firmes y con remisión al antecedente reiteradamente citado (Fallos 322:440), este voto coincide en síntesis con el anterior de los disidentes Lorenzetti y Fayt, manteniendo el criterio estricto en la interpretación del art. 30 de la LCT expuesto a partir del caso "Rodríguez". Este comentario integra un trabajo sobre el tema publicado en La Ley On Line.

(20) La Corte Suprema se remite a "Bariain, Narciso T. c. Mercedes Benz Argentina S.A." del 7/10/86, citándolo con mención expresa de la carátula y no simplemente con la cita de la publicación como es usual.

(21) Es obvio por la fecha del fallo que se trata del texto de la Constitución Nacional anterior a la reforma de 1994.

a fin de poner un necesario ***quietus*** *en la evolución de las diversas tendencias jurisprudenciales que distan de ser pacíficas, como surge de numerosos pronunciamientos del fuero laboral".*

Y en orden a la invocación de disposiciones y políticas que pertenecen al ámbito de la economía puede mencionarse, en otro fallo de igual trascendencia, la referencia al Tratado de Asunción (MERCOSUR) que se efectúa en el considerando 7º del fallo dictado en *"Luna, Antonio R. c. Agencia Marítima Rigel S.A.y otros"* (22). Es evidente que en la formación de la idea rectora acerca de la interpretación que se reclama, la Corte tiene en cuenta lo que a su criterio constituirían repercusiones desfavorables para la economía nacional y así lo expresa cuando incluye una cita de antecedentes que califica como *reiterados: "no debe prescindir* —la Corte— *de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma"* (Fallos 302-1284). Todo un pronunciamiento de política judicial que no debería dejarse de lado al momento de juzgar temas trascendentes para la sociedad (23).

Como se recordó en páginas anteriores la Corte Suprema parte en su razonamiento para resolver acerca de la pertinencia de aplicar el art. 30 de la LCT al caso —que luego describirá— de que existe una *"fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma —o de interpretación— que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla general consagrada por los arts. 1195 y 1713 del Código Civil y 56 de la ley 19.550, vinculados, en este aspecto, con la intangibilidad del patrimonio establecida en el art. 17 de la Constitución Nacional".* Como se puede ver de una manera directa y clara, la directiva es la ***interpretación restrictiva*** de toda norma que establezca extensión de responsabi-

(22) TySS, 1993-589 con nota de ALVAREZ MAGLIANO, CRISTINA. Debe recordarse que la referencia a estos instrumentos de derecho internacional resulta ahora de mayor importancia si se tiene en cuenta lo que dispone el art. 75 inc. 24 de la Constitución Nacional en la reforma de 1994, donde se asigna a los tratados de integración categoría superior a la ley.

(23) Doctrina mantenida a través de las distintas épocas e integraciones del Alto Tribunal como un eco de lo que se conoce como la interpretación consecuencialista de las normas, directiva que debería tenerse presente en las decisiones de tribunales cuya jurisprudencia trasciende el caso resuelto para convertirse en línea bajada a los inferiores.

lidad por solidaridad y sobre esa base elabora el Tribunal su propia interpretación —no sólo referida al caso *sub examen* sino con decididas intenciones de establecer directivas generales— acerca del art. 30 de la LCT.

La afirmación de estas directivas no empece, según el fallo, a la *"la debida y severa tutela de los derechos del trabajador en los supuestos en que aquella contratación sea tan sólo la apariencia para evadir la responsabilidad laboral (arts. 14 y 31 de la LCT).* Se trata pues, como lo hemos analizado anteriormente, de lograr en el ejercicio del Poder Judicial ese exquisito equilibrio entre la equidad y la factibilidad (24).

Al menos para los supuestos en los que la contratación o subcontratación tiene lugar en establecimientos donde se realiza el procesamiento de productos los fallos examinados consideran que cuando una empresa vinculada contractualmente con otra, suministra a esta última un producto *determinado* y *terminado*, desligándose de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución, celebrándose *"a este efecto"* contratos de concesión, distribución, franquicia, etc., no corresponde la aplicación del mandato del art. 30 de la LCT en el sentido de considerar que la empresa principal responde por las obligaciones laborales y de seguridad social de la segunda. Según esta línea de pensamiento resulta que para la Corte Suprema la exigencia de que los trabajos o servicios contratados o subcontratados correspondan a la *actividad normal y específica propia del establecimiento* no se halla presente cuando la operación productiva ha concluido en la primera de las empresas —léase en cada caso, *"establecimiento"* ya que esa es la noción que importa— y el producto pasa a la segunda sin retorno previsto para continuar los pasos y procedimientos de elaboración necesarios para llegar al destino final del consumo del producto. El mismo argumento es sustentable cuando el producto no está destinado al consumo sino que constituye un insumo en un proceso de producción posterior. En este

(24) Es interesante observar que alguno de los votos en disidencia del Ministro Lorenzetti que fueron citados, este magistrado introduce como pauta de interpretación para extender la responsabilidad por solidaridad, la exigencia —entre otras— de que se acredite *"la utilización de una figura simulada"* (autos "Herrera, Nerio F. c. Degac S,A. y otro - Coto CIFSA") del 10/4/2007. Como se explicó en el texto, consideramos que este requisito no es propio de la estructura dada al art. 30 de la LCT donde se omite toda consideración a la figura del fraude o la simulación.

último caso, se constata que tampoco el producto de la primera empresa ("establecimiento"), vuelve a ella ya que ha sido adquirido por la segunda (25).

Según la doctrina de estos fallos en *"los contratos de concesión, distribución y los demás mencionados la actividad normal del fabricante o concedente excluye las etapas realizadas por el distribuidor o concesionario, por lo que no existe contratación en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo".*

En el supuesto propuesto, en fin, se entiende que en la empresa ("establecimiento") concedente, fabricante, principal, central, franquiciante, o semejantes casos, ha concluido una etapa autónoma del proceso productivo que en todo caso, continuará en otras empresas, que se ocuparán de su distribución, venta, o transformación por operaciones sucesivas. Este no es el caso que según esta jurisprudencia, fue el concebido por el legislador cuando estableció como condición para extender la responsabilidad del segundo empleador hacia el primero, que los trabajos o servicios contratados o subcontratados, pertenecieran a la actividad normal y específica propia del establecimiento. A modo de explicación y ratificación del concepto, en el considerando 11, segundo párrafo, encontramos la expresión que mejor marca la idea del Alto Tribunal y que difiere precisamente de otras utilizan otros tribunales como algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo o la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (26). Nos referimos a lo que a manera de resumen sostiene el fallo cuando expresa *"Para que nazca aquella solidaridad es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que* ***complementen o completen su actividad normal"*** Y luego añade: *"debe existir una* ***unidad técnica de ejecución*** *entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la*

(25) Quizás debiera aclararse que las cláusulas contractuales de orden comercial que se estipulen entre ambas empresas relativas a las posibilidades de devolución de mercaderías no vendidas, p. e., no alteran el argumento que está más bien referido, como lo hace la norma bajo estudio, a la elaboración del producto y a su *terminación* y *determinación,* términos éstos utilizados en los fallos de referencia. Por eso cuando expresamos que *los productos no vuelven* a la empresa original, nos referimos obviamente a que no son sometidos a un nuevo proceso de *terminación* en la primera.

(26) Concretamente nos referimos al uso de la expresión *"coadyuvante"* que se encuentra en numeros fallos de esos tribunales y que podría referirse p.ej. a los trabajos de acopio, carga y descarga.

implícita remisión que hace la norma en cuestión al art. 6º del ordenamiento laboral".

Ya hemos especificado que las descripciones y ejemplos que contiene el fallo *"Rodríguez"* responden a un supuesto claro de proceso industrial por lo que cuando de lo que se trata es de una contratación o subcontratación de trabajos o servicios que consisten precisamente en servicios personales —aunque el establecimiento contratante o subcontratante se dedique a actividad industrial— la cuestión debe resolverse a través de otros razonamientos que en seguida serán desarrollados, siempre a la luz de las directivas contenidas en los fallos de la Corte Suprema.

Por ahora y siguiendo con el análisis de *"Rodríguez"*, señalaremos otro dato aportado por ese fallo. Nos referimos a que la cuestión de si el trabajo o servicio contratado o subcontratado corresponde al giro normal y específico propio, debe relacionarse con *"la actividad real propia del establecimiento"* (considerando 11) sin que interese para el caso, la *"lata formulación del objeto social"* que contengan los estatutos de la sociedad comprometida. Interesa, insistimos, en cómo la empresa ha materializado su objeto en una explotación llevada a cabo en un establecimiento concreto y a ello a lo que debe referirse el examen de la fórmula legal.

Por oposición al caso que hemos desarrollado para aplicar el criterio de la Corte Suprema, podemos imaginar otro en el cual un empresario encomienda a otro la realización de *facetas, aspectos, partes de la* ***misma etapa productiva*** que ha asumido como actividad normal y específica propia del establecimiento, o sea que está contratando prestaciones destinadas —digamos más claramente *ligadas*— a completar y complementar el proceso. En tales casos, dentro del razonamiento de la Corte, existe unidad técnica de ejecución porque en realidad se elabora un producto final único, utilizando elementos —obviamente lo que importa es la utilización de mano de obra— cuya contratación fue encomendada a otro dependiendo de la entrega de esa faceta, parte o aspecto, para considerarlo completado y lanzarlo al mercado. En estos supuestos la norma del art. 30 de la LCT está llamada a operar de manera indiscutible (27).

(27) Las innumerables formas de contratación o subcontratación que se presentan en la actualidad, fruto del proceso de descentralización que se ha analizado en

En otros fallos posteriores la Corte Suprema —con la misma integración que en el caso *"Rodríguez"*—, ha desarrollado estos principios aplicándolos a hipótesis en las cuales se presentan características diferentes ya que se trata de contratación o subcontratación de trabajo o tareas para producir un producto que no es material sino inmaterial, como sucede con servicios como los de médicos, abogados, contadores, transporte, limpieza, vigilancia, comedores, etc. Los casos fallados sobre el tema comprenden algunos de los que ya han sido citados, como sucede con la contratación de servicios de estibaje, completan la directiva al establecer que cuando se trata de la natural cadena de comercialización —en el caso *"Luna"* se trataba de la carga de cereales en los buques lo que con-

---

este trabajo, impiden naturalmente formular un juicio puntual acerca de los diferentes ejemplos. Se trata por lo tanto de proyectar las directivas que se han esquematizado resultantes de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Acerca precisamente de esa variedad de formas de contratación y subcontratación nos parece interesante presentar un repertorio elaborado por VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, que incluimos en *Reformas laborales* —de la cual se han tomado párrafos textuales para esta presentación, p.112—, sin que ello implique participar de los encuadramientos que efectúa el autor citado. El catálogo es el siguiente: "1. *Tareas delegadas que se producen "dentro" de la empresa (establecimiento):* a) que hacen al fin (objetivo): limpieza, vigilancia, restaurante de un club social único y en exclusividad. Estos casos estarían alcanzados por la solidaridad del art. 30 de la LCT. b) que no hacen al objetivo (resultan para "mayor comodidad o eficiencia": florería, bombonería, venta de revistas y libros, agencia de turismo, todo en el hall de un hotel: comedor no único en una exposición; *stand* no único en *shopping*, exposición, etc. Estos casos no estarían alcanzados por la solidaridad. c) supuestos discutidos: cocina en un hotel, sanatorio, etc. en la que se preparan comidas dentro del hotel o que se preparan afuera y se distribuyen adentro. Tareas que integran una "unidad de servicios médicos", como cardiología, terapia intensiva, kinesiología, etc. que funcionan en forma "independiente" en un hospital o clínica. En estos casos se parte del hecho de que existe diferenciación jurídica entre las personas que explotan esos servicios respecto del propietario del establecimiento. 2. *Tareas delegadas que se realizan "fuera" del establecimiento:* a) que "van para volver": piezas o partes que podrían hacerse adentro pero que se mandan a fabricar afuera (cuellos de camisas, ojales, teñido, autopartes, por medio de trabajo a domicilio o similares, etc. b) que "vienen" sin que "hayan ido": dentro de esto pueden ser standard o que son especiales para quienes las encargó y a su vez se puede distinguir entre las que se pueden vender a otros y las que no se pueden vender a otros. c) encomienda de servicios. Aquí la nómina es extensa: *1)* despacho y depósito de mercaderías (exclusivo y no exclusivo). *2)* transporte interno (nacional) y externo (exclusivo y no exclusivo). *3)* servicios contables, médicos, jurídicos, de ingeniería, computación, etc. (cuando el servicio es sólo para el comitente o cuando también lo es para otros). *4)* ventas: con relación de dependencia económica o sin relación de dependencia económica (es el caso de las agencias de venta de automóviles, concesionarias, y esto a su vez en forma exclusiva o no exclusiva. 3. *Bienes y servicios que se producen a través de la colaboración temporaria de dos o más empresas (UTE).*

sideró el Tribunal como un paso necesario para la exportación, así como su transporte antes y después de la salida del puerto— resulta improcedente la aplicación del art. 30 por cuanto constituiría una extensión desmesurada de su ámbito de aplicación. Idéntico razonamiento se aplica en el caso *"Gauna"* donde se expresa que *"la carga de los cereales en los buques es un paso necesario para la exportación, así como su transporte antes y después de la salida del puerto; también como se puntualizó en la sentencia del tribunal del trabajo, que ello es así a punto tal que una empresa 'no podría haber exportado una sola base de cereal'... si alguien no estiba el cereal en los barcos".* Se trata en esos casos, simplemente de una necesaria vinculación en el proceso comercial (28). En otros casos también referidos a contratación o subcontratación de servicios, se aplica semejante criterio limitativo en la aplicación del art. 30. Así por ejemplo puede mencionarse el caso *"Escudero, Segundo Rosas y otros c. Nueve A S.A."* del 14 de setiembre de 2000 (29), donde se trataba de la pretensión de extender la responsabilidad laboral del empleador concesionario del comedor instalado en el predio de la Sociedad Rural, a esta última. El fallo de la Corte, ratificando las directivas ya mencionadas, estableció que la sola circunstancia de que la actividad del subcontratista resulte *coadyuvante* a la del empresario principal, no resulta suficiente para autorizar la aplicación del art. 30 de la LCT.

En orden a lo que la jurisprudencia ordinaria ha elaborado tanto en fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo como en los tribunales de provincia, puede adelantarse que existe una corriente marcada hacia la interpretación extensiva de la norma que venimos estudiando, en muchos casos alzándose contra las directivas que se han enunciado lo que, como es comprensible, dificulta el tratamiento de la figura de la contratación o subcontratación por parte de las empresas que no pueden contar con un encuadre jurídico firme y definitivo acerca de esas formas de organizar su actividad. Debe tenerse en cuenta en este sentido que estamos encarando el problema sobre la base de la consideración de una actuación honesta y dejando de lado lo que constituye, también en este tema,

(28) Es aquí donde encontramos una aplicación concreta de la hipótesis que más arriba hemos planteado referida a la indispensable concatenación de las etapas del proceso productivo en el orden nacional e internacional.

(29) DT, 2001-A, 97 con nota de POSE, CARLOS.

la patología del sistema. O sea que lo que estamos destacando es precisamente el desajuste normativo existente que no permite obtener una interpretación única sino que ésta depende de los criterios más o menos flexibles de los tribunales. Lo cierto es que un repaso detenido de los repertorios que han recogido los antecedentes sobre esta materia, permite concluir que existe —como lo hemos anticipado— una tendencia a dar al concepto de *"actividad normal y específica propia del establecimiento"* una extensión inusitada que a nuestro juicio anula la directiva normativa que claramente en la reforma de 1976, ha establecido una condición que pretende limitar la extensión de la responsabilidad solidaria en los casos que abarca el art. 30 de la LCT. Y debemos adelantar que la reforma de 1998 —art. 17 de la ley 25.013— no ha incidido ni en una u otra dirección, en el concepto legal. Por eso entendemos que lo que aquí se comenta es válido para el período anterior como para el posterior a la reforma última (30).

En esta jurisprudencia local resultan relevantes las orientaciones que como hemos dicho se refieren al alcance la expresión utilizada por el legislador para limitar la proyección de las obligaciones de control y las consecuencias por su incumplimiento. En este sentido ya hemos adelantado que mientras la Corte Suprema de Justicia, a través de los fallos estudiados, ha exigido que los trabajos o servicios contratados o subcontratados sirvan para *completar o complementar* los propios del establecimiento, descartando los que fueran meramente *coadyuvantes,* otros tribunales han optado por otorgar a esta última característica calidad suficiente para entender que la relación está cubierta por la norma. Así puede verse, a manera de ejemplo, lo resuelto por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones cuando expresó: *por "actividad normal" no sólo debe entenderse aquellas*

(30) Para comprobar las conclusiones que hemos insertado nos remitimos a la recopilación de POCLAVA LAFUENTE, GONZÁLEZ y FURFARO en *Ley de contrato de trabajo*, Ed. La Ley, p. 92 y sigtes. y a la de OJEDA, RAÚL HORACIO y colaboradores en *La solidaridad en el derecho del trabajo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, ps. 465 y sigtes. En la primera se podrán encontrar casi doscientos casos referidos a la disposición que examinamos y en la segunda se han incluido novecientos doce comprendiendo en este último caso, no sólo los fallos relacionados con la aplicación del art. 30, sino también otras normas de la LCT y de la ley de sociedades que establecen extensión de responsabilidad por solidaridad. En una publicación más reciente RAINOLTER, MILTON A. y GARCÍA VIOR, ANDREA E., *Solidaridad laboral en la tercerización*, Astrea, 2008, han incorporado una extensa reseña jurisprudencial sistematizada que recoge una gran cantidad de fallos de distintas jurisdicciones.

*labores que atañen directamente al cumplimiento del fin empresario perseguido, sino también aquellas otras que resultan "**coadyuvantes y necesarias** (aun cuando 'secundarias,' de las imprescindibles para que se puedan cumplir las primeras que normalmente integran como auxiliares"* (31). Por su parte la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, estableció un principio semejante al resolver que *el artículo 30 de la LCT comprende no sólo la actividad principal sino también las secundarias a aquella con tal que se encuentren integradas permanentemente y con las cuales se persigue el logro de los fines empresarios, máxime si se desarrollan en el mismo ámbito".*

Como se observa no puede decirse que se trate de una simple confusión de términos sino que claramente se está dejando de lado la limitación legal para ampliar el concepto ligándolo simplemente a que los trabajos o servicios contratados o subcontratados, estén integrados con los principales, aunque sean secundarias. La distinción indispensable parece ser obviada a pesar de la exigencia que recuerda y remarca la directiva del Alto Tribunal en el sentido de requerir *"la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos por el art. 30 de la ley de contrato de trabajo"* y efectuar *"un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero"*, reglas explicadas en el antecedente *"Rodríguez"*. La calidad de *"secundaria"* que reconocen estos fallos a tareas que se pretende incluir en la actividad normal propia y específica del establecimiento, revela desde ya una condición que cabe analizar para determinar si esa situación de secundariedad permitiría o no, que el objetivo principal, es decir la actividad normal propia y específica, podría cumplirse. Sin embargo se sortea esta comprobación conformándose simplemente con que aquélla esté *"integrada permanentemente"* fórmula por demás ambigua que a nuestro juicio no satisface la exigencia legal a la que se refiere la sentencia de la Corte Suprema.

Distinto es, según creemos, el significado del término *necesarias* que también se utiliza promiscuamente para encuadrar los casos tratados. Porque la necesariedad lleva implícita la condición de indis-

(31) Autos "Walter, Miguel c. Procar S.A." del 7/3/1997. Igualmente recomendamos la consulta de los Boletines Temáticos elaborados por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que están reproducidos en la página web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (www.asociacion.com.ar).

pensable para un fin (32). Es obvio que en estos casos la cuestión no ofrece dudas en cuanto a la inclusión en la solidaridad establecida en la norma que estamos estudiando. Pero en cambio la simple condición de *coadyuvante* descartada por la doctrina de la Corte Suprema no tiene esa extensión o precisión: se trata simplemente de una hipótesis de *contribución, ayuda, asistencia* (33). Por esto es que hemos afirmado que la jurisprudencia local mencionada —como toda la que se vale de semejantes expresiones— se halla francamente encontrada con la de la Corte Suprema. Las consideraciones acerca del necesario acatamiento por los tribunales ordinarios de la doctrina del máximo tribunal constitucional aparece aquí, más que como un resultado de elaboraciones doctrinarias acerca de la independencia provincial en la administración de justicia, de consideraciones que

(32) *Diccionario de la lengua española,* tercera acepción.

(33) *Diccionario de la Lengua Española.* Estas complicaciones de interpretación, en las que se juega con el significado de algunas palabras, se registran también en otras legislaciones que, como la española, han utilizado expresiones insuficientemente determinativas para establecer la extensión de la responsabilidad. Así en el Estatuto de los Trabajadores, el art. 42 ha fijado el nexo de dicha proyección en la expresión *"propia actividad"* lo cual ha dado lugar a innumerables interpretaciones judiciales, que sin embargo son juzgadas como "respuestas incompletas e insatisfactorias por su falta de concreción", según lo manifiesta RIVERO LAMAS, JUAN, en su Ponencia General presentada en el X° Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado en Zaragoza. Una de esas interpretaciones perteneciente al Tribunal Supremo comienza por afirmar que "el art. 42 del ET, está pensando en una limitación razonable" de la imputación de responsabilidad solidaria, con lo que no cabe "una interpretación absoluta y radicalmente amplia del concepto". Rechaza el TS lo que denomina criterio de "indispensabilidad" porque con tal idea, "sólo quedarían fuera las obras o servicios que estén desconectados" de la finalidad productiva de la empresa comitente. Ese tribunal se inclina, según lo explica RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL ("Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratos" en "La externalización de actividades laborales (*outsourcing*): una visión interdisciplinaria", Dir. PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, Ed. Lex Nova, 2002, p.149), por el criterio de "inherencia al fin de la empresa" que sin embargo, no define. Agrega el tribunal y lo subraya el autor citado como un elemento definitorio, que la *actividad complementaria absolutamente esencial* debe entenderse también como "actividad propia". En otra sentencia del mismo tribunal vuelve sobre el concepto de inherencia que también denomina "las actividades del ciclo productivo" que serían las que "se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente". No cabe duda que como lo acepta la doctrina crítica de la jurisprudencia, ésta no aparecen conceptos definitorios sino, en todo caso, líneas de interpretación coincidentes en la sucesión de fallos, según las cuales, el criterio interpretativo es restrictivo rechazando un criterio interpretativo amplio (*op. cit.*, p. 150). Anotamos que el concepto de "inherencia" aparece utilizado en los ya mencionados votos en disidencia del Ministro Lorenzetti para intentar una definición del alcance de la expresión legal "actividad normal y específica propia del establecimiento".

se basan en la necesaria seguridad jurídica respecto de interpretaciones legales que juegan como elementos decisivos en la actividad económica. No es válido en este sentido acudir a principios de orden protectorio cuando la norma legal claramente ha dispuesto que la extensión de responsabilidad solidaria para los supuestos a que se refiere, tenga un alcance restrictivo adoptando de ese modo un criterio compatible con las normas generales en materia de responsabilidad a las que alude el fallo *"Rodríguez"* (arts. 1195 y 1713 del Código Civil y 56 de la ley 19.550).

La variedad de interpretaciones que se registran y de las que dan cuenta los repertorios de jurisprudencia, traducen por un lado la insuficiencia de la norma para abarcar la variedad de situaciones que aparecen a través del proceso de externalización o descentralización y en segundo término, y como consecuencia de la primera observación, la urgente necesidad de una modificación legal, hecha con sincero deseo de esclarecer, abarcar con límites precisos, utilizando técnica legislativa adecuada. Creemos que en este sentido el desarrollo de la sentencia "Rodríguez" puede servir de base para la redacción de una norma que intente satisfacer esos requerimientos (34).

Resultan de interés otros fallos en los que se han considerado otros supuestos particulares de la realidad empresaria que se repiten

---

(34) Al respecto en nuestro "Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo", ed. fotocopiada, Buenos Aires, 1993, tratamos el instituto con esa distinción esencial mediante una fórmula que expresa:

"Art. 36. *Cesión, contratación, subcontratación.* — 1. Los empleadores que manteniendo su titularidad, cedan total o parcialmente a otro el establecimiento o explotación, o contraten o subcontraten por cualquier acto, trabajos o servicios para complementar o completar los que son propios de la actividad normal y habitual del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a los cesionarios, contratistas o subcontratistas, el correcto cumplimiento de las normas relativas al contrato de trabajo y al sistema de seguridad social.

2. Esta obligación no comprende a las relaciones del empleador con otros a quien adquiera o venda productos terminado o semiterminados actuando cada uno en nombre propio y a su riesgo, o cuando contrate trabajos o servicios ajenos a la actividad normal, habitual y permanente del establecimiento.

3. Exclusivamente en los casos previstos en el apartado 1 de este artículo, las partes de la cesión, contratación o subcontratación, serán solidariamente responsables de las obligaciones contraídas por los cesionarios, contratistas o subcontratistas con los trabajadores y los organismos de seguridad social, durante el plazo que duren los contratos o subcontratos o cesiones, o las que se generen al tiempo de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que se hubiere estipulado".

notablemente y que sirven para conocer la aplicación de las orientaciones a que hemos hecho referencia. Así p. ej., podemos mencionar el caso de los comedores de fábrica, o el de los concesiones de bar y comedor en otros establecimientos o el de las fábricas de autopartes, las estaciones de servicio expendedoras de combustibles, etc. (35).

D. ¿QUÉ OBLIGACIONES ESTÁN ALCANZADAS POR LA SOLIDARIDAD EN EL ART. 30?

a) Ya se ha expresado que el derecho del trabajo se vale de la técnica de la solidaridad para actual el principio protectorio. Así lo implementan diversas disposiciones tanto de la LCT como de otros dispositivos legales. Sin embargo en ninguno de ellos se sistematiza de manera especial la institución por lo que resulta obvio entonces que se trata de un supuesto como tantos otros, en el que el derecho del trabajo traslada la institución tomándola del derecho común sin que se observe, en general, ninguna incompatibilidad que la haga inaplicable ya que por el contrario se presenta como una técnica que redunda en mejorar la situación del trabajador, acorde pues con el principio general de favor (36).

A partir de esta premisa resulta importante precisar las condiciones en que se ha producido esta traslación de la institución civil a las relaciones laborales y particularmente cómo se inserta en la relación de contratación o subcontratación que nos ocupa. Por la falta de excepciones o modalidades relativizantes, puede afirmarse que en el terreno de nuestra disciplina, la solidaridad elegida ha sido la correspondiente a las obligaciones simplemente mancomunadas indivisibles. En este sentido y repasando las nociones fundamentales al respecto, recordaremos que el art. 690 del Código Civil establece: *"La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, que puede o no ser solidaria".* Importa por supuesto la primera alternativa y en ese orden conceptual siguiendo a Foglia,

(35) Una reseña permanentemente actualizada sobre este y otros temas puede consultarse en la ya citada página web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (www.asociacion.com.ar) .

(36) Sobre el tema de la aplicación del derecho común al derecho del trabajo nos parece de lectura obligatoria el trabajo de JUSTO LÓPEZ en LT, XXX-193.

que se ocupa de la sistematización del tema (37), recordaremos que obligación mancomunada solidaria o simplemente obligación solidaria *"es aquella obligación de sujeto plural, en la cual, por voluntad de las partes o de la ley y con prescindencia de la naturaleza divisible o indivisible de su objeto, cualquiera de los acreedores puede exigir y cualquiera de los deudores puede ser exigido, el cumplimiento de la prestación"*, tal como lo enseñan Cazeaux y Trigo Represas. Conforme con esto es la noción que se lee en el art. 699 del Código Civil y que se reformula en el art. 751 del proyecto de reforma al Código Civil del año 1998. Dentro de las posibilidades que brinda esta norma, en el caso de las relaciones laborales individuales, se trata de un caso de solidaridad dispuesto por la *ley* y va dirigida a los *deudores* y versa sobre un objeto *indivisible.* Este tipo de solidaridad *"tiene por objeto asegurar al acreedor el pago de su crédito, poniéndolo a cubierto contra la posible insolvencia de alguno de los deudores: importa, por lo tanto,* ***una garantía personal, una fianza.*** *Tiene además, para el acreedor, la gran ventaja de que, en caso de incumplimiento, no se verá obligado a intentar tantos juicios como deudores haya (como tendría que hacerlo si la obligación fuera simplemente mancomunada), sino que le bastará con demandar a uno de ellos por el total"* (38).

Interesa destacar algunas cuestiones que se refieren a las características de este tipo de obligación por cuanto al momento de aplicar la norma para establecer su alcance, deben ser tenidas en cuenta para evitar desbordes o erróneas interpretaciones. Al respecto debe destacarse:

a) No existe la solidaridad *tácita*; así lo establece expresamente el art. 701 del Código Civil, lo cual es como lo explica Foglia: *"una derivación lógica del hecho que la solidaridad es* ***una excepción*** *al principio general de la responsabilidad personal y directa de los sujetos de derecho".* De esto debemos deducir la directiva de que el intérprete no está autorizado para extender la solidaridad a supuestos que no resulten expresamente contemplados sea en una cláusula contractual o en la ley (39).

(37) FOGLIA, RICARDO A., *Un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas cuestiones sobre la solidaridad en la ley de contrato de trabajo*, en TySS, 2000-683.

(38) BORDA, GUILLERMO, citado por FOGLIA en *op. cit.*, p. 695.

(39) Esta aseveración fundada en las disposiciones legales citadas y en la naturaleza misma de la institución de la solidaridad, no elude la posibilidad de que sea

b) De lo expuesto se deriva la conclusión de la interpretación de la situación jurídica no puede sino ser *restrictiva*. Así lo ha interpretado la doctrina tomando en cuenta que el fundamento de la institución expone una forma de agravamiento de la posición de eventuales deudores por lo que no cabe la extensión de la responsabilidad sino media una fuente expresa (40).

Foglia (41) a quien seguimos en esta sistematización, explica que los principales efectos de la solidaridad de deudores son tres:

a) El derecho a persecución por el todo (arts. 699 y 705 del Cód. Civil). Si se reclamase el todo contra uno de los deudores solidarios y éste resultare insolvente, el acreedor puede reclamar a los restantes.

b) Existe el principio de prevención según el cual el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores, si antes no hubiese sido demandado por alguno de ellos, y la obligación queda extinguida respecto de todos. Pero si hubiese sido demandado por alguno de los acreedores, el pago debe hacerse a éste, como lo dispone el art. 706 del Cód. Civil.

---

la *convención colectiva* la que extienda la responsabilidad por la vía de la solidaridad a sujetos que no están obligados primigeniamente. Entendemos que la norma del art. 699 del Código Civil al referirse a que la fuente de la solidaridad puede ser el *título constitutivo* comprende la fuente normativa colectiva que es receptada por el derecho laboral como fuente de obligaciones (art. 1º de la LCT). En el capítulo dedicado a "Descentralización productiva y derecho colectivo", se expondrán estas ideas con mayor extensión.

(40) Recordamos al respecto la doctrina de la Corte Suprema de Justicia expuesta entre otros, en el caso fallado en autos "Rodríguez, Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro" donde se señala precisamente *"que las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos en principio a la relación sustancial que motivó la reclamación de autos, requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 30 de la ley de contrato de trabajo. Esta exigencia de un escrutinio estricto de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma —**o de su interpretación**— que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla general consagrada por los arts. 1195 y 1713 del Código Civil y 56 de la ley 19.550, vinculados,, en este aspecto, con la intangibilidad de patrimonio establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional".*

(41) *Op. cit.*, p. 697.

c) También opera el principio de extinción que se refiere a que si ha existido novación, compensación o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, se extingue la obligación (art. 707). Con relación a la transacción el punto tratado en el art. 853 del Cód. Civil tiene importancia para la relación laboral por los efectos de las transacciones o liberaciones que fueran aprobadas en los términos del art. 15 de la LCT. Al respecto la interpretación restrictiva a favor del acreedor parece imponerse (42). Volveremos sobre esto al tratar los aspectos procesales de este tema.

Otros efectos secundarios se refieren a:

a) la prescripción (art. 713 del Cód. Civil) cuyos efectos se propagan a todos los deudores;

b) la mora (art. 710);

c) el curso de los intereses (art. 714);

d) la culpa (art. 709);

e) la sucesión (art. 712);

f) las defensas que pueden ser opuestas por el deudor (art. 715). Esto posee aspectos procesales importantes para los conflictos laborales.

Veremos ahora cómo funciona la institución dentro del sistema laboral ya que a pesar de que hemos destacado que no se hallan disposiciones que modifiquen estas reglas del derecho común sin duda que aparecerán cuestiones que deben ser examinadas.

Así en primer lugar resulta necesario insistir en que *no existe presunción de solidaridad respecto de situaciones que no se hallen contempladas expresamente.* Sobre esta conclusión que parece indiscutible a la luz de las normas vigentes referidas a la materia, no participamos de la opinión de quienes consideran que la introduc-

(42) Véase la nota del codificador a esta norma y el comentario de LÓPEZ CABANA en *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado,* dirigido por A. BELLUSCIO, Astrea, t. 3, p. 340.

ción del régimen de solidaridad en el contrato de trabajo, si bien no aparece modificado específicamente por ninguna disposición propia del derecho del trabajo, debería ser modalizada pasando la institución por el "filtro" del art. 9º de la LCT (43) de lo cual deducen que si una vez incorporada la directiva de la solidaridad, surgiera una duda sobre la interpretación o alcance se deberá estar *"en el sentido más favorable al trabajador (art. 9º de la LCT)"*, alterando de tal manera el principio de interpretación restrictiva de la solidaridad que impera en el ámbito del derecho civil ya que en el ámbito laboral la duda debe interpretarse a favor de la solidaridad. Como hemos indicado, no nos parece correcto ese razonamiento toda vez que la regla de favor que predomina en el derecho del trabajo individual requiere para su aplicación una situación de *duda* —entendida ésta por supuesto como aquella que razonablemente puede presentarse a personas que por su función y experiencia están en condiciones de interpretar normalmente el sentido jurídico de las normas que deben aplicar y no se refiere, obviamente a la duda que pueda suscitar la lectura del texto legal a quien no posee preparación adecuada para esa función— lo cual no se observa que pueda ocurrir en el caso debido a que la adjudicación de responsabilidad solidaria depende *exclusivamente* de que una norma legal o convencional (colectiva o individual), así lo establezca, tal como sucede en el art. 30. La interpretación que merezca la lectura de tal fuente de responsabilidad no podría provocar la extensión de su ámbito más allá de lo que ley o las partes hayan establecido y al respecto recordamos la doctrina de la Corte Suprema ya mencionada acerca de que *"las gravísimas consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad patrimonial a terceros ajenos en principio a la relación sustancial que motivó la reclamación de autos, requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 30 de la ley de contrato de trabajo. Esta exigencia de un* ***escrutinio estricto*** *de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero, tiene su fundamento en la fuerte presunción de inconstitucionalidad que brota de toda norma —****o de su interpretación****— que obligue al pago de una deuda en principio ajena, solución que se aparta de la regla general consagrada por los arts. 1195 y 1713 del Código Civil y 56 de la ley 19.550, vinculadas, en este aspecto, con la*

(43) En este sentido FOGLIA, *loc. cit.*, p. 698.

intangibilidad del patrimonio establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional" (44).

Consideramos que esta doctrina ha contemplado globalmente el tema computando la normativa general y especial aplicables al conflicto laboral que resuelve y por lo tanto no consiente la introducción de la regla de norma interpretación más favorable que contiene el art. 9º de la LCT.

Es preciso marcar un aspecto destacable en la instrumentación que se ha verificado en la LCT, y en general en las demás disposiciones que versan sobre la extensión de la responsabilidad por solidaridad, que consiste en que la solidaridad que imponen las normas laborales puede ser calificada como *objetiva* en el sentido de que no requiere para su reconocimiento la existencia (prueba) de una conducta especial disvaliosa (culpa o dolo), salvo cuando expresamente, como sucede con el art. 31 de la LCT, se la exige como condición. Es conclusión obvia de esta técnica que no se admitirá prueba en contra de la responsabilidad que ha sido impuesta por norma legal o convencional (colectiva o individual).

Finalmente cabe mencionar la discrepancia existente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia laboral, acerca del alcance de la solidaridad en el terreno de las relaciones laborales, ya que para un sector en el que se inscribe la mayoría de los fallos registrados, en este campo la solidaridad no tiene la extensión que le asigna el Código Civil sino que se halla limitado de manera que sólo puede hablarse de una solidaridad *impropia* expresión o tipificación que tal como lo ha analizado la doctrina y hoy la jurisprudencia plenaria (45), no reconoce fundamento alguno por cuanto como se ha explicado antes, la implantación de la institución de la solidaridad en el campo del derecho del trabajo se ha hecho por el legislador sin ninguna clase de modalización. De allí que debe leerse la norma en el sentido, el significado y el alcance que le otorgan a dicha institución el art. 699 del Código Civil de modo que *"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***

(44) Considerando 8º del voto de la mayoría en "Rodríguez, Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro".

(45) Fallo "Ramírez" citado.

cualquiera de ellos". Esta conclusión se deduce de que la situación que se plantea a raíz de la creación de la responsabilidad solidaria en las condiciones que lo ha hecho la ley laboral, es la de un consorcio facultativo y no necesario como lo ha entendido la jurisprudencia dominante. Esta distinción es central y se formula con prescindencia de la mayor o menor dificultad en la tarea probatoria que puede acarrear al acreedor la elección de un deudor solidario sin demandar al empleador. Y además de que el solidario que haya satisfecho la obligación posea, como lo prevé el art. 717 y concs. del Código Civil, acción de repetición respecto del empleador deudor (46).

b) A partir de estas líneas de interpretación cabe referirse concretamente a ciertas situaciones en que se ha discutido el alcance de la obligación solidaria, cuestionando que comprenda prestaciones o créditos que no responderían a las particularidades de cada uno ellos.

Así un primer problema que cabe resolver es si el empresario principal, solidario con las obligaciones del empleador contratista o subcontratista, debe asumir en el caso de una indemnización por despido injustificado, toda la antigüedad que registra el trabajador acreedor con su empleador, a pesar de que el contrato o subcontrato que vinculó al solidario con el empleador, sólo comprendió un lapso menor al de la antigüedad total. Es esta una hipótesis absolutamente realista porque es corriente que los contratistas y subcontratistas utilicen mano de obra de trabajadores que registran antigüedad apreciable, para prestar los servicios contratados con sucesivos empresarios principales (47). A nuestro juicio, en este caso resultaría abusivo que se pretendiera del deudor solidario, una prestación que se calculara sobre el total de la antigüedad, toda vez que el origen de su obligación solidaria es sin duda, el contrato que se celebró para "ceder, contratar o subcontratar trabajos o

(46) Conf. VÁZQUEZ VIALARD, *La posibilidad que el acreedor laboral le reclame directamente al deudor vicario*, TySS, 2002-801; en el mismo sentido, *Algunas reflexiones en torno a las obligaciones solidarias en el derecho del trabajo*, Revista de Derecho Laboral, *La solidaridad en el contrato de trabajo*, 2001-1 p.45 y especialmente p. 108.

(47) El supuesto se presenta corrientemente en el caso de los contratistas y subcontratistas de la construcción pero el ejemplo propuesto, no tendría efecto en ese caso por el régimen especial de los trabajadores de esa industria en materia de estabilidad en el empleo. Sin embargo sí puede tener aplicación por incidencia la antigüedad en otras prestaciones como propias de las licencias por enfermedad.

servicios", cuya duración es la que ciñe el alcance de aquella proyección de la obligación por la vía de la solidaridad. La definición que sobre el tiempo de servicio que contiene el art. 18 de la LCT permitiría, sin embargo, que se computaran todas las prestaciones a favor del contratista o subcontratista en distintas contrataciones con el empresario principal, aunque hubieran sido interrumpidas por terminación de una u otra contratación.

Un segundo problema, que al igual que el anterior, no registra soluciones judiciales, al menos publicadas, es el que se plantea en el campo de la construcción —a cuyo ámbito se ha extendido la aplicación del art. 30 según la reforma producida por la ley 25.013 al art. 32 de la ley 22.250— donde se implemente la concertación de una operación de ***fideicomiso.*** El tema está regulado en la ley 24.441 dentro de cuyo marco suele celebrarse un negocio para la construcción consistente en que un sujeto propietario de un terreno, lo entrega a otro en *dominio fiduciario* con el encargo de supervisar fundamentalmente el avance de la obra de acuerdo con los planos aprobados por las partes y el cumplimiento de cronogramas de trabajos e inversiones a que se comprometió el constructor. Este último transmitirá en propiedad fiduciaria los derechos sobre la obra y sobre las mejoras que introduzca en el terreno. Una vez finalizada la obra, el fiduciario deberá realizar la división del edificio —si se trata obviamente de tal clase de obra— en propiedad horizontal y transferir el dominio pleno a cada una de las partes del negocio en las proporciones que se hubieran estipulado (propietario y constructor). En este negocio el bien fideicomisado constituye un patrimonio separado con las ventajas que resultan de las limitaciones establecidas en los arts. 14, 15 y 16 de la ley 24.441. Ahora bien, desde el punto de vista de las normas laborales resulta que el fiduciario ha asumido la calidad de propietario que construye lo que ***no constituye*** su "vivienda familiar" y por lo tanto resulta incluido en el ámbito de aplicación de la ley 22.250, en los términos que prevé su art. 2º, inc. b. Dentro de este esquema podría determinarse un conjunto de responsabilidades laborales tanto directas como solidarias: por una parte, obviamente, serán responsables directos los contratistas y subcontratistas que intervengan en la obra, respecto del personal que ocupen para ella; luego serán responsables solidarios en el marco del art. 30 de la LCT (aplicable como se ha visto para esta actividad por el reemplazo del art. 32 del Estatuto), la empresa principal constructora; y finalmente responsable solidario

el propietario fiduciario en los límites previstos en el art. 16 de la ley 24.441, por haber contratado la construcción, ya que como se ha visto el art. 2º, inc. b del Estatuto del Personal de la Industria de la Construcción, así lo contempla. De cómo en un régimen jurídico típicamente de naturaleza real, como lo es la institución del fideicomiso, resultan involucradas relaciones personales, como las del trabajo subordinado, y consecuentemente, alcanzadas por las disposiciones en materia de protección de los créditos de los trabajadores mediante la técnica utilizada por el art. 30 de la LCT.

Un tema particularmente debatido y sobre el cual no se ha alcanzado suficiente uniformidad, por los mecanismos legales que tienden a obtenerla para evitar los problemas de la desigualdad derivada de la jurisprudencia con violación frontal de la garantía constitucional (art. 16 de la CN) (48), es el de si entre las obligaciones de responder solidariamente por parte del empresario principal, se encuentra la que impone el art. 80 de la LCT, referente a la entrega del certificados de trabajo y de las constancias de pago de aportes y contribuciones. También incluiremos en este acápite la problemática sobre la inclusión de multas por trabajo no registrado o incorrectamente registrado, previstas en los arts. 8º, 9º y 10 de la ley 24.013. Sobre este particular, como es conocido, se han manifestado a través de comentarios de doctrina y de fallos de distintas jurisdicciones, dos posiciones contrapuestas. Por un lado la de quienes sostienen que la disposición del art. 30 sólo establece una garantía accesoria a la obligación principal, que por lo tanto no lo constituye en empleador. Se postula en esta posición, como se ve, una distinción en materia de obligaciones directas y solidarias que a nuestro juicio, no resulta de la norma legal en estudio en la cual el legislador no ha efectuado distinción de ninguna especie en cuanto a la amplitud del concepto de solidaridad, trasladado, sin más, del Código Civil a la relación laboral.

Los argumentos que sustentan la primera solución limitativa de la extensión solidaria, se hacen cargo, sin duda de las dificultades que el cumplimiento de esa obligación presenta para quien no ha sido empleador y no cuenta, por lo tanto, con las bases documentales para extender aquellos documentos, sobre todo el referente a

(48) Puede verse sobre este tema, nuestro trabajo titulado *La igualdad y la administración de justicia*, DT, 2005-05.

los aportes y contribuciones efectuados a favor del trabajador. Sin duda que este argumento, de fuerza realista, debe considerarse al momento de imponer la condena tratando de adaptar aquella obligación, que repetimos nos parece ineludible, a las posibilidades del caso, es decir refiriendo el contenido de aquéllos instrumentos a lo que resulte de las pruebas producidas en la causa. Obsérvese que la lógica del certificado o de los certificados o constancias, derivará ciertamente de que en el juicio se han debatido montos remuneratorios y antigüedades, cuya autenticidad cobra validez y realidad a partir de la sentencia que pase en calidad de cosa juzgada. Por lo tanto los efectos de tal condena no pueden ignorarse en la materialización de un certificado de trabajo. En lo que respecta a la constancia de aportes y contribuciones, si efectivamente se hicieron, existen los medios cibernéticos y administrativos al alcance del empresario principal para volcarlos en una constancia. Si por el contrario no se efectuaron, sea porque se trató de una relación no registrada, o incompletamente registrada, la constancia de los depósitos de aportes y contribuciones dependerá de que se efectúen tales pagos al organismo recaudador voluntariamente o por efecto de una acción judicial. Sin duda, esta solución no es simple, ni mucho menos, económicamente indiferente, pero no parece que la ley admita otra solución: el art. 30 posee una extensión tal que no autoriza a retacear su alcance, tanto para el empleador directo como para el solidario que no tiene forma de eludir esa carga impuesta por la norma que se refiere a las obligaciones "emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y ...las obligaciones de la seguridad social" tal como lo afirma una de las sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (49). Eventualmente si el deudor solidario alega la imposibilidad del pago consistente en la entrega de los certificados, debiera reconocerse al acreedor (el trabajador) una indemnización adecuada al daño que acreditara derivado de la omisión de la entrega de esos documentos.

Respecto de la proyección de las multas previstas en la ley 24.013 los argumentos expuestos para eximir al deudor solidario de su

(49) CNTrab., sala IV, "Menéndez, Enrique c. ADT Security Service S.A." del 31/3/2006. Este dato está tomado de la reseña que contiene la obra *Solidaridad laboral en la tercerización, op. cit.*, p. 424, que como ya mencioné contiene un número importante de fallos sobre este y otros aspectos de la aplicación del art. 30 de la LCT.

pago, tienen semejantes bases y por lo mismo son susceptibles de idénticos rebatimientos (50).

También la jurisprudencia se ha ocupado de rechazar la pretensión de aplicar la norma del art. 30 en materia de solidaridad a los supuestos de deudas de aportes sindicales ya que ésta "no constituye una "obligación emergente de la relación laboral" en los términos del citado artículo (51).

E. ASPECTOS PROCESALES DE LA APLICACIÓN DEL ART. 30

Con motivo del examen del alcance de las obligaciones que asume el deudor solidario ya hemos hecho referencia a la interpretación plenaria según la cual "es aplicable el art. 705 del Código Civil a la responsabilidad del art. 30 de la LCT" (52) de manera la cuestión acerca de si procesalmente debía encararse el reclamo como un supuesto de litisconsorcio necesario, ha quedado zanjada al menos en la jurisdicción nacional. Existen sin embargo opiniones discrepantes que mantienen la posición contraria discutible al menos en otras jurisdicciones donde el fallo plenario carezca de la obligatoriedad que le impone el CPCCN (53).

Como crítica a la solución adoptada en el plenario, se señala la posibilidad de que si se pudiera demandar indistintamente a cualquiera de los dos, se podría facilitar la connivencia entre el acreedor laboral y su empleador para perjudicar al tercero solidario con afectación del derecho de defensa de éste. A esto responden el dic-

(50) En el caso de la multa prevista en el art. 2º de la ley 25.323 se ha resuelto que "el carácter eminentemente punitorio del art. 2º de la ley 25.323, impide extender la sanción allí contemplada a un sujeto distinto del empleador, aun cuando resulte responsable en los términos del art. 30 de la LCT, por las restantes obligaciones" (CNTrab., sala VIII, "Azcurra, Esteban c. Hispat S.A. y otro", 12/3/2003).

(51) CNTrab., sala V, 14/6/2006, "Sindicato de Obreros de la Maestranza c. Servicios Auxiliares S.A.", LA LEY, 8/3/2007, fallo 45.594-S. Véase nuestro comentario *La interpretación del art. 30 de la LCT en sus aspectos procesales*, en LA LEY, mayo 2006.

(52) Fallo plenario "Ramírez" citado.

(53) Véase al respecto RAINOLTER y GARCIA VIOR, *op. cit.*, ps. 247 y sigtes. También RAMÍREZ BOSCO, LUIS, *Para una introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Universidad, 2000, p. 176.

tamen de Fiscal General y de algún voto de la mayoría, remitiendo a la posibilidad de la citación del tercero, lo cual no soluciona el problema cuando media insolvencia del empleador que podría no comparecer para provocar con su rebeldía consecuencias favorables para el actor y perjudiciales para el deudor solidario. Sin embargo téngase en cuenta que los efectos de la rebeldía no se proyectan sobre la relación del litisconsorte que puede negar y demostrar lo contrario a la versión obtenida por la rebeldía, tal como lo examinaremos más adelante.

Lo definitivo a nuestro juicio es que si bien todas estas observaciones son ciertas, no parece que de la norma laboral que impone la solidaridad se puedan extraer las diferenciaciones que se indican. La solidaridad es una sola.

Con relación a los efectos de la cosa juzgada obtenida en un juicio dirigido exclusivamente contra el empleador, sobre el tercero citado (deudor solidario), la cuestión quedaría resuelta con la norma del art. 96 del CPCCN en tanto admite la proyección respecto de quien ha sido parte en el proceso, sea demandado originalmente o como tercero citado. En cambio no es admisible la pretensión de ejecutar la condena que se ha dictado respecto del empleador, a un tercero que no ha sido parte y al cual se persigue para el cobro en función del resultado de una acción que persiga penetrar la persona jurídica o por la aplicación de normas que responsabilizan solidariamente —en algunas hipótesis— a los administradores (art. 274 de la Ley de Sociedades). Esta persecución sólo puede obtenerse en un juicio en el que los reclamados hayan tenido oportunidad de ejercer las defensas respectivas.

Los efectos internos —entre empleador y deudor solidario— de las posiciones procesales adoptadas por cada uno, se regulan teniendo en cuenta que por definición la solidaridad opera en una relación en la que la obligación es única, con pluralidad de deudores, y por lo tanto aunque medie reconocimiento expreso o ficto (por efecto de las normas del procedimiento) de uno de los demandados respecto de los hechos invocados en la demanda, si se acredita por el otro reclamado la inexistencia de la relación subordinada o la improcedencia del crédito que se persigue, no tiene efecto para ninguno el reconocimiento efectuado. Reitero, esto es así como consecuencia de que no puede admitirse una solución

diversa para cada uno de los deudores toda vez que la obligación es única (54).

Otra situación es la que surge de haberse efectuado una conciliación en los términos del art. 15 de la LCT en sede administrativa o judicial, celebrada con uno de los sujetos involucrados —empleador o deudor solidario— en cuyo caso no cabría admitir una nueva acción ni la continuidad del juicio promovido contra el otro u otros litisconsortes y de la misma manera, si se promueve la demanda después de homologado aquel acuerdo, operaría el efecto propio de cosa juzgada (55).

Resta por considerar los efectos que produce según el art. 55 de la ley de concursos —modificado por la ley 25.589— la homologación de un acuerdo del concursado con los acreedores, en las obligaciones de los solidarios. Al respecto recordaremos que "la homologación del acuerdo al que se arribe en función de la aplicación del art. 48 de la ley 24.522 (texto según ley 25.589), causa la novación de las obligaciones del deudor, pero deja a salvo los derechos de los acreedores contra los fiadores y coobligados, a los que no se les extiende los efectos del acuerdo" (56).

F. EXTENSIÓN DE SOLIDARIDAD POR APLICACIÓN DE NORMAS EXTRALABORALES

Consideramos que son ajenos a los efectos de la aplicación de la preceptiva del art. 30 de la LCT. los supuestos de solidaridad que provienen de la normativa extraña al derecho laboral, como sucede con las disposiciones de la ley de sociedades en materia de extensión de la responsabilidad por la vía de la penetración de

(54) Conf. PIROLO, MIGUEL ANGEL, *Aspectos procesales de la responsabilidad solidaria*, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, año 2001-1, p. 423.

(55) Un tema diferente es el de los efectos de la cosa juzgada de esos acuerdos conciliatorios que algunos tribunales han cuestionado cuando, a su criterio, se ha vulnerado el orden público laboral.

(56) HEREDIA, PABLO D., *La novación concursal y el tratamiento de los fiadores, codeudores y garantes del deudor: las enseñanzas del derecho comparado y la cuestión en el derecho argentino*, JA, 2002-II, fascículo 13, p. 3.

la persona jurídica (art. 54 de la LS) o por la que se adjudica a los administradores de sociedades para los supuestos que esas normas especifican. Por tal motivo nos limitamos a la mención de estas cuestiones.

Cesión de establecimiento

Por Alberto L. Rimoldi

Capítulo I

Introducción

En el marco del art. 30 de la LCT (según texto de la ley 25.013) y de los mecanismos o procesos que pueden facilitar la descentralización productiva, nos toca ocuparnos de la cesión de establecimiento, tema que si bien comparte efectos con otros institutos comprendidos en el mencionado art. 30 y otras normas de la ley de contrato de trabajo (arts. 225 y sigtes.), trataremos de abordarlo señalando las particularidades específicas del mismo.

Lo primero que puede advertirse es que el tema comprende dos institutos. Uno de naturaleza jurídica plena como es la "cesión", dado que el legislador no pudo haberla incorporado al texto de la ley sino con los alcances que tiene en el derecho civil, del cual por consiguiente debe haberla tomado. Nacía con la LCT en 1974 el contrato de trabajo "típico" y la nueva ley tomó prestado algunos institutos de otras ramas del derecho (por ej. la cesión y la solidaridad).

El otro instituto es el "establecimiento". Si bien el art. 6º de la LCT brinda una escueta definición, a poco que profundicemos el rol del establecimiento en el proceso de las actividades que constituyan su objetivo propio y más aún visto desde la perspectiva de la descentralización productiva, por las complejidades que presenta, es un instituto que puede quedar absorbido por el de la empresa o ser una parte componente de ésta, con personería jurídica propia o no, todo lo cual merecerá nuestro análisis.

Por ello trataremos de definir que entendemos por "cesión" y por "establecimiento" con la mira puesta en el ámbito de las relaciones laborales, puesto que empleador y trabajadores son los actores que se integran en el establecimiento y que pueden descentralizar-

se, parcial o totalmente, temporaria o definitivamente a través de la cesión, poniendo en funcionamiento una serie de importantes efectos que se reflejarán sobre los propios actores y también respecto del establecimiento.

Capítulo II

La cesión

La cesión, en la legislación universal, es generalmente tratada como "cesión de créditos" aunque su regulación varía en los distintos países (1).

En algunos países con códigos más modernos ubican la cesión de créditos dentro de la teoría general de las obligaciones y otros, como el código francés y el español, la tratan como una especie del contrato de compraventa.

Por su parte nuestro Código Civil no ubica la cesión de créditos en la teoría general de las obligaciones ni dentro del contrato de compraventa, sino que la trata como un contrato autónomo dentro del Libro Segundo, Sección Tercera, Título IV (art. 1434 y sigtes.).

En las normas de nuestro Código Civil la cesión puede presentarse bajo tres subtipos: a) la cesión-venta (art. 1435), en cuyo caso será juzgada por las disposiciones sobre el contrato de compraventa; b) la cesión-permuta (art. 1436), aplicándose las disposiciones del contrato de permuta y c) la cesión-donación (art. 1437), aplicándose las disposiciones del contrato de donación, todas ellas en cuanto no fuesen modificadas por las previsiones del Título IV del mencionado cuerpo legal.

En general la doctrina ha sido crítica respecto del método seguido por Vélez Sarsfield (2) sosteniendo que no debería haber sido

---

(1) Conf. *Código Civil Comentado*, Dir.: Belluscio, t. 7, ps.1 y sigtes., Ed. Astrea, con cita de doctrina y jurisprudencia.

(2) Borda, *Contratos*, I, nº 489; Llambías, *Obligaciones*, II, B, p. 14.

tratada como un contrato autónomo, sino legislársela dentro de la teoría general de las obligaciones y con relación a la transmisión de los derechos.

En esa línea cabe recordar que el Proyecto de Reformas al Código Civil sustituye el art. 1434 por el art. 1037 que define a la cesión de esta manera: "El contrato de cesión es aquel mediante el cual una de las partes transfiere a la otra un derecho". Y el Proyecto de Código Unico sustituye el texto del mencionado art. 1434 por el siguiente: "Habrá contrato de cesión cuando una parte se obligue a transferir a la otra un derecho". La diferencia entre ambos radica en que el primero caracteriza a la cesión como un acto traslativo de derechos y el segundo, como un acto declarativo del cual deriva la obligación de transferir derechos.

Digamos que los textos de ambos proyectos, a nuestro juicio, se acercan más concretamente a la cesión que prevé el art. 30 de la LCT, en cuanto se refiere a la cesión total o parcial del establecimiento o explotación habilitado a nombre del cedente, porque es evidente que el legislador ha previsto la situación que origina la cesión como acto traslativo de derechos. Consideramos que en el marco específico de nuestro tema no debemos tener en cuenta la directiva del artículo en cuanto dice "cualquiera sea el acto que le dé origen", puesto que en el caso de la cesión está circunscripta a ésta, en sus diversas alternativas pero siempre cesión, y no otro acto. Directiva que en todo caso se aplicará para aquellos que "contraten o subcontraten". Aunque en la confusa redacción del art. 30 podría sostenerse que en la locución "aquellos que contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le de origen", bien podría estar comprendida la cesión sin necesidad de haberla mencionado especialmente en la norma. La cesión, por sí, reviste el carácter de "acto" o, si preferimos, "acto traslativo de derechos", que da origen a determinados efectos jurídicos, en nuestro caso, respecto de la titularidad del establecimiento.

Anotada entonces la cesión que nos ocupa como acto traslativo de derechos, nos parece que desplaza el debate que se origina en el art. 1454 del Cód. Civil respecto de la forma en que debe instrumentarse la cesión. Según unos la formalidad de que sea hecha por escrito es impuesta *ad solemnitatem* y según otros sólo *ad probationem o probationis causa* (3).

(3) SALVAT-ACUÑA ANZORENA, II, nº 653, p. 434, entre otros.

En el caso de la cesión prevista en el art. 30 consideramos que lo será como acto traslativo de derechos y *ad solemnitatem,* puesto que estará en juego la titularidad del bien y la habilitación del establecimiento o explotación que haya otorgado la autoridad competente, la que siempre, por su propia naturaleza y origen, será formal y registral.

A la luz de estos criterios trataremos más adelante las distintas posibilidades que pueden presentarse por la cesión del establecimiento o explotación en el marco del art. 30.

Capítulo III

Establecimiento o explotación

El texto original de la LCT aprobado por ley 20.744 (B.O. 27/09/1974), en su art. 6º, definía al establecimiento de la siguiente manera: "*Se entiende por 'establecimiento' la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones*". Señalemos que el actual texto de la LCT, no obstante las modificaciones introducidas por la ley 21.297, ley 25.013 y más recientemente por la ley 25.877 (B.O. 19/03/2004), continúa manteniendo en su art. 6º la misma definición que hemos transcripto.

La definición legal del establecimiento está precedida en la ley, art. 5º, por la de empresa: "*A los fines de esta ley, se entiende como 'empresa' la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos*". Ambos textos legales, el de 1974 y el actual, también coinciden en la definición de la empresa.

Deveali (1) señalaba "...la conveniencia de distinguir en nuestra materia los conceptos de empresa, de explotación, que corresponde a la *azienda* italiana —para lo cual citaba el texto del art. 2555 del Código Civil italiano: *conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa*—, y de establecimiento, vocablo que es utilizado en la terminología de diversas normas laborales argentinas.

Para fundamentar esta distinción, Deveali razonaba que: "por lo general una empresa se dedica a una sola explotación. En este

(1) "La empresa y las relaciones de trabajo", en *El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias,* Ed. Astrea, 1983 (Textos elegidos: Brito Peret - Goldin - Izquierdo), t. I, ps.223 y sigtes.

supuesto los dos conceptos de empresa y explotación son coincidentes y comúnmente se habla sólo de empresa. Pero tal coincidencia cesa cuando la empresa realiza diferentes actividades, como si se tratara de una serie de empresas. En este supuesto, mientras que el conjunto continúa designándose como empresa, cada una de sus actividades prácticamente autónomas en cuanto a organización y funcionamiento, constituye una explotación distinta. Sea en el primero como en el segundo supuesto la empresa y cada explotación puede realizarse en un único local o en diferentes locales. En la primera hipótesis tenemos la coincidencia de los tres conceptos de empresa, explotación y establecimiento; y el todo queda comprendido bajo el nombre de empresa. En cambio, en la segunda hipótesis, al lado de los conceptos diferenciados de empresa y explotación, cabe admitir un tercer concepto: el de establecimiento" (2).

El art. 30 de la LCT se refiere, tanto en su versión original como en su texto actual, a quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre. Es decir, que el legislador ha preferido, con criterio práctico, referirse a la unidad técnica donde se ejecuta la actividad, asimilando o unificando el concepto de establecimiento al de explotación, puesto que la segunda se materializa en el primero y es allí donde también, concretamente, se desarrolla la relación de trabajo a través de la presencia activa del trabajador. Prescinde así la norma del concepto de empresa, más genérico. Aunque convengamos que éste, si se tratara de una única actividad desarrollada en un único lugar, podría comprender conceptualmente al establecimiento y la explotación, como lo apuntaba Deveali.

Nos parece conveniente aclarar que, en nuestra interpretación y pese a que el legislador vincula al establecimiento con la explotación mediante la conjunción disyuntiva "o", la cual, según el diccionario de la Real Academia Española "denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas", en la intención del legislador al referirse en el art. 30 al "establecimiento o explotación", conlleva la idea de unidad, de establecimiento en funcionamiento, es decir, organización de bienes y personal conformando una unidad técnica de producción o de servicios en acción.

(2) DEVEALI, *op. cit.*, ps. 532 y 533.

No tendría sentido pensar en el establecimiento como tal, inactivo, pues en ese caso se estaría cediendo (vendiendo, transfiriendo, arrendando) un inmueble con sus instalaciones. En cambio, si se trata del establecimiento en plena explotación, o lo que es lo mismo, en plena actividad, cobran sentido las regulaciones y protección respecto del trabajador desarrolladas por el legislador.

Capítulo IV

El marco legal de la cesión de establecimiento

El marco legal de la cesión de establecimiento está dado específicamente por el art. 30 y por el art. 227 de la LCT, este último en cuanto se refiere a la cesión transitoria del establecimiento, mención que realiza al asimilarla al caso de arrendamiento del establecimiento.

También debemos tener en cuenta los arts. 225, 226 y 228 de la LCT, en los que si bien no se menciona concretamente a la "cesión", se refieren a la transferencia del establecimiento (por cualquier título) y a los efectos jurídicos que la misma desencadena, sea como actitud a asumir por el trabajador o como responsabilidades solidarias que afectarán al trasmitente y al sucesor.

Dejaremos de lado los arts. 229 y 230 de la LCT, por cuanto el primero se refiere a la cesión del personal, sin involucrar al establecimiento, y el segundo porque se refiere a la cesión o transferencia a favor del Estado, en cuyo caso no serán aplicables las disposiciones del Título XI.

Vinculado o más bien completando esta normativa, destaca Rodríguez Mancini (1) que deben tomarse en cuenta dos fallos que tienen directa relación con el tema:

a) Plenario Nº 289, CNAT, 08/08/1997, autos "Baglieri, Osvaldo D. c. Nemec, Francisco y Cia. SRL y otro" (DT, 1997-B, 2013,

(1) *La Solidaridad en el Derecho del Trabajo*, Ed. Quorum, Colección D. del Trabajo y S. Social, 2, ps. 108 y sigtes.

con comentario de Carlos Pose). Estableció la siguiente doctrina: "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 trasmitente, derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la trasmisión". Señala el autor mencionado que si bien el fallo plenario ha puesto fin a un antiguo debate sobre la materia, no deja de crear un ámbito de inseguridad jurídica para el adquirente, puesto que tanto él como incluso, en su caso, el trasmitente, pueden ignorar a la fecha de la transferencia del establecimiento las eventuales acciones y reclamos que puede promover un trabajador cuya relación laboral se extinguió con anterioridad a dicha transferencia. Inseguridad jurídica que puede llegar a extenderse más allá del plazo bienal que establece el art. 256 de la ley de contrato de trabajo.

b) Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Rojas Faustino A. c. Compañía Embotelladora S.A., del 13/08/1998 (DT, 1999-A, 245, con nota de Rodríguez Mancini). Aquí el Alto Tribunal resolvió que en los casos de adquisición de una planta industrial como continuadora de una explotación anterior en un procedimiento de quiebra, no está alcanzada por las previsiones de los arts. 225 y 228 de la LCT, de manera que no existe solidaridad del adquirente por las deudas de la anterior propietaria fallida. Este criterio coincide con las disposiciones de la actual Ley de Concursos por lo que la jurisprudencia de la C.S. adquiere indiscutible validez y ratifica el criterio adoptado en la materia por el legislador.

A título comparativo citamos el informe de Geraldo von Potobsky (TySS, 1998-1196) respecto de la normativa de la Unión Europea, Directiva nº 98/50 sancionada el 29/06/1998, según la cual los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo existente a la fecha de la concertación, son transferidos al cesionario por el hecho de esta trasmisión. Los trabajadores protegidos son aquellos comprendidos en la legislación nacional sobre el empleo. Los Estados miembros pueden prever que el cedente y cesionario sean solidariamente responsables de las obligaciones laborales exigibles antes de la transmisión relacionadas con un con trato *existente* a la fecha de ésta. Rodríguez Mancini (*op. cit.*)

destaca la diferencia que surge entre esta directiva y el plenario Bagliere. Mientras éste incluye a las relaciones extinguidas antes de la trasmisión, la directiva europea circunscribe la cuestión a los contratos existentes al momento de la trasmisión. Finalmente, en caso de trasmisiones producidas en un procedimiento de quiebra o de crisis económica grave, la directiva de la Unión Europea ofrece una respuesta similar a la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso "Rojas" antes citado y al texto de nuestra Ley de Concursos.

Capítulo V

Distintas formas de manifestarse la cesión

Sumario: A. Cesión total o parcial del establecimiento.— B. Cesión total o parcial del establecimiento bajo la forma de la locación o arrendamiento.— C. Cesión bajo otras formas.

Dado que el artículo 30 se refiere a la cesión ("quienes cedan...") de manera genérica, sin indicar específicamente ninguna de las formas o institutos jurídicos en que podría manifestarse la cesión, asumimos a ésta, con criterio amplio, como un acto jurídico translativo de derechos. En lo que interesa a nuestra materia, acto traslativo de los derechos de titularidad que tiene el cedente sobre el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, y cuya cesión se hace en forma total o parcial.

La confusa redacción del art. 30 nos mueve a tratar de encuadrar los alcances en cuanto a la cesión. En efecto; el artículo trata, conjuntamente, en el mismo párrafo y sin puntuación que las separe, a la cesión total o parcial del establecimiento o explotación habilitado a nombre del cedente y a cualquier forma de contratación o subcontratación —"cualquiera sea el acto que le dé origen"— de trabajos o servicios "correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito". Y en esta unidad normativa, de la mera lectura, parece que el legislador coloca sin distinción aparente a los titulares de ambas situaciones —cesión y contratación o subcontratación— en la obligación de exigir a sus contratistas o subcontratistas —que no son figuras jurídicas afines a la cesión— el adecuado cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social.

A renglón seguido en el art. 30, unificadamente, se determina que los "cedentes, contratistas y subcontratistas" exijan a los cesionarios o subcontratistas el cumplimiento de una serie de recaudos respecto de su personal tales como el número de C.U.I.L., recibo de pago de haberes, cumplimiento de las cargas sociales, cobertura por los riesgos del trabajo y acreditación de una cuenta bancaria.

Pero interpretamos que no puede confundirse al cedente con quien contrata o subcontrata con un tercero, terciarizando o descentralizando su proceso productivo o de servicios. El primero, al ceder (acto traslativo), transfiere y por lo tanto cabrá tener en cuenta las obligaciones emergentes al momento de la operación. En el segundo caso habrá una relación de tracto sucesivo al contratar o subcontratar trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, que se corresponden e integran en éste. En esta relación continuada será posible ejercer el control que pretende el legislador. Pero no en el caso de la cesión pues se habrá cortado el vínculo al transferir y solo deberán tenerse en cuenta las obligaciones existentes al momento de la operación y/o derivadas de la misma. Pero no un control de obligaciones posteriores. La relación de los trabajadores en el caso de la cesión asumida como acto traslativo de la titularidad y habilitación del establecimiento seguirá exclusivamente con el cesionario. En todo caso sería éste como cesionario y continuador de la actividad el principal interesado en verificar que el cedente tiene cumplidas sus obligaciones laborales y de la seguridad social al momento de la cesión, a fin de revestir de seguridad jurídica a la operación y evitar más adelante, cuando ya sea el único titular del establecimiento o explotación, la aplicación de los efectos de la solidaridad por las obligaciones existentes y/o derivadas de una relación de trabajo extinguida al momento de operarse la cesión.

Desde esta perspectiva tenemos las siguientes alternativas:

A. CESIÓN TOTAL O PARCIAL DEL ESTABLECIMIENTO

Como un acto traslativo de la propiedad, lo que obviamente incluye la titularidad de la habilitación puesto que incluirá la "explotación" ("azienda"), ya sea que se transfiera todo o una parte del establecimiento y que desde el punto de vista de la naturaleza

jurídica del acto lo asimilamos a la compraventa. Va de suyo que cuando decimos cesión "parcial" del establecimiento, a de referirse a una parte del mismo capaz de desprenderse con autonomía y de seguir funcionando como una unidad técnica menor, pero unidad técnica al fin. Por cuanto si no fuera así, se estarían transfiriendo partes componentes, maquinarias, elementos de diverso tipo, etc., que no conformarían una unidad técnica y desde luego un establecimiento o explotación. En la especie se trataría de la venta de elementos diversos por un lado y si se cede personal, entraría a jugar la situación prevista en el art. 229, pero la operación no configuraría la cesión de un "establecimiento" con las características que lo tipifica la propia ley de contrato de trabajo (art. 6º) y lo refiere el art. 30 al asimilarlo a la explotación.

Vista la cesión desde la perspectiva de la compraventa, lo que se traduciría en una transferencia definitiva del establecimiento, al acto traslativo le será aplicable el art. 225 de la ley de contrato de trabajo —que trata precisamente de la transferencia del establecimiento por cualquier título sin mencionar a la cesión— en cuanto dispone que pasan al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que tuviere el trasmitente o cedente al tiempo de la transferencia, incluso las que se originen con motivo de ésta, y que el adquirente deberá asumir con todos los efectos derivados del contrato de trabajo del personal involucrado en la operación traslativa, puesto que la relación laboral seguirá vigente con él.

También será de aplicación el art. 226, el cual protege la situación del trabajador involucrado en la cesión o transferencia del establecimiento, facultándolo a darse por despedido en caso que la operación implique un cambio en las modalidades determinantes de la relación de trabajo, un cambio del objeto de la explotación o derive en una disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador.

Completa la normativa aplicable el art. 228 que consagra la solidaridad entre trasmitente y adquirente (cedente y cesionario) respecto de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo existentes a la época de la trasmisión. Responsabilidad solidaria que la jurisprudencia plenaria ha extendido a las obligaciones derivadas de una relación laboral extinguida con anterioridad a la cesión (caso "Baglieri") y que, desde luego, no se encuentren prescriptas.

B. CESIÓN TOTAL O PARCIAL DEL ESTABLECIMIENTO BAJO LA FORMA DE LA LOCACIÓN O ARRENDAMIENTO

Esta figura está especialmente tratada en el art. 227 de la ley de contrato de trabajo. Sin duda el contrato de locación o arrendamiento lleva implícita la idea de plazo limitado, puesto que en este instituto el locador se reserva la propiedad del establecimiento, el que a corto, mediano o largo plazo a de recuperar, aunque haya cedido temporariamente la disponibilidad o uso del bien y la explotación habilitada a su nombre. De lo contrario no habría cesión bajo la figura del arrendamiento en los términos expresos del art. 30. De ahí que la norma precitada se refiera al "arrendamiento o cesión transitoria". Lleva entonces también implícita la idea de que el propietario, por su carácter de locador o arrendador, en algún momento recuperará el establecimiento y la titularidad de su habilitación, sea porque se cumplió el plazo del arriendo, porque se produjo algún incumplimiento que le de a las partes el derecho a rescindir, o porque así lo deciden ambas. Así está previsto en el segundo párrafo del art. 227 donde se regulan los efectos de la extinción del arrendamiento, es decir, para el momento en que el cedente "recupere el establecimiento cedido precariamente".

De esta manera en la cesión transitoria o arrendamiento son aplicables los arts. 225, 226 y 228 a los cuales ya nos hemos referido al tratar la cesión como compraventa. Los efectos que se derivan, en este caso, de la cesión transitoria a través del arriendo, comparten las consideraciones que dejamos expresadas precedentemente. Además, en el art. 228, al consagrar la responsabilidad solidaria entre el trasmitente y el adquirente, o entre el cedente y el arrendatario si fuera una cesión temporaria como ocurre en el arrendamiento, se considera "adquirente a todo aquel que pasare a ser *titular* del establecimiento aun cuando lo fuese como arrendatario o como usufructuario o como titular a titulo precario o por cualquier otro modo".

A nuestro entender el legislador aclara con esta disposición los alcances de la cesión por arrendamiento. Se refiere a que el arrendamiento comprenda la cesión de la titularidad y de la habilitación del establecimiento en explotación. Descarta que el arrendamiento sea solo de la "explotación" y que el cedente retenga la titularidad y/o la habilitación, porque en ese caso estaríamos frente a otro tipo

de contrato como por ejemplo de administración, de gerenciamiento, de dirección de la explotación u operatoria (de "ejercicio de la empresa" en la feliz expresión del código italiano al referirse a la azienda), los cuales evidentemente generarían otro tipo de responsabilidades, pero básicamente la relación laboral se mantendría directamente entre el cedente y el personal, pues nunca se habría modificado si la cesión no incluyó la titularidad (aunque sea temporaria) y la habilitación..

A esta altura ya podemos observar que el legislador, con las locuciones "...cualquiera sea el acto que le dé origen..." (art. 30), "... transferencia por cualquier título..." (art. 225) y "...o por cualquier otro modo...." (art. 228) es evidente que ha querido, ante la eventualidad de que el establecimiento sea transferido o cedido por cualquier título o modo que ofrecen las fuentes legales o se derive de la creatividad de los actores, que el trabajador se encuentre ampliamente protegido y no vea frustrados sus derechos.

C. CESIÓN BAJO OTRAS FORMAS

Hemos tratado la cesión en el marco de los subtipos que la remiten a la compraventa y a la locación o arrendamiento, formas jurídicas en las que pueden verificarse con claridad de quién y a quién se desplaza la titularidad del establecimiento cedido o transferido, para la determinación de responsabilidades. Pero la cesión también podría, por aquello de "...por cualquier modo... ", concretarse a través de otras variantes como la cesión por donación, o formas más complejas como la cesión en garantía. Formas posibles ante la amplitud de criterio planteada por el legislador aunque no habituales en el mundo de los negocios como herramientas para la transferencia de un establecimiento. De cualquier manera, en estos casos, también debería determinarse de quién y a quién se desplazan la titularidad y la habilitación del establecimiento a fin de determinar si son aplicables las mismas normas y efectos a las que hemos hecho referencia.

Capítulo VI

Interpretaciones a que da lugar el artículo 30

La confusa redacción del art. 30 ha dado lugar a diversas interpretaciones en la doctrina.

Asi por ejemplo Hierrezuelo (1) sostiene "que hay que distinguir este supuesto (el de la cesión) de la transferencia del establecimiento contemplada en el art. 225 y concordantes del mismo texto (novación subjetiva del contrato de trabajo), en el que se opera una trasmisión de la titularidad del establecimiento, aun siendo ella transitoria, mientras que en la cesión (total o parcial) el cedente la mantiene y sigue ella a su nombre, aunque la explotación la realice el cesionario (por sí y para sí). En el mimo sentido cita a Vázquez Vialard (2) y Justo López (3).

Sin embargo la figura de la cesión contiene la idea de transmitir, de pasar a otro, o visto desde otro ángulo, de desprenderse de algo. Aun con sentido general, fuera del específico ámbito jurídico, el diccionario de la Real Academia Española define a la cesión como "renuncia de alguna cosa, posesión, acción o derecho, que una persona hace a favor de otra". Y ratifica el concepto al definir al cesionario: "persona en cuyo favor se hace alguna cesión".

Por ello, concebir a la cesión como un acto que se concreta sin transmitir la titularidad, nos parece que se aleja de la interpretación

(1) *Tratado de Derecho del Trabajo*, Dir. por Ackerman, t. II, p. 190.

(2) *Tratado de Derecho del Trabajo*, 1ª ed., Ed. Astrea, 1982, t. 2, ps. 361/362.

(3) López, Centeno y Fernández Madrid, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Contabilidad Moderna, 1978, t. I, ps. 257/258.

posible y lógica de la norma del art. 30 y que nos colocaría ante una figura difícil de componer en la realidad.

Nuestro Código Civil, art. 1434, al tratar la cesión de créditos, adopta también la idea de transferencia. Dice así: "Habrá cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a *transferir* a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito, si existiese". Transferencia y prueba de la titularidad.

No es admisible que el legislador haya utilizado el vocablo "cedan" sin tener en cuenta el alcance técnico jurídico que el mismo conlleva, el cual no es otro que el que se le asigna en el campo del derecho civil a la cesión, instituto basado en la idea de trasmitir, pasar a otro, como hemos visto.

Por ello, hemos dejado expresado anteriormente que la interpretación lógico jurídica del art. 30, en cuanto se refiere a los que "cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre", implica la transferencia de la titularidad y de la habilitación, produciéndose un corte en la relación, lo cual obliga a considerar los efectos a ese momento, pues la relación futura de los trabajadores continuará exclusivamente con el cesionario. En ese entendimiento no le serán aplicables al cedente las previsiones del resto del art. 30, establecidas para los que "contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y especifica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito..." por cuanto aquél, el cedente, pasará a ser un tercero extraño frente al cesionario y carecería de toda legitimidad si pretendiera inmiscuirse o controlar la gestión de éste. Tampoco conocemos norma que, en la circunstancia descripta, permita imputar responsabilidad solidaria al cedente por eventuales incumplimientos del cesionario en la gestión de su actividad posterior a la cesión.

Compartimos así el criterio sustentado por Rodríguez Mancini (4) cuando expresa que: "... por la referencia al objeto cedido que contiene, estamos frente al caso de una transferencia de la ti-

(4) La *solidaridad en el Derecho del Trabajo*, Colección Der. del Trabajo y de la Seg. Social, 2, Ed.Quorum, 2006, p. 72.

tularidad del establecimiento o explotación en forma permanente o transitoria por la vía de una compraventa, una locación u otras formas semejantes que producen la caída del titulo por el cual el empresario domina el establecimiento o explotación... creemos que la norma del art. 30 resulta inaplicable al caso de la cesión a pesar de que menciona esta situación, porque, como se acaba de ver, el empresario-empleador no continúa en esa calidad, sino que se ha desprendido para transferirla a otros sujetos...".

Capítulo VII

Efectos de la cesión. Solidaridad

Circunscriptos a la cesión del establecimiento o explotación habilitado a nombre del cedente y a la luz de cuanto venimos sosteniendo, cabe repetir que la cesión, total o parcial, ha de significar la caída de la titularidad y habilitación a nombre del cedente y pasarlas, transferirlas, al cesionario colocándolo en el lugar de aquél. Por cuanto si alguno de estos elementos, la titularidad o la habilitación, no fuera objeto de la cesión, aun admitiendo que ello sea contractualmente posible, no estaríamos en el caso de la cesión prevista en el art. 30 que, por su texto, nos resulta claro y expreso a este respecto. Pero el acto de la cesión en sí mismo, tomado en el momento de su materialización, generará los efectos que veremos seguidamente.

Encuadrada así la cesión, como comprensiva de la titularidad y habilitación del establecimiento o explotación, se simplifica la determinación de sus efectos. Queda atrás el art. 30 por inaplicable dado que sólo admite y define el tipo de cesión a la cual se está refiriendo, pero en lo demás regula a los "que contraten o subcontraten" cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios... etc... etc... Debemos buscar entonces en otras normas la regulación de los efectos de la cesión, más precisamente, por la continuidad de la relación laboral con otro titular habilitado y por la solidaridad frente a las obligaciones que resultan del acto traslativo.

Así tenemos: art. 225: a) que todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el trasmitente (léase cedente) tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia (cesión), aún las que se originen con motivo de ésta, pasarán al sucesor (léase cesionario); b) el contrato de trabajo continuará con el sucesor o adqui-

rente (léase cesionario), manteniendo el trabajador su antigüedad y demás derechos que de ella se deriven. Desaparece, se corta así la relación con el cedente.

Art. 226: Los trabajadores involucrados en la operación podrán darse por despedidos si, con motivo de la trasferencia del establecimiento que se deriva de una cesión y por consiguiente de la transferencia del contrato de trabajo de los trabajadores que se desempeñan en el mismo, se les infiriera un perjuicio apreciado según las pautas del art. 242 , a cuyo efecto se ponderarán especialmente: a) si cambia el objeto de la explotación; b) se alteran las funciones, cargo o empleo o c), la separación (o descentralización) de secciones, dependencias o sucursales produjeran una disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador.

Art. 227: Si la cesión se materializara por la vía de una locación o arrendamiento, lo que implicaría por la naturaleza de este contrato una cesión transitoria, se aplicarán los arts. 225 y 226 que hemos reseñado, y al término de la misma, cuando recupere la titularidad y habilitación el cedente (o locador), asumirá con relación al cesionario (locatario) las mismas obligaciones que impuso a éste el art. 225 al concretarse la primera operación.

Esta clara disposición del art. 227 prueba que cuando el legislador incluyó la cesión en el plexo normativo bajo análisis, lo hizo con la intención de regular la transferencia conjunta de la titularidad y habilitación del establecimiento o explotación, o en términos prácticos, la caída o corte de tales derechos de titularidad y habilitación para pasarlos al cesionario, aunque sea precaria o temporariamente —como en el caso de la locación o arrendamiento—, o bien definitivamente cuando la cesión se ha materializado mediante una compraventa.

Art. 228: Finalmente esta norma impone a los actores o partes en la operación —trasmitente y adquirente, cedente y cesionario, trasmisor y sucesor, diferentes denominaciones que utiliza el legislador que deben ser leídas en función del instituto que regulan—, la responsabilidad solidaria por las obligaciones que emergen del contrato de trabajo *existentes* en la época de la trasmisión y que la jurisprudencia plenaria ha interpretado que comprende también a las obligaciones derivadas de una relación laboral extinguida con anterioridad (Baglieri).

Cabe agregar a este marco normativo lo resuelto por la jurisprudencia plenaria de la CNAT, Plenario Nº 309, 03/02/2006, "Ramírez María c. Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro" (DT, 2006-A, 218 y TySS, 2006-105) que sentó la siguiente doctrina: "Es aplicable el art. 705 del Código Civil a la responsabilidad del art. 30 LCT".

Sostuvo el Fiscal General ante la CNAT al fundar su opinión en el plenario, que "nuestra disciplina no es autosuficiente, ni tiene una autonomía plena y cuando una norma laboral dice "responsabilidad solidaria", se está refiriendo a las pautas normativas del Código Civil, al igual que cuando dice "pago" o "persona jurídica de existencia ideal". Y agregó, citando a Justo López, que esta vocación de aplicabilidad de normas civiles sólo puede ceder frente: "...a) la presencia de una norma laboral expresa distinta y b) la incompatibilidad de la norma civil con principios generales del derecho del trabajo", posibilidades que no existen en el caso de la cesión.

De ello resulta entonces que por la cesión del establecimiento habilitado a nombre del cedente y la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales establecida para el cedente y el cesionario, el trabajador podrá accionar contra ambos conjuntamente o contra cualquiera de ellos.

Capítulo VIII

La cesión y la descentralización productiva

Adelantamos nuestra opinión en el sentido de que la cesión prevista en el art. 30 de la ley de contrato de trabajo, con los alcances y efectos que le hemos atribuido, no es una herramienta que pueda ser utilizada para participar en un proceso de descentralización productiva.

En efecto, Hierrezuelo (1) citando a Rivero Lamas define a la descentralización productiva "...como una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera desempeñando o no". Y agrega "...con ello se lleva a cabo una segmentación del proceso productivo, en la generalidad de las ocasiones a través de una desintegración vertical del ciclo de producción, por el que las empresas transfieren al exterior actividades hasta entonces asumidas internamente" (2).

No tenemos dudas respecto de que este proceso que puede alcanzar diversos grados de complejidad, tanto en lo que se refiere al proceso productivo en si mismo, el funcionamiento y organización de la explotación, como en las relaciones y efectos con personal propio y de terceros, resulta extraño a la figura de la cesión.

---

(1) *Op. cit.*, p. 237 y nota 89 (Rivero Lamas).

(2) Cruz Villalón, Jesús, *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*, en Revista de Trabajo y Seguridad Social, Nº 13, Madrid, enero-marzo 1994, ps. 8 y 9.

En las "contrataciones o subcontrataciones" de trabajos o servicios que hacen a la actividad normal y específica propia del establecimiento, para decirlo con palabras del art. 30, lo cual puede coadyuvar al proceso de descentralización productiva, según el caso, el titular del establecimiento habilitado a su nombre no se desprende ni trasmite estos derechos. Los conserva plenamente. Sigue siendo el titular y solo se vinculará contractualmente con terceros que han de colaborar o aportar partes que se integrarán al proceso general del establecimiento o explotación.

En la cesión, vivida como un corte o caída y transferencia de la titularidad y habilitación del establecimiento, no hay oportunidad ni lugar para tercerizaciones, puesto que de esto se trata fundamentalmente en la descentralización. En la cesión el establecimiento cambia de mano, total o parcialmente, de manera definitiva o temporariamente, según la forma en que se materialice la cesión, pero se trasmite como una "unidad técnica o de ejecución" y en ese acto traslativo que se celebra entre cedente y cesionario, no hay espacio para terceros.

En todo caso la aplicación de un proceso de descentralización productiva pudo ser decisión del cedente, anterior a la cesión, o llevarse a cabo por parte del cesionario, ya como titular del establecimiento y habilitación, obviamente con posterioridad a la cesión.

Podría ocurrir que dentro del "paquete" incluido en la cesión, que al transferirse el establecimiento o explotación se transfieran contratos o subcontratos con terceros que se encuentren vigentes, como parte del negocio, pero estos contratos que podrían estar sirviendo a un proceso de descentralización no se habrían originado en la cesión, que tiene su objeto y efectos propios.

El proceso de descentralización productiva solo podría vincularse, en el marco del art. 30, con los que contraten o subcontraten trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, con proveedores externos, tercerizando, segmentando los ciclos productivos, a través de cualquier tipo de contrato, pero no con el de la cesión prevista en la mencionada norma, por cuanto ésta se concreta con la trasmisión de la titularidad y habilitación a su nombre por parte del cedente, lo que implica precisamente desprenderse del ámbito donde podría ejercerse la descentralización productiva, que pasa a otras manos.

Grupos económicos y descentralización productiva

Por Lorenzo P. Gnecco

Capítulo I

Introducción

1. Con motivo de las actividades llevadas a cabo en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, relacionadas en su momento a la temática de la "*descentralización*"—según la denominación modernamente asignada por la disciplina laboral a dicho fenómeno jurídicamente complejo-, tuve oportunidad de exponer algunas reflexiones y enfoques en torno a la conformación y desenvolvimiento de otro fenómeno jurídico también complejo como lo es el de los *grupos de empresas*, constituidos, sea como producto, sea como ocasión de supuestos de operatividad del primero. Varias de dichas ideas han servido ulteriormente de punto de partida y bases para la preparación de algunos segmentos del presente trabajo, parte de la obra colectiva encarada por distinguidos colegas y juristas en homenaje al maestro y amigo Antonio Vázquez Vialard y en la cual me he sentido honrado y con sumo placer en poder participar.

Me tocó en suerte visitar a Dn. Antonio para saludarle poco después de la citada charla y muy poco tiempo antes de su partida, y sorprenderme, una vez más, con su incansable bonhomía, inagotable vocación de verdadero maestro y admirable condición humana, preocupándose, aun en las incomodidades de la fragilidad corpórea, por inquirir en torno a la citada presentación e interesarse por debatir algunos aspectos sobre el tema allí analizado. Indudablemente las muy breves e imperfectas ideas a transcurrir en estas líneas en modo alguno podrían agotar el merecido homenaje a que sería acreedor y, en recuerdo a tan querida persona, sólo intentarán, como estimo seguramente él también habría hecho, proponer puntos de reflexión para el acercamiento hacia los ya citados y vastos fenómenos sobre los que se expondrán.

2. La experiencia recogida en los últimos tiempos, en particular en las últimas décadas, permitiría revelar que los confines tradicionales en los cuales se solía conceptualizar al fenómeno de la descentralización productiva han sido singularmente modificados hasta desdibujar sus contornos, puesto que, a la par de las modalidades clásicas bajo las cuales comúnmente se manifestara, comenzaron a advertirse, y con significativa expansión, *novedosas* formas de descentralización operadas bajo diversas fórmulas jurídicas, siendo la conformación de grupos empresariales una de ellas. Así, resulta posible observar que, además del modo de constitución histórica o tradicional de los fenómenos de grupos de empresas, en no pocas ocasiones ciertas formas de reorganización de la estructura interna de las sociedades, tales como los procesos de Escisión y Fusión y, por esa vía, la creación subsiguiente de empresas y/o grupos de empresas entrelazadas, aparecerían también como modos o partes de estrategias de *descentralización* productiva.

También resulta dable advertir que las propias nociones y varias de las categorías jurídicas de los fenómenos societarios hubieron de experimentar igualmente sus modificaciones en un contexto de realidad empresarial caracterizada por singulares cambios y matizada por una inusual globalización de la economía, empujando el dictado de nuevas normas y la elaboración de sendos proyectos de reforma tendiente a revisar la normativa societaria a los fines de su adecuación, mas quedando siempre un tanto "a la zaga de los hechos". Hoy en día, se asiste casi sin asombro, como refiriera Anaya, a un mundo en el que se operan profundas transformaciones con sostenida rapidez, y las regulaciones del derecho positivo y la doctrina no han quedado al margen del influjo de dichos cambios, particularmente en las ramas más apremiadas por ese proceso dada la índole especial de la materia que regulan, tal como ocurre con el derecho comercial o con el derecho del trabajo.

Dichos cambios y dinamismos empresariales no resultan, pues, neutros al campo del derecho laboral habida cuenta producir consecuencias jurídicas claras sobre el marco de las relaciones internas y externas que se anudan al desenvolvimiento de las empresas, entrelazándose así una dispersa y compleja estructuración, la más de las veces, inconcatenada y aislada, de normas, fallos y de doctrina que bien merecería en algún no lejano tiempo, un examen omnicomprensivo que tienda a un ordenamiento sistémico de los cita-

dos fenómenos. No son pocas las ocasiones en que las decisiones jurisprudenciales, así como aportes de la doctrina, tanto de unos como otros espectros, aparecen en desarticulación con las pautas, reglas y principios propios que rigen en los otros ámbitos, y lo propio parecería acontecer con la labor normativa, consagrándose, cual espectros estancos, reglas y soluciones que no consultan la variedad policromática de ámbitos y consecuencias que son factibles de abarcar en un mismo y único acto.

En relación a esto último, nuestro propósito es formular sólo algunas breves reflexiones en torno al marco jurídico laboral atinente a empresas que se hallan relacionadas de un modo tal que conforman lo que ha sido denominado como *grupos económicos* o grupos de empresas, y señalar algunas de las repercusiones que pueden producirse en las mismas a raíz de la adopción de figuras de descentralización, o incluso, antes aún, con motivo de la creación misma del grupo en cuanto tal.

Capítulo II

La descentralización: un fenómeno complejo y multidireccional

1. En la búsqueda de organizaciones productivas más flexibles, refiere Monereo Pérez (1), las empresas han acometido diversas clases de procesos, tales como el de la descentralización productiva, diversificación de la producción y varias otras técnicas más con el fin de que operen como medidas de *adaptación* al cambio estructural dotando de una mayor capacidad de ajuste y flexibilidad a las mismas. Ello ha determinado un incremento de las distintas formas de cooperación interempresarial según fórmulas variadas de vinculación.

Normalmente dichas fórmulas se dan en el marco de las articulaciones empresariales de *coordinación*, estructuras flexibles organizadas en redes de cooperación y de subcontratación de empresas jurídicamente independientes pero coordinadas mediante el ciclo de producción en reglas de cooperación, en el modelo de "empresa-red", tipo de empresa económica que permite articular la gran empresa con una red más o menos amplia y diversificada de pequeñas empresas subsidiarias o auxiliares mediante las cuales se lleva adelante la producción. Pero dichas formas de cooperación y subcontratación pueden darse, también, en el seno de organizaciones empresariales unidas en vinculaciones de *subordinación* o "jerarquía".

---

(1) Monereo Pérez, José L. *Grupos de empresas y subcontratación*, en "Grupos de empresas y Derecho del Trabajo", Baylos y Collado (dir.), Ed. Trotta, Madrid, 1994, p. 239.

Los procesos de descentralización productiva en dichos esquemas responderían a una estrategia de "empresa de grupo", esquema que le permitiría flexibilizar su capacidad de adaptación a las exigencias del mercado y dotar de mayor efectividad al conjunto empresarial racionalizando los procesos de gestión de la actividad económica y de personal (2). Las formas de dichos procesos pueden ser variadas.

2. Una de las formas más comunes de descentralización a lo largo del tiempo ha sido la "subcontratación" de obras y servicios a terceros. A su respecto se suele distinguir entre la subcontratación *interna* y la *externa*, según que la obra o servicios se lleven a cabo en las instalaciones de la empresa usuaria o fuera de ella (3), y así también, de acuerdo a su contenido, entre la subcontratación de la *producción de bienes o de la prestación de servicios* y la subcontratación de *mano de obra*. Sin embargo, la división esquemática entre estas figuras no lograría abarcar toda la gama de las modalidades actualmente existentes, las cuales no corresponderían siempre con exactitud a una de esas categorías principales o bien porque poseen ciertas características de ambas a la vez (4). Así, resultarían advertibles en la experiencia comparada subcontrataciones en relaciones de *triangulación*, tales como el suministro de mano de obra por medio de intermediarios individuales, o de empresas dedicadas a la provisión de trabajadores, como es el caso de las agencias de trabajo temporal, y subcontrataciones en relaciones *bilaterales*, ello es, sin participación de terceros, tales como los casos de subcontratación *individual* (trabajadores autónomos), trabajo en grupo o *equipo*, y también esquemas *mixtos* en que se combinan aspectos concernientes a ambas tipologías (agencias que suministran subcontratistas independientes, etc.).

3. Plurales han sido las definiciones ensayadas en la doctrina para intentar comprender al fenómeno de la "*descentralización productiva*", y no parecería sencillo, en el estado actual del debate, encontrar alguna que pueda resumirle de modo apropiado, habida cuenta el verdadero "poliformismo" que encerraría el concepto,

(2) MONEREO PÉREZ, JOSÉ, *op. cit.*, p. 257.

(3) Conf. OIT, Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª Reunión, 1997, *Trabajo en régimen de subcontratación*, Informe VI (1), p. 8.

(4) OIT, Informe cit., p. 9.

dada la multiplicidad de supuestos que podrían quedar alcanzados en una proyección amplia de la noción. En los informes de la propia OIT se señala que debido al carácter dinámico y polifacético que revestiría dicho fenómeno, resultaría bastante difícil establecer una comprensión y clasificación clara de sus diversas expresiones (5). No obstante, en términos muy generales y circunscripta la noción en torno a una de sus figuras, cual sería la de la descentralización por *subcontratación*, algunos autores parecerían coincidir en que, como rasgos fundamentales, dicho concepto referiría en tales casos a un modo de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios mediante el recurso a la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades de la propia empresa (6). Sin embargo, la misma no es, ni lejanamente, la única forma posible de descentralización productiva ya que también puede implementarse a través de otros modos o mecanismos. En efecto, dicha forma de organizar los procesos se implementa también a través de operaciones por las cuales se establece una nueva forma de cooperación entre empresas y una división de trabajo entre las mismas (7), ligándose frecuentemente mediante formas de *agrupaciones de empresas* o bien de *"filialización"* (8).

Por ello mismo, los autores modernos, concuerdan en advertir que el término *"descentralización"* no puede ser circunscripto a la noción histórica o tradicional que tuviera, limitada a la mera externalización de obras o servicios ya que hoy en día abarca mucho más que ello; podría perfectamente decirse que, actualmente,

(5) Conf. OIT, Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª reunión, 1997, *Trabajo en régimen de subcontratación*, Informe VI (1), ps. 6/7.

(6) Véase RIVERO LAMAS, J., *La descentralización productiva y las nuevas formas de organización del trabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, ps. 22 y sigtes., pub. del MTAS, Madrid, 2000; VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO, *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*, en DT, 2002-A, 686; y sus citas de CRUZ VILLALÓN, J., *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*, RTSS, 1994, núm 13, ps. 7 y sigtes.; CASANI FERNANDEZ DE NAVARRETE, F. et al., *La problemática del oursourcing*, Economitas. 1996, núm. 72, p. 87; MONEREO PÉREZ, JOSÉ L., *Grupos de empresas y subcontratación*, en *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Ed. Trotta, Madrid, 1994, ps. 240/241.

(7) MONEREO PERÉZ, J. L., *op. cit.*, p. 242.

(8) Informe OCDE, *La flexibilidad del mercado de trabajo. Nuevas tendencias en la empresa* en OCDE, "Políticas del mercado en los noventa", Madrid, 1991, p. 324; MONEREO, J. L., p. 242.

la noción tiene un alcance significativamente amplio, a punto tal que algunos autores hablan de un *poliformismo* al referirse a ella, o de *"fenómeno multidireccional"*, como hacen otros. En efecto, el término abarcaría modernamente distintos sentidos o manifestaciones de organización empresaria. No sólo se comprendería allí a la tradicional manifestación de la externalización de actividades de una empresa hacia otra a través de la *contratación o subcontratación*, sino que también puede llevarse a cabo una descentralización a través de otros procesos, tal como la externalización del *lugar de prestación del servicio* de sus empleados, como así también la *Escisión, división o fragmentación* de una empresa en otras unidades empresariales con personalidad jurídica propia aunque integrantes de un mismo grupo empresarial, y del mismo modo podría existir descentralización a través de *la ocupación temporal de trabajadores* de otras empresas habilitadas para tal fin (9).

Se ha dicho por tal motivo, que con la descentralización productiva hubo de producirse una *sustitución del paradigma de la empresa*, o mejor dicho, en el *paradigma organizativo* de la empresa (10). El modelo tradicional de integración vertical, autonomía y gestión funcional jerárquica hubo de ser sustituido en parte por otro de signo opuesto: fragmentación del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional. La centralización organizativa habría cedido paso a la *descentralización*, y la autonomía, a la *interconexión* interna y externa (11). Se trataría de una estrategia de cooperación que muchas veces supondría la creación de una red organizada de subcontratación en colaboración, en empresas jurídicamente independientes pero coordinadas mediante un mismo ciclo de producción y unidas por un sistema de reglas de cooperación subordinada (12).

(9) Conf. CONFALONIERI, JUAN A., *Descentralización Productiva*, ponencia oficial en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Rosario, Santa Fe, septiembre de 2005.

(10) VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO, *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*, DT, 2002-A, 685.

(11) VALDÉS DAL-RÉ, F., en cita de CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad cultura*, vol. 7, "La sociedad red", ps. 179 y sigtes.

(12) MONEREO PERÉZ, J. L., *Grupos de empresas y subcontratación* en "Grupos de empresas y derecho del trabajo", BAYLOS y COLLADO (dir.), Ed. Trotta, Madrid, 1994, p. 240.

Los cambios no habrían generado un único tipo de organización sino tipos diferenciados, aunque el elemento común a las nuevas estructuras sería el de la *"red"*, forma organizativa socialmente típica en la economía globalizada. De igual manera, el reemplazo no habría sido tampoco total, habida cuenta que subsistirían junto a la nueva figura de la "empresa-red", las formas organizativas del viejo esquema.

La descentralización por subcontratación en el marco de grupos de empresas evidenciaría una evolución según una *doble directriz*: un efecto *centrífugo*, por un lado, por una eventual externalización de funciones de la empresa hacia las demás, y un efecto *centrípeto*, que comportaría una nueva forma de subalternidad respecto a la gran empresa (sociedad matriz o núcleo central) de parte de las unidades productivas separadas.

Si bien, como se verá, los modelos o tipos de vinculación resultarían variados, cualquiera fuere la forma de agruparse de las empresas lo cierto y concreto es que se cristalizaría una ***nueva forma de organización económica*** acentuando la cooperación entre empresas y la división del trabajo entre las mismas (13). En definitiva, que así como la empresa individual constituye en sí una "organización", los grupos de empresas, en sentido amplio, también constituyen una *"forma de organización"* (una forma de organización que integra múltiples unidades operativas con una jerarquía de dirección integrada) (14).

(13) MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, p. 242. Véase igualmente MONEREO PERÉZ y M. N. MORENO VIDA, *Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional* en F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y VALVERDE, M. V., *Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 1987, ps. 269 y sigtes.

(14) Véase, ARAGON MEDINA, JORGE, *Los grupos de empresas como unidad económica dominante, op. cit.* p. 26.

Capítulo III

La regulación de los grupos de empresas y la descentralización

Mientras la introducción (en rigor "resurgimiento" con vitalidad mayor) de las formas de descentralización dentro de las relaciones económicas hubo de producir efectos en el modelo organizativo de la empresa, y consiguientes consecuencias en las relaciones de trabajo que se anudan a la misma, otro tanto hubo de acontecer por su lado con la aparición de las uniones o constitución de *grupos de empresas*, las cuales vinieron a modificar también el paradigma de la empresa tradicional y producir igualmente consecuencias sobre las relaciones laborales.

La inserción del fenómeno de los agrupamientos de empresas en el marco de las relaciones del trabajo subordinado y sus repercusiones sobre las mismas, no hubieron de resultar ajenos a las preocupaciones del legislador laboral de nuestro país, quien dedicó desde antaño una expresa, aunque parcial, regulación de protección al respecto destinada a preservar los derechos de los trabajadores involucrados (1), aun cuando necesitada de una mayor precisión, y en cuya virtud, y a partir de un *criterio* ***de unidad sustancial relativa,*** ha establecido la posibilidad de prescindir parcialmente ante determinadas situaciones y bajo ciertas condiciones, del principio de la "separación" o independencia jurídica entre sociedades para hacer extensiva la responsabilidad por incumplimientos laborales y de la seguridad social a las entidades que integran lo que se ha dado en llamar un "*conjunto económico*".

(1) El art. 31 de la LCT, y en origen el art. 33 del texto primitivo.

Según refiriera Camerlynck, a pesar del principio de la "independencia jurídica" respecto de la sociedad madre y sus filiales, o de las diferentes sociedades hermanas, el derecho comercial y el derecho fiscal hacen seguir, cada vez con mayor intensidad, consecuencias del vínculo de estrecha dependencia que las une. El derecho del trabajo busca a su turno proteger al trabajador contra una ubicación jurídica en parte artificial, alargando su competencia más allá del empleador "nominal", a consecuencia de la "unidad del grupo" al que (con limitados y determinados alcances —cabrá agregar—) se considerará como ligado al trabajador (2).

Dicho enfoque, al decir de López (3) tiene importancia práctica desde distintos puntos de vista: (i) respecto de la identificación del empleador; (ii) respecto de la vinculación sucesiva del trabajador con empresas distintas del mismo grupo; (iii) respecto de la evasión de normas laborales por sujetos individuales y (iv) respecto de la posible reducción de la responsabilidad patrimonial por transferencias entre las empresas del grupo.

En cuanto a lo primero, permitiendo establecer a través de la realidad fáctica y no solamente formal, una más apropiada solución al poder determinar el verdadero empleador último y que resulta el verdadero beneficiario de la prestación de trabajo. En cuanto a lo segundo, para permitir prestar atención a la pertenencia de la sociedad a un grupo y prevenir contra posibles perjuicios a los derechos del trabajador. Respecto del tercer aspecto, para prevenir contra el mecanismo de utilización de las sociedades separadas como instrumento de fraude a la ley por interposición de persona, y en cuanto a lo último, para prevenir contra la posible reducción de la capacidad patrimonial —y consecuente operatividad de la protección responsabilizante— merced a posibles desplazamientos patrimoniales (manifiestos u ocultos) de una sociedad a otra.

Lo expuesto significa —y la experiencia jurídica así lo evidenciaría— que en no pocas situaciones las variables de descentralización que pudieren operarse tanto para la constitución como en el

(2) CAMERLYNK, *Traité de droit du travail. Contrat du travail,* París, 1968, t. 1, p. 88, citado por LÓPEZ, JUSTO, en LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de contrato de trabajo comentada,* t. 1, p. 370, Bs. As., 2ª ed.

(3) LÓPEZ, JUSTO, *op. cit.* en nota anterior, ps. 370/72.

desenvolvimiento de los grupos de empresas, podrían ser utilizadas más allá de lo admitido por el derecho para intentar configurar una hipótesis de *fraude* a la ley. En efecto, en muchos supuestos de la especie, el análisis de los casos de aplicación permitiría revelar que dicho mecanismo se puede prestar a un tipo de fraude a la ley por "fragmentación" de la antigüedad del trabajador (4), cuando la descentralización es acompañada de emigraciones laborales entre las empresas del grupo intervinientes en la subcontratación, o una reducción de sus derechos de estabilidad, o desmejora de sus condiciones y beneficios debido al cambio de régimen convencional aplicable entre las sociedades del grupo (e incluso del régimen legal, en los casos de grupos internacionales), disminución del poder sindical por dichos eventuales desplazamientos de la mano de obra, menores condiciones de trabajo del personal ocupado en la descentralización respecto a las atinentes a la empresa principal, cuando la contratista aparece como una mera "interpósita figura", etc., ya que, si por encima de la separación societaria mediare una verdadera *identidad de interés y unidad sustancial* entre las sociedades que sucesivamente hubiéranle contratado y una "continuación" o identidad intrínseca en cuanto a la prestación y las necesidades que la determinan, o mediare una mera intermediación sin consistencia efectiva (simulación ilícita), lo cierto es que ceñir el análisis en tales casos a las meras relaciones entre el trabajador y la sola y actual sociedad que a la sazón le emplea, y hacer aplicación del criterio de "independencia jurídica" entre las sociedades, no sólo constituiría todo ello una visión jurídicamente *insuficiente*, sino que llevaría en los hechos a una convalidación de aquellas prácticas desviadas en demérito de los derechos del trabajador.

Precisamente, la consideración de dichas sociedades agrupadas como una "***unidad de empresa***" ha sido el remedio técnico delineado por el legislador argentino para precaver de dichos negativos efectos. A la comunidad de capitales, dice López en cita de Despax (5), y a la comunidad de directores que existe en las empresas integrantes del mismo grupo, se agrega una *comunidad de personal:* éste es intercambiable y pasa siguiendo las necesidades

(4) LÓPEZ, JUSTO, *Algunas figuras de la simulación ilícita laboral,* LT, vol. XVII-B. p. 1085; CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro,* ps. 1024 y sigtes., cit. por LÓPEZ, en *Ley de Contrato, op. cit.*, t. 7, p. 365.

(5) LÓPEZ, JUSTO, en *Ley de contrato, op. cit.*, t. 1, p. 371.

del servicio y de los adelantos de una sociedad a otra. Para DESPAX, la conclusión es que en tales casos debe considerarse al grupo como una suerte de *"empresa única"*, que sería el *"verdadero empleador"*, lo que aseguraría la identidad y permanencia del contrato de trabajo, al que las afectaciones sucesivas del trabajador no afectarían (6). Lo propio se ha hecho, por lo demás —cabrá agregar—, en el terreno fiscal, al considerarse al "conjunto económico" como una *unidad*, como centro de imputación de las normas impositivas, aun cuando no poseyera personalidad jurídica como tal a los efectos del derecho privado (7). Hay allí, y como también hace nuestra ley laboral, un *apartamiento del principio de separación* o independencia de las sociedades entre sí, para considerar a las mismas como un *todo único* aunque sólo sea *para determinados efectos*. En el derecho americano también se registran antecedentes en el sentido de considerar al grupo como una unidad. Así, la jurisprudencia norteamericana estableció la extensión de responsabilidad en forma horizontal en casos en que una única organización de una única empresa se presentaba dividida en sociedades distintas (8). Más adelante volveremos sobre la jurisprudencia de dicho mismo país.

Siendo, pues, que las estructuras organizacionales descriptas (9) podrían ser susceptibles de utilización indebida o abusiva con lesión a los derechos de los trabajadores, la cuestión, en nuestro derecho laboral, y en el derecho general, residiría, entonces, en indagar cuáles serían los niveles de protección existentes, ello es, cuál o cuáles serían las consecuencias jurídicas que el ordenamiento instituye frente a dichas novedosas formas organizativas de empresas como modo de protección de los derechos de los trabajadores que se desempeñan dentro de las mismas.

---

(6) Citado por LÓPEZ en *Ley de contrato..., op. cit.*, p. 371, y con referencia a la obra de CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail, op. cit.*, p. 88.

(7) CFiscal La Plata, 22/12/1952, "Bemberg - Elortondo, suc.", LA LEY, 71-586.

(8) Casos "Robinson vs. Chase Maintenance Corp.": 1000 taximetros agrupados en 50 sociedades; "Teller vs. Clear Service Corp.": 300 taxis agrupados en 150 sociedades; "Mull vs. Colt Corp.": 300 taxis agrupados en 150 sociedades; "Mull vs. Colt Corp.": 200 taxis agrupados en 100 sociedades, fallos citados por MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 183.

(9) Usualmente referida como *grupos de empresas* o también como *"grupos económicos"*, aun cuando estrictamente no son lo mismo, ya que mediaría una relación de género a especie entre los mismos.

Para responder dicho interrogante, y siendo que ése es el terreno o ámbito en el cual se desenvolverían los negocios jurídicos de descentralización que motivan este estudio, debería analizarse entonces, cuál es y cómo funciona el instrumento de protección específica diseñado por nuestra legislación respecto del desenvolvimiento de los agrupamientos de empresas y respecto de cuáles tipos de agrupamientos operaría dicho remedio.

CAPÍTULO IV

ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES EN TORNO A LOS "CONJUNTOS ECONÓMICOS"

SUMARIO: A. Complejidad.— B. La noción "conjunto económico".— C. Tipos de agrupamientos.

A. COMPLEJIDAD

Una de las primeras y —fundamentales— observaciones que cabría de comienzos señalar en la materia es que el fenómeno de los conjuntos económicos y de concentración societaria es un tema que, como bien es sabido, no es propio y exclusivo de la disciplina laboral, ni tampoco lo es de la disciplina tributaria. Es un fenómeno, en rigor, *complejo*, ya que no sólo se ha originado fuera de dichos ámbitos, sino que además, y como dice Otaegui, *se proyecta a su vez sobre múltiples disciplinas jurídicas*, puesto que repercute sobre los derechos comercial, concursal, fiscal, laboral, internacional público y privado, penal, régimen de extranjería y de la competencia (1). El establecimiento de los mecanismos normativos para la constitución y el funcionamiento de los grupos; las relaciones entre la sociedad controlada y la controlante; la posibilidad de extensión o no de una quiebra de la sociedad filial a la matriz y viceversa; la acumulación de concursos; la hipótesis del grupo multinacional de sociedades concursadas, de distinta nacionalidad; el régimen impositivo aplicable a los conjuntos económicos y con miras a evitar la evasión fiscal a través de transferencias o deslizamientos de beneficios y —en los casos de grupos multinacionales— a preve-

(1) OTAEGUI, JULIO CÉSAR, *Concentración societaria*, p. 45, Ed. Abaco, Bs. As., 1984; íd. KABAS DE MARTORELL, ELISA y MARTORELL, ERNESTO E., *La concentración empresaria y su proyección en las distintas ramas del derecho*, LA LEY, 1987-C, 624.

nir supuestos de doble tributación; la situación y protección de los trabajadores de los distintos tipos de concentración societaria, y la implementación de normas que permitan evitar los licuamientos de responsabilidad patronal; la situación y protección diplomática, en los casos que correspondiera, de las sociedades transnacionales; la situación en materia penal de los administradores de una sociedad dominada ante los actos perjudiciales para la entidad determinados por la dominante o controlante, así como la represión de prácticas monopólicas, no son, sino, sólo algunos de los muchos y variados aspectos que en las distintas ramas del quehacer jurídico son susceptibles de ser abarcadas.

La segunda gran observación que debe ser realizada y que se liga a la anterior es, como señala Anaya, ***la inexistencia de una concepción unitaria del derecho*** y de una visión integradora de los distintos ordenamientos, a lo que ha llamado como "óptica paralizante de los autonomismos celosos" (2), y que ha impedido establecer tratamientos y soluciones normativas amplias, con una visión más abarcativa y que consideren más adecuadamente los distintos aspectos y ámbitos —con sus particulares características— que se hallan en juego.

La tercer gran observación introductoria y también necesaria de ser apuntada, es que, como consecuencia de las circunstancias anteriores, media una marcada ***imprecisión conceptual*** en torno de la temática. Según señalan los autores de la doctrina mercantil, la antes citada falta de un óptica integradora que analice el fenómeno desde una perspectiva multidisciplinaria, y extrayendo conclusiones que pudieran resultar válidas a la luz de cualquier rama del derecho, ha llevado a que exista en la materia una sensible *desconexión* (3). Así es dable apreciar soluciones, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, que muchas veces evidenciarían cierta falta de armonización, y en algunos casos hasta de oposición, entre los distintos ámbitos involucrados.

El tratamiento dado en el ámbito de nuestra disciplina laboral, así como en las restantes disciplinas jurídicas de nuestro país, pare-

(2) ANAYA, JAIME LUIS, Prólogo al libro de MARTORELL, ERNESTO E., *Conflictos de trabajo en las sociedades comerciales*, t. 1, p. 12, Bs. As., 1986; íd., KABAS DE MARTORELL, ELISA y MARTORELL, E, *op. cit.*

(3) KABAS DE MARTORELL, ELISA y MARTORELL ERNESTO, *op. cit.*

cería poner en evidencia por momentos, dichos mismos síntomas de "des-armonización".

B. LA NOCIÓN "CONJUNTO ECONÓMICO"

1. Uno de los presupuestos de hecho que contempla nuestro derecho laboral (art. 31, LCT) para la operatividad de la protección de los trabajadores que se desempeñan en empresas que integran un conjunto o grupo empresarial es, justamente, la relativa a la existencia de una *pluralidad* o grupo de empresas *relacionadas* o vinculadas y respecto de las cuales requiere que configuren un *conjunto económico de carácter permanente.*

Autorizada doctrina se ha expuesto en su momento a favor de dicha clase de estructuras organizativas. Hace más de treinta años, casi contemporáneamente a la sanción de nuestra ley laboral, Guyenot sostenía en Francia que en adelante los procesos económicos se esperarían de las concentraciones de poder económico que el legislador estimulaba a realizar, ante la comprobación de que ellas aumentaban el peso de las empresas que se unen, permitiéndoles una mayor producción y distribución en masa, y por ende a mejor costo, en interés general y particular (4).

Según refiere Rodríguez-Sañudo, la aparición y proliferación de un fenómeno de concentración financiera y de articulación económica empresarial ha llevado a la multiplicación de dichos grupos de empresas (5). En los mismos se da un fenómeno de *"articulación"* de varias empresas —normalmente sociedades mercantiles diferenciadas— bajo una *dirección económica unitaria,* donde todas ellas actúan de forma coordinada, obedeciendo a una planificación común de recursos y a una política empresarial conjunta.

Los *fines* perseguidos a través de dichas "articulaciones" pueden ser variados: la diversificación del capital en actividades económi-

(4) GUYENOT, JEAN PIERRE, *Los grupos de interés económico,* traducción de Josefina Ossorio, Ed. Ejea, Bs. As., 1973, p. 25.

(5) RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, en VALVERDE, ANTONIO; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, FERMÍN y GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN, *Derecho del Trabajo,* 6ª ed., Madrid, p. 234.

cas distintas para compensar riesgos; la integración vertical de actividades en una misma estructura productiva; un incremento en la rentabilidad de las inversiones; una mejor cobertura del mercado de determinados productos o servicios, etc. (6). Se ha dicho también, frente a la aparición cada vez más frecuente de dicho fenómeno, que uno de los móviles más significativos de dichos grupos es la de obtener economías de escala o de alcance, de las que se derivaría una mejor posición competitiva —búsqueda de un mayor poder de mercado— en un mercado cada vez más abierto e internacionalizado (7). El cambio de los modelos empresariales se apoyaría, pues, en la obtención de una mejor asignación de los recursos.

La obtención de economías de escala y de alcance evidenciaría así, un proceso de *sinergia,* en rigor, múltiples sinergias productivas: la reducción de los costos unitarios por el aumento del tamaño, la capacidad de emprender proyectos más amplios de investigación y desarrollo, una mayor eficiencia por la utilización común de las redes comerciales, el aprovechamiento común de experiencias de producción o de gestión, obtención de sinergias financieras, tanto al permitir una mayor capacidad de captación de recursos financieros a un menor coste, como por el posible aprovechamiento de los flujos internos de caja de las distintas empresas o unidades productivas, serían algunos de los principales factores que explicarían las diversas características de los grupos de empresas (8). Palomeque López y Alvarez de la Rosa coinciden en que existiría una notoria proliferación del fenómeno y entienden que el mismo sería una *consecuencia de la descentralización empresarial* para procurar, tanto una especialización económica en la que se desarrolle, como una diversificación de los riesgos y las responsabilidades (9).

Característico de dicha clase se grupos sería, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, la *falta de coincidencia entre la realidad económica del grupo* —sometido a una actuación conjunta— y *la realidad jurídica,* ya que cada una de las sociedades integradas posee

(6) RODRIGUEZ-SAÑUDO, *op. cit.*, p. 235.

(7) ARAGÓN MEDINA, JORGE, *Los grupos de empresas como unidad económica dominante,* en *Grupos de empresas y derecho del trabajo,* Ed. Trotta, Madrid, 1994, p. 23.

(8) ARAGÓN MEDINA, J., *op. cit.*, p. 37.

(9) PALOMEQUE LOPÉZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, *Derecho del trabajo,* 5ª ed., Madrid, 1997, p. 709.

personalidad jurídica propia, independiente de las demás, a pesar de dicha articulación (10). Desde una perspectiva jurídico-formal, las sociedades continúan siendo independientes entre sí, pero en su actuación se desenvuelven relacionadamente de modo tal que, más allá de la pluralidad, podría apreciarse una cierta *unidad económica* (11).

C. TIPOS DE AGRUPAMIENTOS

En cuanto a los modos de agruparse, la tipología de los grupos de empresas puede ser variada, y no siempre reducible a un esquema simple y único.

a) Sin perjuicio de que en la doctrina del derecho comercial algunos autores no se hallan contestes aún en torno a la esquematización de los tipos de relacionamiento —y consecuentemente, de los tipos de grupos empresariales que resultarían de los mismos— (12), la elaboración efectuada por calificada doctrina nacional y extranjera en torno a los mismos permitiría evidenciar la existencia de determinados rasgos comunes y definidores.

Rodríguez-Sañudo refiere que en términos muy generales podría hacerse una clasificación en dos grandes categorías: grupos que se encuentran en una *relación jerárquica*, sometidos a una empresa central o dominante —caso, entre otras, del *holding* donde la sociedad matriz participa del capital de las sociedades filiales o dominadas y otras formas más—, y grupos donde las sociedades integrantes están en una *relación de coordinación* (13).

En cuanto a la *unidad de dirección* económica, nota esencial del concepto "conjunto económico", también evidenciaría sus diversidades: diferencias en la intensidad —mayor o menor concentra-

(10) RODRIGUEZ-SAÑUDO, op.cit.

(11) PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, *op. cit.*, p. 709.

(12) Véase en tan sentido, FERRO ASTRAY, A., *Empresas controladas*, p. 50, Bs. As., Abeledo Perrot, 1965; OTAEGUI, Julio C., *Concentración societaria*, p. 45, Bs. As., Ed. Abaco, 1984; LE PERA, SERGIO, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, p. 261, Bs. As., Ed. Astrea, 1979; KABAS DE MARTORELL, E. y MARTORELL, ERNESTO, *op. cit.*

(13) RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 235.

ción de poder de decisión sobre la actividad de las empresas del grupo— así como también en las áreas o materias sometidas a decisión conjunta (14).

Igual caracterización efectúan Palomeque Lopéz y Alvarez de la Rosa al resumir las formas de los grupos en aquellos en que la existencia del grupo se funde en *técnicas de jerarquía empresarial,* o en *técnicas de coordinación* (15).

Aragón Medina distingue a su vez, y en el terreno económico, cuatro tipos de grupos de empresas: (i) empresa matriz con estructura multidimensional; (ii) holdings o sociedades holdings; (iii) corporaciones industriales o financieras y (iv) otras formas (cárteles, federaciones, clubes empresariales). En el modelo indicado en (i), el grupo se articula en torno a una empresa dominante que tiene un elevado nivel de participación accionaria sobre el resto de las empresas, generalmente próxima al 100%, y que asume el diseño del conjunto de las estrategias de las unidades productivas. En el tipo (ii), la articulación tendría una base eminentemente financiera, que se expresa en la propiedad de las acciones del resto de las empresas, con una función de accionista mayoritario, generalmente de carácter pasivo. La sociedad dominante no suele intervenir en las estrategias productivas de las distintas empresas. En el tipo (iii) existiría un nivel de integración superior al del holding, ya que el grupo integra sociedades productivamente relacionadas, y así, la sociedad dominante desarrolla una planificación estratégica para el conjunto. Ello es, no se limita a la mera tenencia de acciones como en el caso anterior. En el tipo (iv) quedarían agrupadas formas de articulación de diferente tipo que pueden hallarse vertebradas en torno a acuerdos —sobre fijación de precios, reparto de cuotas de mercado, etc.— sin que necesariamente exista un centro de administración común. Debido a que estos últimos no se enmarcan plenamente en los recaudos que se consideran característicos de los grupos de empresas, son más conocidos como *"grupos de empresas atípicos".*

Para Camps Ruiz, los grupos por *"coordinación"* u horizontales, no admitirían ser propiamente incluidos en la noción de *"grupo",* ya

(14) *Op. cit.*

(15) PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, *op. cit.*, p. 709.

que resultaría discutible que se pudiera en sentido estricto emplear la denominación a su respecto (16), y entiende que el concepto debería ser reservado al de los grupos de sociedades que se encuentran en una *relación jerárquica*, en subordinación de una sociedad dominante (17).

b) En cuanto se refiere a las relaciones de ***asimetría***, jerárquicas o de subordinación societaria, y según expone Cura (18), la doctrina, distingue varios modos o formas de subordinación o control: (i) *control interno de derecho* (que resulta de participaciones societarias que confieren la habilidad de contar con el quórum y la mayoría absoluta en la asamblea u órgano de gobierno); (ii) *control interno de hecho* (que resulta de participaciones societarias que otorgan la habilidad de contar con el quórum y la mayoría citados, pero sólo en caso de ausentismo habitual de los restantes socios); (iii) *control externo de derecho* (que resulta de contratos celebrados entre la sociedad controlante y una sociedad controlada que faculta a la primera a impartir instrucciones a la controlada, hipótesis que no está admitida en nuestro derecho) y (iv), *control externo de hecho* (que se deriva de la clase de vínculos que pueden mediar entre la controlante y la controlada) (19). En este último tipo, no existe un elemento formal, sino que, como señala Rodríguez Mancini, el dominio o control se manifiesta por la vía *contractual*, esto es, que se deriva de los derechos y obligaciones que los sujetos —independientes patrimonialmente— han pactado y de cuya aplicación derivará una situación de sometimiento de hecho en la actividad económica, industrial o de prestación de servicios de la entidad que resulta limitada (20).

(16) CAMPS RUIZ, LUIS MIGUEL, *Problemática Jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos*, en "Grupos de empresas y derecho del trabajo", Madrid, 1994, p. 87.

(17) CAMPS RUIZ, *op. cit.*, p. 87.

(18) CURA, JOSÉ MARÍA, *Las sociedades controladas. Su enfoque singular en el derecho del trabajo*, LA LEY, 1991-D, 1381 y sigtes.

(19) OTAEGUI, JULIO C., Rev. de derecho comercial, Nº 115, año 20, p. 79.

(20) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales*, LA LEY, 1992-D, 986; LE PERA, SERGIO, *La doctrina de la personalidad jurídica*, DT, 1974-541.

CAPÍTULO V

LA CONSTITUCIÓN DE GRUPOS COMO PARTE DE ESTRATEGIAS DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA. ESCISIÓN Y FUSIÓN

La temática que ocupa este estudio revela que la conformación de grupos de empresas o grupos económicos puede, en ocasiones, provenir de una estrategia o fórmula de concentración económica y descentralización productiva. En efecto, uno de los actos del derecho corporativo de sociedades, que es el de la *Escisión* societaria, puede *también responder a un modelo o estrategia de descentralización productiva,* operando como medio o herramienta para tal fin, mas no necesariamente, ya que puede obedecer a motivos o finalidades de otra índole (evitar el gigantismo de empresa adecuándolas a una dimensión más adecuada, etc.). Como refiere Aragón Medina, cada forma de organización, que son los grupos de empresas, suele estar relacionada con una determinada estrategia empresarial (1). También dicho instituto puede configurar un modo de desmembramiento o *desconcentración* empresarial, aunque no necesariamente, habida cuenta que en ocasiones podría servir para lo opuesto, esto es, para la formación de grupos de empresas, como modo de *concentración empresarial.*

Para Palomeque y Alvarez de la Rosa, la constitución de grupos de empresas respondería a un esquema de "descentralización empresarial" (2). Sin embargo, ello no siempre sería así. En efecto,

---

(1) ARAGÓN MEDINA, JORGE, *Los grupos de empresas, op. cit.,* p. 28.

(2) PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo,* op. cit. p. 709.

cabría en tal sentido puntualizar que algunos de los procesos de Escisión societaria, en determinadas circunstancias han sido considerados también como fenómenos de concentración empresarial, aun cuando en sí mismo, el vocablo parecería indicar lo contrario (corte, división, separación) (3). Retail, por caso, asimila la Escisión con la Fusión, entendiendo que el fin económico perseguido puede obtenerse por ambos mecanismos (4); Zavala Rodríguez, sostiene igualmente que la Escisión, pese a significar en inicio una dispersión o disgregación de la empresa, configuraría en el fondo una forma de Fusión, y por lo tanto, de concentración empresaria (5) y Fargosi, por su lado, puntualiza que la Escisión en rigor de verdad integraría, junto con la Fusión, el fenómeno de concentración de empresas, aún cuando en la categoría de las secundarias (6). Ello mismo es lo que entenderían en el derecho comparado los organismos estatales encargados de la supervisión de las concentraciones empresariales. Así, en el año 1999, la Federal Trade Commission (USA) emitió un informe con el título de Divestiture Report destinado a efectuar un replanteo de estrategia en relación al control de procesos de concentración, habida cuenta advertirse que en determinados supuestos las posibilidades de éxito de dichos procesos eran mucho más altas si un negocio en funcionamiento es desmembrado (7).

Cabrá recordar que la ley argentina de sociedades comerciales, luego de la reforma introducida por la ley 22.903, distingue tres tipos de Escisión: (i) la *Escisión-Fusión*, que comprendería a su vez, dos subtipos, el de la *Escisión-Fusión propiamente dicha*, que se presenta cuando una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para fusionarse con otra(s) sociedad(es) ya existente(s), y el de la *Fusión parcial*, que opera cuando una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para participar junto con otra(s)

(3) VERÓN, ALBERTO V., *Sociedades comerciales*, Bs. As., Ed. Astrea, t. I, 2ª ed., 2006, p. 836.

(4) RETAIL, *Fusions et scissions de sociétés*, t. IV, p. 99.

(5) ZAVALA RODRÍGUEZ, *Fusión y escisión*, p. 38, cit. por VERÓN, A., *op. cit.*

(6) FARGOSI, *La escisión en la ley de sociedades comerciales*, en "Estudios de derecho societario", ps. 161 y 162, cit. por VERÓN, *op. cit.*

(7) PARKER, RICHARD y BALTO, DAVID, *The evolving approach to merger remedies. Antitrust report*, mayo 2000, cit. por PEÑA, JULIÁN, *Control de concentraciones económicas: marco normativo e interpretración jurisprudencial*, 1ª ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 21.

sociedad(es) ya existente(s) en la creación de una nueva sociedad. A las mismas se refiere el art. 88 de la L.S. en su punto I; (ii), la *Escisión-Constitución,* que opera cuando una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas, lo que se halla normado por el punto II del art. 88, y (iii) la *Escisión- División,* variedad incorporada por la ley 22.903, que se da cuando una sociedad se disuelve, sin liquidarse, para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades, lo que se contempla en el punto III del mismo dispositivo. Los dos supuestos indicados en (i) han sido considerados por la doctrina comercial como fenómenos de "*concentración de empresas*" (Escisión-Fusión; Escisión-Fusión parcial), en tanto que los supuestos mencionados en (ii) y (iii), configurarían, en principio, supuestos de "*desconcentración*" (8).

En esta clase de mecanismos, y de cara a eventuales estrategias de descentralización, la Escisión, en varias (no todas) de sus formas, no constituye un proceso en sí mismo, sino una mera parte o etapa de otro proceso más complejo y abarcativo, que sería el de operar una descentralización o externalización. En otras palabras, no se agota en sí mismo sino que reviste *condición instrumental* respecto de una estrategia descentralizadora. En dichos casos, podrían darse supuestos de "externalización", o bien de actividades, o bien de empresas, o ambas, a los fines de que las nuevas empresas asuman una parte de la actividad que hasta entonces fuera llevada a cabo por la empresa de origen (9). Para tal fin, la empresa original se divide (sin disolverse), destinando parte de su patrimonio a otra u otras empresas bajo forma societaria y con personalidad jurídica propia, las cuales, desde entonces pasarán a llevar a cabo parte de las actividades que desplegara la empresa madre y con lo cual conformarán un conjunto económico. La descentralización opera, en tales supuestos, a través de la Escisión o Filialización.

Ha de tenerse presente, no obstante, y tal como fuera señalado al comienzo, que no existe una relación necesaria entre descentralización y Escisión, puesto que puede existir descentralización sin Escisión, y Escisión sin descentralización, y, conforme se

(8) VERON, ALBERTO V., *Sociedades comerciales, op. cit.*, ps. 840 y 842.

(9) CONFALONIERI, JUAN A., *op. cit.*

apuntara, Escisión que conlleve descentralización (10). Tampoco todas las figuras de la Escisión serían susceptibles de implicar una descentralización, ya que, de las distintas formas contempladas por nuestro derecho mercantil, esta última podría operar únicamente a través de las modalidades Escisión-Fusión (en ambos tipos) y en la Escisión-Constitución, mas no mediante la Escisión-División puesto que al extinguirse la empresa de origen, ninguna parte de su proceso productivo ha de transferirse, sino que destina la totalidad de su patrimonio a la constitución de nuevas empresas.

En cuanto a la "concentración empresaria", refiere Manóvil que hablar de ello importa referirse a un fenómeno cuyos límites carecen de precisión (11). En términos generales, se define a dicho supuesto como "el proceso que conduce a la *unificación de empresas*, hasta entonces independientes, en nuevas unidades económicas, para formar empresas cada vez mayores y, con ello, simultáneamente, a la disminución del número de empresas independientes en un mercado determinado y aún en el conjunto de una economía" (12), concepto éste fundamentalmente económico al que algunos autores agregan también "la *centralización de los poderes de dirección* y la acumulación de la masa financiera" (13). Lo sustancial radicaría en que existiría reunión de algo que antes estaba disperso o separado: empresas que existían y actuaban en forma autónoma unas de otras, *quedarían relacionadas por algún tipo de vínculo con características de duración e intensidad*, de naturaleza y contenido distintos a la mera relación contractual que pudieron haber establecido ocasionalmente entre ellas en el mercado (14).

Según Rodiere, la noción puede darse por el "fenómeno que engloba las diversas medidas tendientes a constituir un grupo de empresas por la centralización de los poderes de decisión y la acu-

(10) CONFALONIERI, JUAN A., *op. cit.*

(11) MANÓVIL, RAFAEL A., *Grupos de sociedades*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1ª ed., p. 65.

(12) EMMERICH-SONNENSCHEIN, *Konzernrecht*, 3ª ed., München, 1989, p. 10.

(13) CERRAI, ALESSANDRO A., *Concentrazioni de impresa e concorrenza della normativa del Trattato CEE*, Milano, 1983, p. 13, cit. por MANÓVIL.

(14) *Op. cit.*

mulación de la masa financiera" (15). Siempre hay algún grado de traslación de poder hacia aquel centro (16).

Los modos y mecanismos por los cuales pueden producirse son variados, múltiples. Básicamente se consideran: (a) la *integración horizontal,* que se da cuando se integran dos o más empresas dedicadas al mismo o similar tipo de producción de bienes y servicios (v.gr.: empresas que hasta el momento de la integración eran competidoras entre sí en un mismo mercado), y (b) la *integración de tipo vertical,* que se produce cuando se integra una empresa cuya producción de bienes o servicios se halla en una etapa anterior o posterior del proceso productivo respecto de la empresa que produce la integración.

Un proceso de concentración empresaria puede conducir a la formación de grupos o agrupamientos societarios, aunque no necesariamente: otras veces la formación de dichos grupos es, según se verá más delante, el resultado de una política o estrategia de "*descentralización*" de las actividades de una empresa que se torna demasiado grande, o que, por razones de dispersión geográfica (17) o de especialización, etc., requiere la creación de sujetos societarios separados, sin por ello dejar de constituir una unidad económica y de decisión . En Francia, se suele hablar, para denominar dicho fenómeno, de "filiarización o sucursalización" (18). Según Jacquemin, la concentración de empresas y la *formación de grupos de sociedades* parecería un medio privilegiado para aprovechar la concentración de poder, minimizando los inconvenientes, ya que, en lugar de una gestión totalmente burocratizada, permite que la dirección grupal y, sobre todo, la gestión, se realicen por objetivos, dejando la ejecución a las direcciones de cada una de las empresas que constituyen una unidad jurídica independiente (19); permite, asimismo, una mayor *movilidad de toda clase de*

(15) RODIERE, R., *Le Droit des Sociétés dans ses Rapports avec la concentration,* Bruxelles, 1967, p. 53.

(16) MANÓVIL, *op. cit.,* p. 69.

(17) VANHAECKE, MICHEL, *Les groupes de sociétés,* LGDJ, París, 1959, p. 9.

(18) MANÓVIL, *op. cit.,* p. 104.

(19) JACQUEMIN, A., *Le groupe de sociétés: Décentralisations dans la concentration,* La Haya, 1973, p. 38.

recursos (de capital, personales, tecnológicos, etc.) (20). El *agrupamiento* sería la forma más frecuente y típica de concentración en los países desarrollados, por encima de la Fusión, que es otro modo de concentración pero que constituiría un camino técnicamente más complicado, más allá, en muchos casos, de la ausencia de la voluntad de unirse con otros socios o cristalizar una centralización más intensa.

En cuanto a los medios o *instrumentos jurídicos* a través de los cuales resulta posible estructurar un proceso de concentración, los mismos serían agrupables en dos grandes modelos: (a) aquellos que *alteran o afectan la estructura interna* de la sociedad; (b) aquellos otros mecanismos societarios, contractuales, que *no afectan la estructura interna* de la sociedad (21).

a) El mismo fenómeno económico, es decir, la concentración empresaria, puede generar consecuencias distintas en el Derecho, según cuál fuera la forma jurídica a través de la que se implemente. Si la concentración va acompañada de la unificación del centro de poder en un singular sujeto de derecho, se está ante el instituto de "*Fusión*", y está regulada en nuestro derecho en los arts. 82 a 87 de la ley de sociedades.

En dicho mismo campo opera, y como vimos, la *Escisión*, también como modo de concentración empresaria. Aún cuando, como se señalara antes, el término etimológicamente tiende a representar la idea opuesta a la de concentración empresarial, desde el punto de vista jurídico es un eficaz instrumento que sirve también al proceso económico y empresario de *concentración* (22). La Escisión no es solamente un mecanismo de división de sociedades (Escisión propiamente dicha, contemplada en los puntos II y III del art. 88, LS), sino también sirve para que una Fusión se realice involucrando una parte del patrimonio de una sociedad (Escisión-Fusión, contemplada en el punto I de igual dispositivo) y no su totalidad.

Tanto en los supuestos de *Fusión* como de *Escisión* se produce una *alteración en la estructura interna de la sociedad*: el patrimonio

(20) JACQUEMIN, A., ps. 39 y 48.

(21) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 123.

(22) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 125.

se traslada, total o parcialmente y a título universal, de un sujeto de derecho a otro sujeto de derecho con o sin desaparición del primero.

b) En el modelo de los mecanismos que no afectan la estructura societaria, la concentración de poder y de decisión no se presenta como una cuestión interna de un sujeto de derecho, sino que se estructura sobre pluralidad de sujetos, entre los cuales fluyen relaciones particulares, tanto en el plano económico como jurídico. Existe falta de autonomía de las sociedades concentradas, el agente concentrador ejerce con un grado variable de intensidad un poder de decisión y controla y determina la actividad de aquéllas. Según Champaud, se requiere de una *unidad de decisión* económica, y el *control* que se establece sobre los patrimonios de las empresas societarias agrupadas (23).

En cuanto a la repercusión que sobre los contratos del personal podrían tener los modos alteratorios de la estructura societaria, incumbiría distinguir el modelo o tipo de Escisión que se siga. Si se trata de una Escisión-División (art. 88, punto III, LS), siendo que la misma consiste en el traspaso de la totalidad de los activos de la sociedad de origen y la extinción de la misma, que pasará a desintegrarse y transmitirse a otras sociedades ya constituidas o de nueva constitución (24), la misma ha de afectar a todo el personal que se desempeña en la empresa. En cambio, en el caso de una Escisión-Fusión, tanto la propiamente dicha como la Escisión Fusión Parcial y la Escisión-Constitución, toda vez que las mismas consisten en la segregación o separación de una parte de empresa que persiste y la integración de sólo una parte de sus activos en empresas existentes o de nueva creación, dicha operación importará una repercusión sólo parcial en la estructura de la plantilla de personal, puesto que una parte de los trabajadores continuará prestando servicios en la empresa de origen y otra parte pasará a integrarse en otras sociedades preexistentes o de nueva creación.

(23) CHAMPAUD, CLAUDE, *Los métodos de agrupación de sociedades*, informe al Séptimo Congreso Internacional de Derecho Comparado, Upsala, 1966, p. 120.

(24) Conf. RODRÍGUEZ RAMOS, MARÍA JOSÉ, refiriéndose a la llamada Escisión *propia* en España, *Escisión de empresas y externalización de servicios*, en "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo", *op. cit.*, p. 360.

CAPÍTULO VI

EL TRATAMIENTO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN NUESTRO DERECHO LABORAL

SUMARIO: A. Dificultades de conceptualización: 1) Caracterización introductoria; 2) Inapropiada técnica normativa; 3) Lo "permanente"; 4) Lo "económico"; 5) La relación de dominio o control; 6) El concepto de dominación; 7) Distintos tipos de dominación; 8) La extensión del concepto de dominio a las hipótesis de franquicia. — B. La consecuencia jurídica: 1) Contenido; 2) Los límites del art. 31 y su conjunción con el art. 14 de la LCT. — C. Los condicionantes de la consecuencia jurídica: Las maniobras fraudulentas; a) La regla de la separación jurídica; b) La "separación" de la separación; c) La conceptualización del condicionante "maniobras fraudulentas"; d) Acerca de la "temeridad"; e) La carga de invocación y demostración. — D. El fundamento del mecanismo "separador" de la separación. — E. La regla de prudencia en su utilización.

A. DIFICULTADES DE CONCEPTUALIZACIÓN

1) Caracterización introductoria

a) Una de las primeras observaciones que parecería ineludible efectuar en el tema de los agrupamientos es la dificultad que se evidencia en la doctrina y la jurisprudencia para formular con precisión una *definición* adecuada y de alcance uniforme y generalizado acerca de qué debería entenderse por *"grupos de empresas"*, y tampoco se aprecia una respuesta uniforme acerca de cómo se forma, ni cuándo puede afirmarse con estrictez que una sociedad pertenece a un grupo (1). En cuanto al terreno de las denominaciones se refiere, tampoco existiría uniformidad en la doctrina y las legislaciones comparadas a su respecto, advirtiéndose que algunas leyes y

(1) MANÓVIL, RAFAEL, *Grupo de sociedades,* Bs. As., 1ª ed., p. 157.

autores los denominan como "*grupo*", otros como "*agrupamientos*" o sus equivalentes idiomáticos, tal como en el alemán "*Konzern*" y otras denominaciones más. En el derecho argentino se habla a su vez de "*conjunto económico*" y "*grupo económico*" y así siguen también las variaciones.

Con acierto la doctrina comparada no se habría adentrado demasiado en el aspecto de las denominaciones, y ello, puesto que las disquisiciones terminológicas en la materia carecerían de relevancia, desde que poco aportan para la comprensión del fenómeno complejo que representan en lo jurídico, y, antes bien, se ha señalado que la atención debería centrarse, en rigor, en los elementos distintivos que ayudan a reconocer la existencia de esa unidad que trasciende la independencia jurídica formal de los sujetos que la componen, con prescindencia de la designación que se le otorgue (2).

Con la relatividad que ello supone, y al solo fin de una aproximación al mismo, y en una acepción amplia del concepto, cabría tal vez citar a Ruedin, quien sostiene que un "grupo" sería una reunión en una unidad económica de dos o más sociedades", o "una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a una dirección única" (3) o, según otros, a un "*poder único*" (4).

Unidad económica y *pluralidad jurídica* serían las características que la mayor parte de la doctrina suele destacar para intentar conceptualizar al fenómeno del grupo, aun cuando algunos prefieren poner el acento en los *elementos de cohesión* del conjunto para calificar la presencia de un grupo y no tanto, o no solamente, en la única organización técnico-económico-empresaria (5).

b) Nuestra ley laboral hace referencia específica a un "*conjunto económico permanente*" de "*empresas*", por lo que cabría indagar, entonces, en cuál, de las distintas clases de grupos que existen, tan-

(2) MANÓVIL, R. *op. cit.*, p. 155.

(3) RUEDIN, ROLAND, *Vers un Droit des Groups de sociétés?*, Société Suisse des Juristes, Helbing & Lichtenhahn Verl., fasc. 2, 1980, ps. 155 y 164.

(4) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 156.

(5) Es la posición sustentada por MANÓVIL, R., en *op. cit.*, p. 157.

to la ley como la doctrina y jurisprudencia hubieron de considerar comprendida la noción empleada por el legislador.

Para comenzar, cabría señalar que en el campo normativo, la expresión empleada por el legislador laboral presentaría la misma paradoja que se habría exhibido en su momento en el ámbito del derecho societario, ya que, como allí también ocurriera, la ley laboral ha establecido y normado un supuesto, y "da por sabido qué es un grupo" pero no ha dado al mismo tiempo "un concepto" acerca de qué ha de entenderse por tal (6), orfandad que hubo de llevar a que ello se intentara solucionar a través de la elaboración de los autores y de los tribunales, y que explicaría también la circunstancia de que pudiere haberse propuesto más de una fórmula explicativa a su respecto a lo largo del tiempo. La orfandad definitoria en torno a dicho mismo fenómeno, cabrá decirlo, no se ha limitado a dichos campos, puesto que se ha dado también en plurales otros terrenos. Así, ha ocurrido, v.gr., en la ley de convenciones colectivas de trabajo (ley 14.250, arts. 4º y 16) que menciona como uno de los niveles de negociación al "*grupo de empresas*", mas sin precisar en qué consistiría ese grupo, y lo propio se observa que hubo de ocurrir también, v.gr., con la ley de Defensa de la Competencia Nº 25.156, que también ocurre al concepto de "*grupo económico*" (7), pero sin brindar tampoco definición alguna a su respecto.

En el derecho laboral, por lo pronto, y en lo que nos ocupa, es dable apreciar que en la noción establecida en la ley se utilizan un sustantivo compuesto: *"conjunto de empresas"*, y dos adjetivos: lo *"permanente"* y lo *"económico"*. Veamos entonces, cuál habría sido el tratamiento asignado a cada uno de ellos.

2) Inapropiada técnica normativa

En el derecho laboral se habla también, para referirse al fenómeno del conjunto económico, a la "*empresa de grupo*" (8), además

(6) FARINA, JUAN M., *Grupos económicos y la teoría de la penetración de la personalidad jurídica*, nota a fallo, ED, 107-605 y sigtes.; íd., KABAS DE MARTORELL, E. y MARTORELL, E., *op. cit.*

(7) Conf. art. 6º, inc. d).

(8) G. VARDARO, *Prima e dopo la persona giurídica; sindicati, imprese di gruppo e relazioni industriali; en Itinerari*, Ed. de La Gaeta , A.R. MARCHITIELLO y P. PASCUCCI,

de la clásica denominación "*grupos de empresas*" utilizada en dicho ámbito y la de "*grupo de sociedades*" empleada generalmente en el derecho mercantil. Algunos autores definen con un sentido singular o unitario dicho fenómeno de contenido global. Así lo hace en la doctrina hispana Aragón Medina quien habla de la "*gran empresa*" (9) para mencionar a los mismos. En cambio, Pueyrredón va más allá y expresa sus dudas de que la noción de "*empresa*" en sí misma resultare aplicable a las gigantescas organizaciones modernas que, *acaso, sean algo más que empresas* (10).

En nuestro país, el estudio de los llamados "grupos" o "conjuntos económicos" aparece realizado durante mucho tiempo, fundamentalmente, por la doctrina tributarista (11). Viejos trabajos de Dino Jarach (12), Giuliani Fonrouge (13), Otero Monsegur (14) y otros, así como la prescripción normativa sobre "*conjunto económico*", instituida por el art. 81 de la reglamentación de la ley impositiva 11.682, intentaron desentrañar los perfiles de la noción, concibiendo al mismo como una situación caracterizada por la permanencia en las mismas manos, y en su parte sustancial, del patrimonio de una sociedad nueva que podía surgir, muchas veces, como producto de la reorganización de otra que le había precedido en el tiempo (15).

Para referirse a la configuración de dichos grupos, nuestra ley laboral, en su art. 31, comienza por hablar de "*una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia*". Sin embargo se incurriría allí en una incorrección técnica ya que, la primera apreciación crítica que surge de la norma del art. 31 de la LCT

Milano, 1989, 329-372; BAYLOS, A. y COLLADO, L. Introducción a la obra *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, 1994, p. 14.

(9) ARAGÓN MEDINA, JORGE, *Los grupos de empresas como unidad económica dominante,* en *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, 1994, ps. 25 y 33.

(10) PUEYRREDÓN, ERNESTO, *La empresa*, ED, 50-625.

(11) KABAS DE MARTORELL, ELISA y MARTORELL, ERNESTO, *La concentración empresaria y su proyeccción en las distintas ramas del derecho,* LA LEY, 1987-C, 624.

(12) JARACH, DINO, *La organización de sociedades frente al impuesto a los réditos*, JA, 1942 -II-40.

(13) GIULIANI FONROUGE, CARLOS M., *La reorganización de sociedades desde el punto de vista fiscal,* LA LEY, 92-418.

(14) OTERO MONSEGUR, C., *El conjunto económico en nuestro sistema impositivo nacional,* ps. II y sigtes., Bs. As., 1956.

(15) KABAS DE MARTORELL y MARTORELL, ERNESTO, *op. cit.*

es que resulta erróneo mencionar a "empresas" relacionadas "*con personalidad jurídica*" propia, y ello, debido a tratarse sencillamente de una situación *imposible* dentro de nuestro sistema jurídico vigente (16), más allá de las postulaciones que se hicieran en doctrina para un cambio del esquema jurídico en el aspecto (17).

La doctrina comercialista se ha ocupado de destacar que las nociones de *empresa* y *sociedad* son términos diferentes, aun cuando se hallan conectados entre sí. Precisamente, la determinación del vínculo entre ambas nociones ha sido una preocupación para los autores de dicha rama del derecho, según reseña Verón (18), tarea que hubo de ser resuelta por la ley de sociedades de una manera enérgica, yuxtaponiendo una y otra, y consecuencialmente, acumulando los elementos de la definición de sociedad. El resultado es *que una sociedad, para ser tal debe, además, ser una empresa* (19). Ambas nociones constituirían dos aspectos esenciales y complementarios de una misma entidad: la empresa es un *organización*, mientras que la sociedad es su *marco jurídico*. Una pertenece a la realidad de la cosas, a la economía y a la sociología, la otra a lo jurídico. Pero sin un mínimo de organización jurídica la empresa no puede existir ni desarrollarse, por lo que *la sociedad es para ella la estructura que le permite llegar a la vida jurídica*, y así, y desde dicha perspectiva, la sociedad sería una organización jurídica de la empresa (20).

Con base a ello mismo, algunos autores de la doctrina mercantil han calificado, con demasiado rigor, como "aberración técnica" la mención de la ley laboral acerca de una "personalidad jurídica propia" respecto de las "empresas" (21), y otros más simplemente han señalado que resultaría *"defectuosa"* la redacción contenida en el aspecto en el precepto del art. 31 de la LCT (22).

---

(16) En igual sentido, RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales*, LA LEY, 1992-D, 967.

(17) PUEYRREDÓN, ERNESTO, *La empresa*, ED, 60-632.

(18) VERÓN, ALBERTO V., *Sociedades comerciales*, 2ª ed., Ed Astrea, Bs. As., ps. 3/4.

(19) VERÓN, *op. cit.*, p. 4.

(20) PAILLUSSEAU, *Fundamentos del derecho de las sociedades*, Rev. D. Com., 1984-389; VERÓN, A., *op. cit.*, p. 4.

(21) KABAS DE MARTORELL, ELISA y MARTORELL, ERNESTO, *La concentración empresaria y su proyección en las distintas ramas del derecho*, LA LEY, 1987-C, 624 y sigtes.

(22) CURA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*

Conforme recuerda Rodríguez Mancini, la "empresa" no es el empleador, ya que éste, en su carácter de empresario, forma parte de la organización, que es la empresa, pero no se confunde con ella (23), pues según también señala López (24), el empresario no es estrictamente la "empresa" (no es el grupo que significa la empresa) y tampoco el "dueño" de la empresa laboral, sino un *integrante*, una parte de ese grupo que es la empresa. A su vez, en nuestro derecho las empresas privadas que no son cooperativas *no tienen personalidad jurídica*; es el "*empresario*" *quien debe tener esa personalidad* para poder ser titular de los derechos y de las relaciones jurídicas sin los cuales no existiría la empresa laboral. Y éste, el empresario empleador, puede ser, no sólo persona física, sino también un grupo social organizado (sociedad o asociación). Una sociedad puede así, ser empresaria (25), y ello lleva a la necesidad de distinguir, como decía Deveali, entre sociedad, dueño o titular de la empresa, y la empresa que le pertenece a aquélla (26).

Y siendo todo ello así, la impropiedad de la expresión utilizada en la norma resultaría evidente, ya que en nuestra legislación no existirían como regla, "empresas con personalidad jurídica". Se trataría en definitiva, y literalmente entendido, de un conjunto vacío.

Dicha impropiedad o escollo de redacción normativa ha sido intentado de ser sorteado *interpretativamente*, considerándose al efecto que el legislador habría querido hacer referencia, en rigor, al titular de la empresa —el empresario/empleador—, sea el mismo una persona física o una sociedad, que es quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas. Y así, y de acuerdo con ello, según ha sostenido dicha doctrina, la disposición debería ser interpretativamente considerada alcanzando tanto al empresario individual, como al que está organizado bajo una forma societaria (27). Sin embargo, y aún admitiendo que en una interpretación generosa, por extensividad, podría llegarse a ese punto, Senra Biedma hubo

(23) RODRÍGUEZ MANCINI, J., *El Contrato, op. cit.*, p. 967.

(24) LÓPEZ, JUSTO, en *Tratado de derecho del trabajo,* dir. por VÁZQUEZ VIALARD, Bs. As., 1ª ed., t. 2, p. 564.

(25) LÓPEZ, JUSTO, *op. cit.*, p. 967.

(26) DEVEALI, MARIO L., *Lineamientos de derecho del trabajo,* 3ª ed., Bs. As., p. 460.

(27) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de Derecho del Trabajo,* de su dirección, Bs. As. , 1ª ed, t. 2, p. 366; RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *op. cit.*, p. 967.

de ocuparse de poner de relieve en la impropiedad que en estricta técnica subyacería siempre en el fondo de dicha exégesis, habida cuenta la distinción conceptual existente entre lo que constituye el empresario y la empresa y, a su vez, entre lo que constituye un "*grupo de empresas*" en cuanto conjunción de realidades materiales o de hecho en que se desarrollan múltiples relaciones jurídicas, o unión de realidades económicas y organizativas, y lo que sería un "*grupo de empresarios*", en cuanto aquellas realidades incluyen en su seno al sujeto empresario (así como a los sujetos trabajadores y demás elementos constitutivos). Así también hubo de puntualizar la dificultad existente en la noción misma de grupos de empresas para lograr cierta univocidad conceptual de cara a la seguridad jurídica, habida cuenta que, tanto son "grupos de empresas" las realidades materiales que tiene un solo titular, como las que tienen varios titulares (28).

Por ello mismo, si bien el intento ensayado en nuestro medio para corregir "interpretativamente" la noción legal luce indudablemente bien intencionado, entendemos, empero, que dado que los mismos constituyen nociones conceptuales diferenciadas, y, habida cuenta, asimismo, el texto literal de la norma, una definición y corrección por vía normativa parecería ser una más apropiada y segura manera de clarificar los presupuestos de operatividad del precepto (29). Varios tribunales se han ocupado de señalar por lo demás, la mencionada imperfección técnica estableciendo, v.gr., que aún presentándose la situación de sociedades que conforman un grupo económico, no resultaría jurídicamente posible atribuir al mismo condición de "empleador" ni erigirle en "sujeto de derechos", ya que el grupo, en cuanto tal, *no inviste calidad de sujeto de derecho* (30).

(28) Senra Biedma, Rafael, *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo. Análisis introductorio de la técnica jurídica de atribución de la condición de sujeto patronal*, en "Grupos de empresas y Derecho del Trabajo", Madrid, 1994, ps. 161/163.

(29) En el Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo elaborado por Jorge Rodríguez Mancini en 1993, se establece, v.gr., una definición diferente de dicho sujeto del contrato con un sentido más preciso ("*persona física, o conjunto de ellas, o sujeto jurídico colectivo, que se comprometa a recibir o reciba la prestación de servicios de un trabajador*"), aun cuando cabe ser señalado, tampoco lograría comprender íntegramente al supuesto que nos ocupa.

(30) CNTrab., sala II, 28/7/2005, "Florio, Fernando F. y otros c. Siembra Seguros de Retiro S.A.", TySS, 2005-973; íd. íd., 30/9/2002, "Ruso, Viviana María C. c. Siembra Seguros de Retiro S.A."; íd., sala III, 25/3/2003, "Gil Aguer Ricardo c. Previnter Compa-

3) Lo "permanente"

La exigencia del carácter de *"permanencia"* del grupo fue introducida por la reforma de la ley 21.297 y la misma hubo de concitar prontamente la aceptación de autorizada doctrina debido a las críticas que mereciera en su momento la excesiva latitud del texto primitivo de la norma (31) en cuanto incluía también a las relaciones ocasionales . En efecto, tanta latitud evidenciaba el texto en ese sentido que permitía su aplicación hasta a una cámara empresarial o a relacionamientos empresariales meramente ocasionales, y esa misma vastedad había generado en su oportunidad la reacción adversa de calificados autores (32).

El requisito de la *permanencia* del grupo es un aspecto que también resulta dable apreciar en el derecho mercantil reciente. Las normas del derecho positivo de dicho ámbito centraron en un comienzo sus disposiciones alrededor de sólo un aspecto: la relación de dominio, ello es, en el vínculo entre dos sujetos, uno dominante, el otro —siempre una sociedad— dependiente. Así hubo de serlo desde la ley de Sociedades Comerciales de 1972, y no varió en sustancia, con las reformas de 1983 a los regímenes societario y concursal. Pero la ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 de 1995, dio un paso adicional en el tema, porque incorporó la concursabilidad preventiva conjunta de la que llamó "conjunto económico" y también "agrupamiento" (arts. 65 y sigtes.), pero exigiendo al efecto, el recaudo adicional de *"permanencia"* con algunas notas particulares (33), lo que acercaría la noción a la configurada en su momento por el legislador laboral.

ñía de Seguros de Retiro S.A."; íd., sala VII, 9/12/2003, "Bajo, Gerardo y otros c. Previnter Compañía de Seguros de Retiro S.A. y otros"; íd., sala IX, 30/12/2004, "Fernandez, Neira M. c. Siembra AFJP S.A."; íd., sala X, 31/5/2001, "Vande Linde, Berta c. Consolidar Compañía de Seguros de Retiro S.A."; íd., sala VI, 10/3/2004, "Lavergne, Beatriz c. Siembra Seguros de Retiro S.A."; íd., Dictamen Fiscalía General del 16/7/2004, "Ruderman, Ricardo c. Siembra Seguros de Retiro S.A.".

(31) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de contrato, op. cit.*, p. 373.

(32) LE PERA, SERGIO, *La doctrina del abuso de la personalidad jurídica. El abuso de una doctrina*, DT, 1974-530; LIMA, OSVALDO JOSÉ, *Interpretación, mediación , subcontratación y empresas subordinadas o relacionadas en la ley 20.744*, TySS, 1975-582; GARCÍA MARTINEZ, ROBERTO, *La reforma, en la ley de contrato de trabajo*, LT, XXIV-1075.

(33) MANÓVIL, R., *Grupos de sociedades*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, p. 164.

Con base a la citada exigencia de "permanencia", han sido descartados por nuestros tribunales planteamientos basados en actuaciones puntuales o esporádicas de vinculación (34). También, con fundamento en la falta de condición de permanencia, diversos pronunciamientos hubieron de desechar en nuestro medio la aplicación del dispositivo del art. 31, LCT, respecto de las Uniones Transitorias de Empresas (UTE) (35). También se ha resuelto que la norma contenida en la ley laboral supone la necesidad de acreditar una relación de carácter permanente para el andamiento del reproche de responsabilidad solidaria allí prevista (36) y ello, sin perjuicio de que, además, y en cuanto tal, y según sostuviera también la jurisprudencia, las uniones transitorias de empresas no constituyen sujetos de derecho, ni revestirían calidad de empleadoras en los términos del art. 26, LCT (37).

4) Lo "económico"

La expresión relativa a lo *"económico"*, contenida en la norma, tampoco parecería demasiado apropiada o feliz, puesto que resulta no sólo limitativa, sino que además no se compadecería del todo con la noción de empresa contenida en la misma ley. Ello podría dar pie a interpretaciones discordantes, ya que, literalmente, parecería ceñirse a los conjuntos de empresas cuya finalidad fuere estrictamente "lucrativa", y no a todo tipo de empresas. López en-

(34) CS, 23/11/1995, "Pellegrino, Jorge E. c. High Band S.A. y otros", JA, 1997-7, sínt.; DT, 1996-B, 1645; LA LEY, 1997- A, 14.

(35) CNTrab., sala III, 23/9/1997, "Díaz Francisco c. Huarte S.A. y otros", TySS, 03-138; íd., sala VII, 28/2/2001, "Ferreira, Osvaldo c. Ager S.R.L.", TySS, 03-149; íd., sala V, 28/12/2001, "Hazme, Jorge c. Tom Ema S.A. y otros"; íd., sala IX 31/10/2000, Etelechea, Emilio A. c. Huarte Sideco S.A. UTE", TySS, 04-885; íd., sala I, 28/2/2003, "Martín, Marcelo y Otros c. Dota S.A."; "Sargento Cabral S.A., Transporte Ideal de San Justo S.A. UTE"; íd., sala IV, 24/2/2003, "Caruso, María del Carmen c. Lime S.A. UTE y otros", TySS, 04-885; íd., sala VI, 30/11/1994, "Grille, Norberto c. Saúl Menem e Hijos S.A.", SD 41.537, *Manual de Jurisprudencia, Ley de contrato...*, 4ª ed., La Ley, 2002, p. 165. Véase en igual sentido, CURA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.* Algún fallo consideró que la constitución de una sociedad anónima concesionaria por varias empresas que se agruparon a tal efecto y por un plazo de 20 años, debería ser considerada como la conformación de un conjunto económico en los términos del art. 31, LCT (CNTrab., sala X, 31/12/1998, "Hernandez, Claudia c. Ferrovías S.A. y otros").

(36) Conf. CS, fallo del 23/11/1995, "Pellegrino, Jorge c. High Band S.A. y otros", consid. 7°.

(37) Conf. fallos citados.

tiende, empero, que la interpretación de la disposición legal no debería llevar a circunscribir su aplicación únicamente a dicha clase de empresas (las de fines económicos) ya que la noción de empresa a la que alude el art. 5º de la LCT, permitiría ir más allá (38) para alcanzar también a las que no persiguen finalidades de ese tipo. Sin embargo, a nuestro entender, y habida cuenta la locución expresa contenida en la norma, parecería más apropiado que la definición viniera establecida por vía normativa antes que por medio de una hermenéutica que, además, pudiere en algún caso ir más allá de los términos expresos usados por el legislador.

5) La relación de dominio o control

Según se viera, la norma coloca a la existencia de un *"conjunto económico permanente"* como el primero de los recaudos de operatividad de la misma, y señala que la conformación de dicho conjunto estaría dada por empresas "que estuviesen *bajo la dirección, control o administración de otras"*, o relacionadas de modo tal que conformen un conjunto de este tipo. Sin embargo, y según ya señaláramos, pese a tratarse de un aspecto fundamental (y con particularidad relevancia, habida cuenta las diferentes formas o tipologías agrupatorias de empresas que pueden configurarse, tal como se viera antes), la ley laboral en ningún momento precisa qué debería ser entendido por tal.

En la doctrina mercantil, Cura señala que cuando la ley laboral hace esa alusión a la situación de empresas que se hallaren "bajo la dirección, control o administración de otras", se incurriría en rigor en una *confusión*, ya que esa expresión importaría entremezclar tres hipótesis de distinta naturaleza: la *dirección*, por un lado, que se refiere a un aspecto estrictamente empresarial, atinente a la organización del negocio; el *"control"*, que se refiere a las alternativas de dominio de hecho y de derecho antes expuestas, y la *"administración"*, que se refiere a una de las funciones intrasocietarias y cuyo desempeño por "empresas" resultaría técnicamente imposible (39). Hecha dicha advertencia preliminar, y en la búsqueda de una mayor precisión en torno a la caracterización de la figura que habría querido ser referida por el legislador, al no definir la ley labo-

(38) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de contrato, op. cit.*, p. 374.

(39) Cura, José María, *Las sociedades controladas, op. cit.*

ral qué debe entenderse por "*conjunto económico*" habría que remitirse entonces a lo establecido en otras ramas del derecho (art. 11, LCT y 16, Cód. Civil). Mas, en rigor de verdad, y tal como se señalara antes, a poco que se desplaza la mirada sobre los otros ámbitos normativos donde se desenvuelven las empresas económicas se puede apreciar que, al menos, ni la ley de sociedades, ni la de concursos, hubieron de brindar tampoco una definición del concepto.

Los mayores aportes al respecto parecerían haber provenido de la doctrina y jurisprudencia del ámbito del propio derecho laboral, así como también del ámbito del derecho tributario (40).

En efecto, la doctrina, tanto nacional como extranjera, así como la jurisprudencia de dichos ámbitos, hubieron de procurar una determinación del concepto que, si bien no es nuevo, se ha manifestado con particular vitalidad en lo últimos tiempos tanto aquí como en el ámbito comparado. Por lo pronto, la interpretación que ha sido producida en nuestro medio en derredor de la noción parecería resultar bastante similar en varios aspectos a la elaboración realizada en el extranjero, inclinada a considerar como tales a las articulaciones de tipo "*jerárquico*" o de "***dominio***". En tal sentido, y a partir de las referencias a la "dirección" o "control" contenidas en la norma, para López la existencia de un "*conjunto económico*" se presentaría cuando haya una "*unidad*", ello es, cuando exista *un uso común de los medios materiales e inmateriales* que configuran la noción de empresa a que alude el art. 5º de la LCT (41), entendiendo que, para la elucidación del concepto "conjunto económico de empresas" empleado en la norma del art. 31, LCT, debería realizarse el análisis del problema desde la óptica de la doctrina elaborada en torno a la "*subordinación*" o del "*control*" de empresas.

El tratamiento y la doctrina judicial elaborada de antaño en el derecho tributario en torno a la noción de "*conjunto económico*" parecerían abonar esa tesitura. En un viejo pronunciamiento de la Cámara Fiscal de La Plata en materia tributaria se lee: "El principio del conjunto económico sanciona la extensión de la cualidad de sujeto pasivo del impuesto al conjunto económico, como unidad

(40) MARTORELL, ERNESTO, *Control contractual de empresas y solidaridad laboral*, TySS, 1991-776.

(41) *Op. cit.*, p. 374.

y centro de atribución de derechos y obligaciones con la solidaridad de todos los miembros del conjunto. Este principio parte de la comprobación de la existencia en la vida económica moderna, de organizaciones de empresas que, aún sin manifiestas vinculaciones jurídicas entre ellas, *responden a un único criterio director, a un designio único*, para la mejor consecución de los objetivos económicos del conjunto y cada una de las partes. Estas unidades económicas pueden o no estar provistas de personalidad jurídica a los efectos del derecho privado; pueden o no constituir entidades separadas de las empresas o personas que las componen, pero a todos los efectos económicos, por la unidad de control que las dirige, se consideran sujetos pasivos de obligaciones tributarias, aunque los hechos imponibles hayan sido aparentemente realizados por sus miembros" (42).

En igual camino se han considerado en el ámbito pretoriano como elementos determinativos del concepto "conjunto económico", la existencia de sociedades o personas jurídicamente independientes, pero vinculadas entre sí por tener un *capital y una dirección común* (43); la existencia de *identidad de gran parte del capital, identidad de medios de producción e identidad de objeto* (44); la tenencia del capital de la otra (45) y el *ejercicio de la dirección efectiva* de los negocios por una misma persona, dependiendo de ella todas las cuestiones fundamentales que hacen al funcionamiento de la organización (46); la dirección efectiva de los negocios (47); la existencia de una oculta identidad de intereses (48); la *"realidad económica"* (49); la *dirección principalmente unitaria del negocio* (50), la existencia

(42) CFiscal La Plata, 22/12/1952, "Bemberg - Elortondo, suc.", LA LEY, 71-586.

(43) CNFed. Cont. Adm., sala A, 23/2/1961, "General Electric S.A.", ED, 31-432, nota 39.

(44) CN Rosario, 30/12/1954, "Moni de Samper, Flora y Otros c. Gobierno Nacional", LA LEY, 80-403.

(45) TNFiscal, 7/4/1969, "Philips Argentina S.A.", ED, 45, fallo 21.181.

(46) CN Rosario, 20/9/1957, "Notto y Cía c. D.G.I.", Fallos: 243:340.

(47) TNFiscal, 1/12/1961, "Bigarreau Silca S.R.L.", LA LEY, 109-740.

(48) Arg. fallo TFiscal La Plata, 18/6/1957, "Bemberg Otto y otros S.", LA LEY, 87-223.

(49) CS, 3/5/1967, "Argentine Land and Investment Co. c. Gobierno Nacional", ED, 20-402.

(50) CS, 6/7/1962, "Buriasco e Hijos c. Gobierno Nacional (DGI)", LA LEY, 111-213.

de una *comunidad en el origen de los capitales, unidad en la dirección de los negocios y reparto de utilidades entre los titulares* (51); la integración del 75% del capital, y la dirección y gerenciamiento común (52); el común origen de capitales, *común dirección* y reparto de utilidades (53); la *"unidad" subyacente* en el conjunto económico (54), etc. En otras palabras, la noción de unidad de empresa a partir de empresas articuladas en relación de *dominio o jerarquía.*

Es lo mismo que entiende Camps Ruiz al expresar que el rasgo definitorio de los "grupos" de sociedades radicaría en el *dominio*, la circunstancia de que hay una sociedad dominante que ejerce una *dirección unitaria* (55). Desde el punto de vista del derecho habría un conjunto de sociedades independientes, dotadas cada una de personalidad jurídica y patrimonio social propios. Empero, desde el punto de vista de la economía no dejaría de ser, a pesar de su actividad y estructura complejas, una *"empresa unitaria"*. De allí que se haya sostenido que aquélla, la independencia jurídica, constituiría meramente una "*independencia relativa*" (56).

6) El concepto de dominación

En cuanto a qué se entiende por sociedades articuladas en relación de "subordinación", control o jerarquía, en la jurisprudencia española se ha dicho al respecto que para la configuración del supuesto de sociedades controladas se requiere que medie "*dominación*", "*gobierno unitario*", y "*prestación laboral indiferenciada o funcionamiento integrado*" (57). Bajo una perspectiva económica Aragón Medina señala que en dicha configuración existe, además de la *unión de empresas* (refiriéndose a la toma de participaciones de una empresa matriz o dominante sobre el resto, creando una dependencia directa o indirecta de las demás respecto de ella), una *unidad de administración*, que implica la capacidad poten-

(51) TNFiscal, 7/4/1969, "Philips Argentina S.A.", ED, 45, fallo 21.181.

(52) CN Rosario, 24/9/1957, "ICA SRL c. DGI", LA LEY, 93-198.

(53) CS, 24/6/1964, "Bigarreau Silca S.R.L.", LA LEY, 116-426.

(54) CFiscal, 22/12/1952, "Bemberg - Elortondo, suc.", LA LEY, 71-586, íd. CS, "Parke Davis", ED, 49-481.

(55) CAMPS RUIZ, LUIS MIGUEL, *op. cit.*, p. 87.

(56) CAMPS RUIZ, LUIS MIGUEL, *op. cit.*, p. 88.

(57) TS, sent. del 30/6/1993; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 237.

cial —ejercida activa o pasivamente— de *influir en la gestión* de las empresas integradas al grupo (58). Se trataría de una estructura en la que se articulan distintas unidades productivas, independientemente de la forma jurídica que adquiera su vinculación, y donde el aspecto relevante sería el de la *integración* de un creciente número de actividades, relacionadas o no, productivas o financieras, *bajo un centro de decisión común*, ello es, bajo un poder dominante del conjunto de actividades integradas (59).

La doctrina de los autores del derecho comercial hubo de orientarse en igual camino al momento de determinar cuándo ha de entenderse que existe articulación jerárquica de empresas (empresas subordinadas o controladas). Otaegui señala en tal sentido, refiriéndose a la noción de "control" o "dominio" de empresas y conforme a la doctrina acuñada en el seno mercantil, que ésta consiste en la posibilidad de predeterminación de la gestión del directorio u órgano de administración de una sociedad, motivada por la subordinación de él, sea por la elección de los integrantes de dicho órgano, sea por vínculos existentes entre la controlante y la controlada (60). En igual camino, Ferro Astray sostiene que se configura dicha situación cuando media dominio, supremacía o mando de una sociedad sobre otra; desde que dicho concepto proveniente del campo económico correspondería claramente al vocablo de señorío o dominio de una empresa (61). En igual sentido, Odriozola sostiene que se presenta dicha situación cuando se puede imprimir a la sociedad el ritmo y la orientación que sus titulares pretenden, decidiendo la política de capitalización y de dividendos, aprobando los balances, determinando la retribución de los directores, síndicos, etc., ello es, poniendo el acento sobre el *poder de decisión* en situaciones que hacen a la administración de los negocios sociales (62).

A grandes rasgos, lo que caracterizaría y diferenciaría al grupo de subordinación sería, para Manóvil, que dos o más unidades ju-

(58) ARAGÓN MEDINA, JORGE, *Los grupos de empresas como unidad económica dominante*, en "Grupos de empresas y derecho del trabajo", Madrid, 1994, p. 25.

(59) ARAGÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 33.

(60) OTAEGUI, JULIO C., Rev. Derecho Comercial, Nº 115, año 20, p. 79, *Concentración societaria, el control externo.*

(61) *Empresas vinculadas*, Bs. As., 1961.

(62) Rev. de Derecho Comercial, 1978, año 11, N° 65, p. 1233.

rídicas separadas funcionen bajo una sola conducción económica que ejerce el dominio sobre ellas (63). Análogamente, Etcheverry entiende, que media situación de dominio o control, cuando la persona o sociedad controlante ejerce la soberanía societaria sobre la dominada (64), y en igual línea, Cura (65) refiere que se trataría de la situación de necesaria determinación de un mecanismo predisponente de la voluntad del órgano social, ya sea el órgano de administración como el de gobierno, con inmediata incidencia en la disposición de los bienes integrantes del patrimonio social que opera tanto respecto de las situaciones de control *interno* como también en el *externo*.

El requisito de dirección unitaria o unidad del centro de decisión, como característica definitoria de los grupos económicos, aparece como dato común de los distintos autores nacionales y extranjeros (66), y de igual modo se observa en las normas comparadas (67) y la jurisprudencia extranjera (68). Otros autores antes que utilizar la denominación "unidad de dirección", prefieren hablar de "unidad de poder" (69).

La noción de la doctrina mercantil relativa a sociedades *subordinadas* alude, pues y también, a la determinación de un *mecanismo predisponente de la voluntad del órgano social*, ya sea del órgano de administración como el de gobierno, con incidencia en la disposición del patrimonio social (70).

---

(63) MANÓVIL, R., op. cit, p. 157.

(64) Rev. de Derecho Comercial, año 19, N° 112, p. 379.

(65) CURA, JOSÉ MARÍA, *Las sociedades controladas. Su enfoque singular en el derecho del trabajo*, DT, 1991-A, 231 y sigtes.

(66) Véase en el sentido de ARAGÓN MEDINA, Jorge, *Los grupos económicos como unidad económica dominante*, en "Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo", BAYLOS y COLLADO editores, Ed. Trotta, Madrid, 1994, p. 25; PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Madrid, 1997, p. 709; CAMPS RUIZ, LUIS M., *Problemática jurídico laboral del grupo de empresas: Puntos críticos*, en "Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo", *op. cit.*, p. 87; SOLARI COSTA, OSVALDO, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, Bs. As., Ed. Ad-hoc, 1ª ed., p. 51.

(67) Tal, la disposición adicional 4°, de la Ley 22/92, en España, en cuanto estableciera que se habrían de considerar como pertenecientes a un grupo, las empresas que constituyan "una unidad de decisión".

(68) Así, vgr., STCT de España, 4/7/1984.

(69) MANÓVIL, R., *op. cit.*, ps. 416/17.

(70) CURA, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, p. 232.

En el derecho americano los pronunciamientos judiciales han considerado como situación de "dominación" por parte de una sociedad madre, no sólo cuando se es dueña de todas o la mayor parte de las acciones de la subsidiaria, sino también cuando media o puede mediar *influencia decisiva* sobre las finanzas, la política y el giro comercial con relación a los actos o negocios (71). De igual modo, la Suprema Corte Federal estadounidense consideró que se configuraba tal supuesto cuando las sociedades han operado como un conjunto unificado bajo la dirección de la sociedad madre, la que manejaba a sus subsidiarias como simples departamentos de la propia empresa, y considerando a los bienes de éstas como propios, y utilizándolos para servir a sus negocios, resultando en una extensa confusión de los activos de todas las sociedades hasta el punto de hacer difícil o imposible distinguir lo que es de una de lo que es de la otra (72).

La producción doctrinaria en torno a los grupos de empresas adviértese abundante, aún cuando a la hora de elaborar su definición se apreciarían posiciones no totalmente coincidentes, salvo en lo que haría a los rasgos generales que se presentarían en su conformación. Pero al mismo tiempo que existe una abundante doctrina en los distintos derechos que tratan el tema de los grupos de subordinación o grupos de empresas, *no existe lo propio en las legislaciones positivas*, ya que la presencia de normas específicas es ciertamente escasa (73).

Podría decirse que los autores concuerdan (en general), en que los rasgos comunes y diferenciadores de los grupos serían la *unidad económica* o empresaria con *diversidad de sujetos jurídicamente independientes*, pero los mismos muestran divergencias a la hora de su *definición*, o bien para la determinación concreta de cuándo se configuran.

Tal vez por las dificultades existentes para su caracterización es que algunos autores y legisladores prefieren hablar de la *configura-*

(71) "Lowendall vs Baltimore & OR, Co.", 287 NY, supp. 75.

(72) "Davis vs. Alexander", 269. US 114, 70L ed. 186; "Consolidated Rock Products Co. vs. Du Bois", 312 US 510, 523, 85 Law ed 982, 992; PINED, A. y WATERHOUSE, E., *op. cit.*, p. 87.

(73) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 163.

ción de presunciones surgidas a partir de determinados datos fácticos de la relación entre sujetos vinculados bajo alguna forma de concentración (74), tales como: la participación mayoritaria en el capital de una sociedad, la existencia de contratos que impliquen dominación, la adscripción a un grupo no temporario y disciplinario, las relaciones personales, aún cuando admiten que dichos datos no siempre se presentan con claridad y que se trata en general de presunciones *iuris tantum* (75). Otros datos indiciarios y reveladores que coadyudarían en igual sentido serían, v.gr., el contenido de la correspondencia cotidiana, que sería reveladora del grado de dirección que una sociedad ejerce sobre otra; la determinación de la selección de productos, o de las condiciones de producción que una sociedad impone a otra, la existencia de convenios o prácticas por las que una sociedad fija a otra los márgenes de beneficios, el estilo o modalidades de comercialización; aprobación por una sociedad de los objetivos, política o presupuestos de inversión y financieros por otra, etc. (76). Según Champaud, la cuestión en definitiva radicaría en apreciar si las decisiones fundamentales de una sociedad aparecen como subordinadas a la voluntad de los directivos de otra sociedad, pues en tal caso, habrá que concluir que media sujeción real detrás de una autonomía aparente. Todo hecho que la revele será un indicio de pertenencia a ese grupo (77).

7) Distintos tipos de dominación

Según se viera, no habría un único tipo de relación de dominio y control. En efecto, así como hay distintos modos de agrupamiento empresarial existen a su vez y como ya fuera visto, distintos tipos de control entre empresas y que la doctrina en general clasifica en: *interno* y *externo*, y ambas a su vez, subdivididos en controles de *derecho* y de *hecho* (78).

---

(74) Así, v.gr., la legislación alemana, cuando establece que una empresa en la que otra posee la mayor parte de su capital social se presume que es dependiente de la segunda —AktG de 1965—.

(75) CHAMPAUD, CLAUDE, *Recherche des critéres d'appartenance á un groupe*, en "Droit des Groupes de Sociétés", París, 1972, p. 30, cit. por MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 158.

(76) MANÓVIL, R., *op. cit.*

(77) CHAMPAUD, CLAUDE, *op. cit.*, p. 34; MANÓVIL, *op. cit.*, p. 159.

(78) CURA, JOSÉ M., *op. cit.*, p. 233.

En el plano normativo, además de la recepción que, con impropia técnica pero con carácter singular y pionero, hiciera la LCT, refiere Cura que el derecho mercantil hubo de recibir la noción del dominio societario a través de la reforma introducida por la ley 22.903 a la ley de sociedades, en su artículo 33. La reforma en cuestión habría reconocido como antecedente inmediato al art. 2359 del Código Civil italiano, según el texto de la ley 216 de 1974 y la ley 95 del año 1979 relativo a la administración extraordinaria en caso de insolvencia de grandes sociedades y sus controladas (79). Otros antecedentes habrían sido la ley brasileña de sociedades por acciones N° 6404 de 1977, y el Estatuto de sociedades anónimas europeas (art. 6°).

La conceptualización que ha sido acuñada en esos órdenes normativos acerca de la "subordinación" o jerarquía de empresas no se habría limitado, empero, al sólo control *interno*, sino que habría ido más allá, para abarcar también a supuestos de control *externo*. Es la doctrina que en líneas generales aparecería adoptada también en el ámbito de nuestra doctrina laboralista por Justo López y varios autores más, ya que, a los fines de la determinación de cuál sería el tipo de agrupamientos de empresas a que haría alusión el art. 31, LCT, allí también hubo de considerarse como situación de empresa sometida a control, "cuando alguien" (persona física, sociedad, grupo, consorcio, sindicato, etc.) "está en condiciones de determinar con caracteres de cierta continuidad o permanencia, su propia voluntad e imponerle las normas directrices de su gestión (80). Similar conceptualización del conjunto económico, a partir de la noción de dominio o control, adviértese brindada por Pla Rodríguez, para quien el mismo se configura cuando media (i) unidad de domicilio patrimonial; (ii) similitud o analogía de los giros, por concomitancia o sucesividad; (iii) utilización en común de implementos industriales; (iv) identidad de organización administrativa o comercial, (v) utilización de locales comunes; (vi) identidad en la integración de los directores o mandatarios de las empresas referidas a alguno o algunos de sus miembros, y (vii) imposición de una empresa a otra de condiciones o lugar de comercialización de sus productos o con referencia a sus

(79) CURA, JOSÉ M., *op. cit.*

(80) LÓPEZ JUSTO, en la *Ley de contrato*, *op. cit.*, p. 375; LE PERA, SERGIO, *op. cit.*, p. 541, quien entiende que la utilización de la expresión estar bajo la "dirección" resultaría de mayor corrección, habida cuenta la ambigüedad que supondría la palabra "control".

servicios de manera de crear una situación real (81). Demás autores, así como también la jurisprudencia laboral, han coincidido mayoritariamente en que la noción del conjunto económico utilizada en la ley debe ser interpretada desde la perspectiva del *control o dominio* societario y con un *sentido amplio* (82).

Cabe señalar que en el espectro moderno la noción de dominio estaría incluso ampliando más aún sus alcances en algunos campos para ir más allá del marco con que hubo de venir siendo históricamente considerado. Así, y en el campo de los controles de competencia, a partir de 1998, luego de la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia en el caso "*Kali & Salz*" (83), y como apunta Peña, el concepto en cuestión, a los efectos de la regulación de concentraciones en Europa, ha sido extendido no sólo al *dominio individual,* sino también al *colectivo* u oligopólico debido a que un nivel de concentración mayor puede llevar a una mayor grado de coordinación tácita entre los competidores (84). El análisis de dichas creaciones o fortalecimientos de dominio colectivo en dicho terreno ha concitado, en efecto, la reciente atención de las autoridades de control internacional que han considerado clave su debido estudio en el marco de los procesos de fusiones globales que pudieren realizarse y motivado por ello su particular interés (85).

---

(81) PLA RODRÍGUEZ, AMERICO, *Curso de derecho laboral,* t. I p. 154.

(82) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de derecho del trabajo,* t. 2, p. 366, Bs. As., 1ª ed.; CNTrab., sala VIII, 6/12/1996, "Gilio Hugo y Otros c. Kanmar S.A. y otros", DT, 1997-A, 762; íd., íd., 19/5/1998, "Corti Jorge c. Beiro Goma SRL y otros", DT, 1988-B, 1298, TySS, 1988-856; íd., sala VI, 30/9/1985, "Muller Klauss c. Casa Denk Aceros Boehierit S.A.", DT, 1986-A, 182; íd., sala V, 12/7/1996, "Brancaleoni, Liliana c. Serono Argentina S.A. y otros", TySS, 1999-35; íd., sala II, 29/11/2002, "Kwasinsky, Natalio c. General Motors de Argentina", TySS, 2003-523, íd., íd., 19/12/2000, "Fasanella, Juan c. Establecimientos Miron S.A. y otros"; 29/9/1994, "Bulesich, Antonio c. Industrias Algodoneras Unidas S.A.", JA, 1996-1-136; íd., sala X, 20/11/2000, "Romanazzi, Pedro c. Capacitación y Desarrollo S.A.", DT, 2001-A, 808; 16/7/1999, "Alcaraz Antonia c. Nuss S.R.L.", DT, 2000-90; íd., sala VIII, 29/5/1989, "Aguirre Simeón c. Gardelick Antonio", DT, 1989-B, 1360; íd., sala IX, 20/5/1998, "Kacenelson, Raul c. Bimeda S.A. y otros", DT, 1999-693; TTrab. N°3, Lomas de Zamora, 10/8/1992, "Martinez, José c. Caserio Terenzi e Hijos S.A.C.I.".

(83) "France V. Commission" (1998), ECR I-1375.

(84) PEÑA, JULIÁN, *Control de concentraciones económicas: marco normativo e interpretación jurisprudencial,* Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 20, en cita de MONTI, MARIO, *The man challenges for a new decade of EC Merger Control,* Bruxelles, 14/9/2000.

(85) Conf. SCHAUB, ALEXANDER, *Assesing international mergers: the Commission's approach,* Bruxelles, 15/9/2000.

No obstante dicho ensanchamiento de la noción, y el carácter amplio con que se la vendría concibiendo, habría que puntualizar dos importantes aspectos: (i) que control o dominación y grupo son *conceptos diversos*, y su relación exacta es controvertida aún hoy en la doctrina; (ii) que la presencia del elemento *dominación-dependencia*, o sea, del control, es condición constitutiva para la configuración de un grupo de subordinación, pero, en cambio, el *sólo control no es suficiente para tener por existente a un grupo*, ni tampoco el control derivado de cualquier frente es apto para configurarlo (86).

8) La extensión del concepto de dominio a las hipótesis de franquicia

a) En una prieta síntesis elaborada a partir de la vasta elaboración producida en derredor del aspecto, podría sostenerse que el concepto "conjunto económico permanente" contenido en la ley laboral como primer presupuesto de operatividad de la protección establecida en el art. 31, LCT, se hallaría referido a los tipos de agrupamientos empresariales unidos por la relaciones de *"subordinación"* o jerarquía, y que ello alcanzaría a la subordinación tanto *interna* como *externa* y con caracteres de *continuidad.*

El dato sobre el tipo de subordinación, entendida ésta en un sentido amplio, no es un aspecto para nada menor, sino ciertamente significativo ya que al considerarse a la noción del "control" *en sentido amplio*, como ha sido hecho, *ella podría abarcar también a distintas expresiones modernas de los llamados "contratos de empresa"* en que mediare una situación de *"control".* Ello podría acontecer, v.gr., con los contratos de *franquicia* comercial, en que muchas veces se configura en los hechos un esquema de *control externo* por parte del franquiciante sobre el franquiciado y con cierta continuidad a lo largo del tiempo. De hecho, algunos autores han visto allí, precisamente, y con fundamento en la citada sujeción fáctica de una empresa a otra durante un tiempo, una hipótesis de "conjunto económico" que, de acuerdo a la intensidad de la subordinación y su permanencia, podría dar lugar a la aplicación del dispositivo contenido en el art. 31 de la LCT (87).

(86) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 165.

(87) RODRÍGUEZ MANCINI, J., *El contrato de franquicia, op. cit.*, p. 972.

b) Convendría, tal vez, detenerse un instante sobre esta vertiente o alcance elaborado en torno a la noción amplia del *control externo de hecho*. Según se ha visto en otra parte de este trabajo, en la realidad fáctica y jurídica pueden darse supuestos de concentración empresarial que no importen modificaciones en la estructura interna societaria. Existen en tal sentido estructuras de concentración que se producen por medio de participaciones que una sociedad adquiere o posee en otra sociedad. Sería el modo *más natural* de crear un grupo de sociedades (88). Mas no el único; existen, en efecto, métodos que involucran a una sociedad a través de la participación en la organización (la sociedad involucrada es parte de una relación *intrasubjetiva*) y métodos de control que derivan de contratos bilaterales (la concentración se produce por medio de contratos en los que la sociedad involucrada es parte de una relación intersubjetiva). Así es que, según fuera visto, se distingue respectivamente por la doctrina entre el *control interno*, que es el que se deriva de participaciones societarias (89) y el *control externo*, por configurarse por relaciones principalmente contractuales (90).

En el control interno, un aspecto parecería nítido: la particular complejidad que se presenta en el grupo de sociedades derivaría de que se utiliza una estructura del derecho —la sociedad— concebida en su organización como una entidad aislada que se inserta en el mundo jurídico como sujeto con voluntad propia, para una realidad empresaria y económica diferente, por lo cual, el sujeto sigue apareciendo como entidad aislada, *pero su voluntad no es propia, sino la de un tercero externo* que tiene intereses empresarios propios y distintos a los del sujeto que domina. Las reglas de organización social, refiere al efecto Manóvil, se ven perturbadas porque, aunque se respeten las formalidades, en su contenido vienen predispuestas desde fuera de ese sujeto, causadas y determinadas por el interés de quien tiene el poder de imponer su propia voluntad (91).

c) Respecto de la sujeción o control externo, mediaría también un fenómeno de *concentración empresaria*, pero en este caso a

(88) RUEDIN, ROLAND, *Vers un Droit des groupes de sociétés*, 1980, p. 158, cit. por MANÓVIL, R, *op. cit.*, p. 128.

(89) MANÓVIL, T., *op. cit.*, p. 128.

(90) OTAEGUI, JULIO C., *Concentración*, Ed. Abaco, Bs. As., 1984, ps. 427/34.

(91) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 134.

través de *relaciones contractuales de dominación*, o, como refiere Champaud, como producto de *contratos que establecen situaciones de desigualdad jurídica*, que traducen la desigualdad económica de las sociedades que agrupan, consagrando un sometimiento de los miembros del grupo a uno de entre ellos (92). Dichas relaciones contractuales permiten que, *en los hechos*, una sociedad adquiera el derecho de ejercer sobre la otra un dominio suficiente como para determinar la adopción de algunas de sus decisiones empresarias. La convención no tiene por objeto explícito la concentración y traslación de poder, sino que tales características aparecen como consecuencia, muchas veces en forma implícita o incidental, de sus cláusulas y condiciones. La autonomía jurídica de los contratantes es acompañada de una estrecha relación de dependencia económica de uno de ellos respecto del otro, al que el contrato le concede la facultad de impartir instrucciones obligatorias (93).

Si un aspecto se señala como elemento común a la múltiple variedad de contratos que encuadrarían en la modalidad, es el de la *exclusividad* (94), mas, como bien refieren algunos autores, la misma *no es por sí sola definitoria de una relación de dominio*, ni tampoco es un elemento que se halle siempre presente cuando, en razón de otras circunstancias, igual se da la citada situación de dominio o se produce por otras vías la concentración y traslación de poder (95). Tal sería, v.gr., el caso de un pequeño fabricante de un producto único, o de una variedad reducida, que por un plazo prolongado se obliga a vender o suministrar exclusivamente a un único distribuidor o cliente la totalidad de su producción; en la práctica el fabricante se habrá retirado del mercado de la oferta y tendrá un supuesto de *integración empresaria vertical hacia atrás*, en el cual el distribuidor o suministrado funciona como centralizador y genera una relación susceptible de configurar el *ejercicio de dominio* sobre el distribuido o suministrante. Habría allí, *concentración*, y, en alguna medida, traslado del poder de decisión (96). El *plazo* de esta clase de convenciones resultaría también significativo. Una distribución o suministro por diez años sería un ejemplo

(92) CHAMPAUD, C., *Los métodos...*, p. 151.

(93) Ruedín, R., *Vers un droit...*, p. 160; cit. por MANÓVIL, R., p. 139.

(94) CHAMPAUD, C., *Los métodos...*, p. 151 y sigte.

(95) MANÓVIL, R., *op. cit.*

(96) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 141.

claro, pero también podría serlo un plazo mucho menor si con ello el fabricante se viera privado de acceder al mercado de un modo tal que sus antiguos o potenciales clientes dejan de contar con ese proveedor y deben buscar un sustituto. En otras ocasiones, un plazo exiguo también puede generar situación de dependencia. El proveedor —y lo mismo valdría, según ha dicho la doctrina, hacia delante, para el distribuidor, el concesionario y el franquiciado— que se halla expuesto al riesgo de no renovación del contrato, termina por quedar sometido a las nuevas imposiciones contractuales de la empresa dominante si no desea poner en riesgo la subsistencia de su propia empresa (97). Los ejemplos como estos últimos, que van más allá de la mera provisión o distribución de bienes o servicios, involucrando aspectos organizativos y la utilización de marcas o nombre comercial, típicos en los contratos de *concesión*, y con mayor intensidad aún en los de *franquicia comercial*, la integración empresaria y la preponderancia del concedente o franquiciante resultan reveladores de una relación donde aparecen facultades del principal, concedente o franquiciante, para ordenar plurales aspectos del modo en que el agente, concesionario o franquiciado debe *necesariamente* gestionar su propio negocio: la presentación del local, la dotación del personal mínimo con el que debe contar, los servicios que debe prestar al cliente, incluso el diseño del local, los horarios de atención, los precios a los que puede o debe vender, la gama de productos que debe ofrecer, los proveedores a los que debe recurrir, las pautas a las cuales sujetar su administración, etc., son sólo algunos de lo aspectos reveladores de la sujeción a las directivas contractuales del principal, concedente o franquiciante. La evidencia de "integración" del proceso productivo, es indiscutible, y también lo es el traslado de una parte mayor o menor del poder de decisión (98). Se estaría en tales casos ante un "*agrupamiento fáctico*": se reúne una pluralidad de empresas en torno de una sociedad poderosa o una agrupación societaria de sociedades (99).

d) Dicha tesitura doctrinal, cabrá decirlo, no resulta meramente teórica, puesto que ha merecido también *judicial acogida*. En efecto, dicho aspecto ha servido de fundamento en nuestra disciplina a algunos pronunciamientos judiciales que han establecido

(97) MANÓVIL, R., *op. cit.*

(98) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 142.

(99) CHAMPAUD, C., *Los métodos de agrupación de sociedades*, p. 151.

la extensión solidaria de responsabilidad en el marco del art. 31 de la LCT también a supuestos de franquicias comerciales, si los términos de la relación entre las sociedades revelara cierta permanencia temporal y una neta noción de dominio o dirección entre franquiciante y franquiciado. La situación se revela peculiar en el ámbito de la materia que ocupa este trabajo, ya que supuestos de franquicia comercial que en el marco de la doctrina establecida por el Alto Tribunal en el precedente *"Rodríguez c. Cía. Embotelladora Argentina"* (100), normalmente no darían cabida a extensión de responsabilidad de franquiciado a franquiciante en casos de descentralización por subcontratación y con fundamento en el art. 30, LCT, sí lo harían en los casos de descentralización operados a través de franquiciamiento, y esta vez con fundamento en el art. 31, LCT, cuando la relación de franquicia denotare las notas de permanencia y de situación de dominio o control entre ambas (101). En algún otro caso jurisprudencial, además de considerarse que las tareas de la franquiciada integraban y complementaban la actividad principal del franquiciante, también se fundó la solidaridad en la existencia de una situación de control entre ambos (102).

Quedarían fuera del concepto contenido en el art. 31 de la LCT, en cambio, las agrupaciones de empresas unidas por relaciones de *"coordinación"* o simetría, y las del tipo ocasionales, esporádicos o *transitorios* (103).

B. La consecuencia jurídica

1) Contenido

a) La forma de protección delineada por el legislador nacional en el tema ha sido (en los casos en que se hubiere producido alguno de los condicionantes respectivos que ya se verán) la de aplicar el

(100) CSJN. 15/4/1993, DT, 1993-A, 753.

(101) Conf. CNTrab., sala X, 30/6/1998, "Escobar, Desiderio c. Peinados Pino S.A.y otro"; íd., sala V, 18/10/2007, "Santa Clara, Mario c. LL y L S.A. y otros".

(102) Conf. CNTrab., sala VII, 15/5/2007, "Serantes, Milagros c. Quiñones, Julio y otro".

(103) Que sí estaban comprendidas en el texto primitivo de la LCT (art. 33) y que merecieran abundante crítica de la doctrina.

remedio técnico de la *desestimación del principio de "separación" societaria* para tratar a las sociedades integrantes como una *unidad, **aunque sólo a un determinado efecto**: el de articular las responsabilidades* de las integrantes del grupo extendiendo la responsabilidad de una hacia las restantes. Dicha extensión de responsabilidad es ***"solidaria"***, y no mancomunada simple en proporción a la cuota de participación de las sociedades (104), por lo que no cabría escindir las responsabilidades entre las empresas miembro. Como mecanismo asegurador de dicha protección, esa solidaridad no puede ser reducida o dejada sin efecto a través de acuerdos individuales o convenios colectivos (arg. arts. 8º, 9º, 12 y 13 LCT).

Y ése es el mecanismo protector ideado en general por el Derecho del Trabajo: ampliar la legitimación pasiva incluyendo obligados solidarios, con base en la ley, porque se trata de un derecho imperativo (105). Dicha técnica de protección parecería ser, por lo demás, la característica y mecanismo más frecuente utilizado en diversos países también en los fenómenos de descentralización por subcontratación (106).

Quiere ello decir que la protección diseñada por el legislador nacional en materia laboral para los casos de desenvolvimiento de grupos de empresas, consistiría en instituir, y por virtud de la normativa, una suerte de *"relativa unificación legal" de las personalidades jurídicas*. Y decimos "relativa" pues sólo opera a determinados fines y no a todo tipo de efectos. Dicho efecto jurídico hállase establecido, además, no para cualquiera de todos los actos que pudieren llevar a cabo tales entes, sino sólo a los fines de las obligaciones contraídas por cada una con sus trabajadores y con la seguridad

(104) En España se registraron, no obstante, pronunciamientos estableciendo para dichos casos una responsabilidad simplemente mancomunada (STCT del 29/5/1985 [Ar 3485] y del 18/2/1986 [Ar 957]). No obstante, la posición predominante sería la de la solidaridad (STS del 8/10/1987 [6973]; STCT del 4/7/1984 [Ar 7838]). Alguna jurisprudencia de nuestro país señaló, a su vez, que la solidaridad alcanzaría sólo a las obligaciones *contractuales*, pero que no se extendería a las responsabilidades extracontractuales, tal como las que se derivan de los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil (CNTrab., sala VII, 9/3/1990, "Medina, Isaac c. Vardens S.A. y otro", DT, 1991-A, 1092; TySS, 1990-801).

(105) LORENZETTI, RICARDO, *El fraccionamiento de la responsabilidad laboral*, DL, 2001-1, p. 113.

(106) Conf. OIT, Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª Reunión, 1997, Informe VI (1), *Trabajo en régimen de subcontratación*, ps. 54/55.

social. Como refiere López (107), "*a esos efectos* se trata a todos los sujetos con personalidad jurídica diferente como integrantes de un solo sujeto jurídico".

b) Los alcances de dicha desestimación no resultan, como se dijo anteriormente, omnicomprensivos; se limitan a establecer una determinada consecuencia jurídica: una responsabilidad *solidaria* de todos los entes y únicamente respecto de las obligaciones en cuestión. No significa, así, que cada uno de esos sujetos con personalidad jurídica distinta deban ser considerados empleadores directos de los trabajadores que fueron contratados por uno solo de ellos. De tal modo, si una de las sociedades integrantes de un conjunto económico contrata a determinados trabajadores, de acuerdo a dicha doctrina las otras no se hallarían obligadas a cumplir respecto de esos trabajadores las obligaciones legales y cargas legales de documentación (108) y demás inherentes a la relación individual de trabajo. Ellas no serían "*empleadoras*", ni serían consideradas por la ley en relación laboral directa con aquellos trabajadores, sino *sólo responsables solidarias,* en una relación *indirecta.*

Este es otro aspecto, pues, que parecería necesario tener debidamente presente: que en el marco normativo de lo dispuesto por el art. 31 de la LCT, *no se sigue ni se establece la condición de empleador al "grupo"* como tal, sino sólo una "extensión de responsabilidad," una *solidaridad* por los eventuales incumplimientos de la empleadora, que judicialmente no es lo mismo que aquello.

La eventual atribución a la restante sociedad titular de la otra empresa, de la condición de sujeto "empleador" miembro directo del negocio jurídico contractual, ni estaba en la norma del texto originario de la ley, ni lo está actualmente después de su reforma en el tema por la ley 21.297, ya que tanto antes como después la consecuencia estipulada fue la de estatuir una *solidaridad.* Si se pretendiera aquella otra consecuencia en el marco de dicho específico dispositivo, ello no sería posible y debería en todo caso procurarse

(107) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de contrato, op. cit.*, p. 378.

(108) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de contrato, op. cit.*, p. 378. Algunos fallos recientes, han establecido empero, solidaridad también respecto de la emisión de certificados, y en rigor, cabrá reconocer que la ley no establece limitación alguna respecto de dicha solidaridad.

a través de un mecanismo diferente (que también se encuentra en la ley), o bien, a través de una reforma del texto legal.

Como refiere Rodríguez-Sañudo (109) respecto de igual temática en el derecho español, el reconocimiento de la condición de empresario al "grupo" como tal, con los derechos y obligaciones correspondientes, podría preverse que se realice expresamente por vía normativa *si la ley estableciere los medios* operativos para ello.

Sin embargo, cabrá decirlo, *no es por el momento la solución que establece nuestro legislador en el art. 31 citado* y mediarían obstáculos serios, normativamente hablando, para atribuir sin más la calidad de "empleador" al conjunto sin forzar de algún modo los alcances del concepto de empleador contenido en el art. 26 de la LCT, que exige que el mismo sea "persona *física*" o *conjunto de ellas*, o "*jurídica*", y siendo que un "grupo de empresas" carecería indudablemente de los citados caracteres.

Pese a ello, y al obstáculo legal citado, algunos fallos han atribuido condición de empleador al "conjunto". Así, y aun cuando en el marco de los procesos de transferencia y transformación empresarial, algún fallo hubo de considerar que habría mediado una vinculación *con dos personas jurídicas en forma conjunta*, las que utilizaron los servicios del trabajador en forma conjunta e indiferenciada, asumiendo así el rol de empleador *pluripersonal* (110). En otro caso de intercambiabilidad de personal, se sostuvo que quedaba configurada una sola *relación laboral* que vinculaba al trabajador con las sociedades integrantes del mismo (111). Empero, habrá que señalar respecto de ambos casos que, estrictamente, nuestra ley laboral al definir en su art. 26 a dicha parte del contrato y relación de trabajo, no hubo de contemplar expresamente como tal a un *conjunto* de entes con personalidad jurídica propia y que sólo hubo de contemplar, como posibilidad plural, la referente a la multiplicidad de personas físicas ("persona física o *conjunto de ellas*"), en cuyo caso

(109) En VALVERDE, ANTONIO, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, FERMÍN y GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN, *Derecho del Trabajo,* 6ª ed., Madrid, p. 237.

(110) CNTrab., sala II, 20/7/2007, "Schauvinhold, Osvaldo c. Marketing In Store SRL y otro".

(111) CNTrab., sala I, 26/4/2001, "Martínez Pereyra, Miguel c. Elidd India Rubber S.A. y otros".

la función de empleadores se considera cumplida en conjunto y no puramente por cada uno en particular (112).

Tampoco lo hubo de hacer respecto de un conjunto de *empresas*, y tampoco podría, porque en nuestro ordenamiento jurídico estatal, y según se viera, la empresa (en tanto grupo organizado) no es "empleadora" porque no es un sujeto con capacidad de derecho. Con arreglo a ello mismo, algunos pronunciamientos de los tribunales de nuestro país se han ocupado de señalar en igual sentido que, dada la definición de la figura del empleador instituida por la norma del art. 26 de la LCT y los presupuestos de configuración allí establecidos, no resultaría posible comprender en la misma al "grupo de empresas", ya que éste no revestiría condición de un sujeto de derecho con aptitud para contratar (113). Por lo mismo se ha considerado que no se extiende la condición citada para convertirse en empleadores de la totalidad del personal ocupado por sendas empresas (114).

Otro ineludible aspecto a ser señalado en el tema, es que existiría, por lo demás, otro obstáculo adicional e independiente para extender la calidad de empleador al "conjunto económico", y es la del principio de la *personalidad jurídica* que poseyeran las sociedades titulares de las empresas integrantes del citado conjunto. Y es que, como también ocurre en España y según refiere Rodríguez-Sañudo, de comienzo, dicho remedio técnico constituiría un impedimento para traspasar esa barrera o "separación" entre cada una de ellas, y atribuir a otro sujeto la condición jurídica correspondiente a un sujeto distinto. La idea de asimilar al "grupo" a un verdadero empleador, presentaría, pues, y como principio, claras objeciones, pues como señala Cura, recordando el dispositivo del art. 33 del Código Civil, dicha pretensión debería ceder ante el resguardo debido para las formas asociativas, que han sido merecedoras también de reconocimiento normativo, y que no autorizaría una aplicación "irrestricta" de la teoría del "disregard" (115).

(112) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato, op. cit.*, p. 345.

(113) Conf. CNTrab., sala II, 18/12/2002, "Romero, Eduardo c. Consolidar ART S.A.".

(114) CNTrab., sala VIII, 27/5/1999, "Ríos Mónica c. Baek, Jin H. y otro".

(115) CURA, JOSÉ M., *Las sociedades controladas. Su enfoque singular en el derecho del trabajo,* DT, 1991-236.

Lo que sí hace nuestro derecho en el art. 31, LCT, es (bajo determinadas circunstancias) traspasar ese obstáculo, desestimando el principio de la personalidad y el consecuente de separación societaria, pero ***solamente para conectar las responsabilidades,*** *mas sin por ello convertir en sujeto "empleador" al solidario, ni al grupo en su conjunto*; ello es, no "transforma" ni invalida el vínculo jurídico en cuya base se determina la obligación (antes bien, lo presupone), ni tampoco se modifica la obligación exigible.

En otros términos, lo que el art. 31, LCT, estatuye es una responsabilidad solidaria, mas no una conversión de la figura jurídica de los sujetos como para considerar a las demás sociedades del grupo como empleadoras también del trabajador. La solidaridad allí establecida, por otra parte, alcanza a las demás entidades jurídicas integrantes del grupo económico, pero no se extiende más allá para llegar también a los sujetos físicos, tal como los socios integrantes de las empresas (116).

2) Los límites del art. 31 y su conjunción con el art. 14 de la LCT

Por lo mismo que lo antes expuesto, en nuestro ordenamiento vigente deberían ser *diferenciadas*, debidamente, la consecuencia jurídica que proviene del art. 31 de la que proviene del art. 14 de la LCT.

a) La primera norma establece, como toda consecuencia —y acreditados los presupuestos que la determinan (conjunto económico permanente, maniobras fraudulentas o conducción temeraria)— la *solidaridad* de las empresas del grupo por las obligaciones asumidas frente al dependiente y las correspondientes a la seguridad social. La restante norma establece, en cambio, la consecuencia de la *nulidad* de un acto o negocio jurídico fraudulento, o sea, el consumado para lograr la evasión de las normas imperativas y/o irrenunciables, y la sustitución reguladora de la relación directamente por la ley evadida, que no es para nada lo mismo que establece el art. 31.

En la solidaridad hay una pluralidad de sujetos o *pluralidad de vínculos* entre sujetos que no pierden su individualidad jurídica ni

(116) SCBuenos Aires, 19/5/1992, "Belinco León y otro c. Distribuidora Gral. de Alimentos S.R.L. y otro", DJBA, 143-162.

pasan a integrar colectivamente un ente de derecho único. Cada deudor mantiene su individualidad jurídica, y de allí se sigue que hay tantos vínculos como deudores distintos existan (117). Media un vínculo obligacional con otro u otros deudores, pero que no pierden su separación e individualidad cada uno como tal. Lo que hace la estructura de la obligación solidaria, en el caso de la solidaridad pasiva, es establecer un *frente común* de deudores, pero cada individuo de ese frente está sujeto a los deberes que pesan sobre un deudor singular con respecto a la totalidad del objeto debido (118). Existe una obligación constituida con un sujeto determinado, pero que, por virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley (como es el caso del art. 31, LCT) ella puede ser demandada a varios deudores (art. 699, Cód. Civil). Pero *la obligación o causa última no se transforma, ni se modifica la pluralidad individualizada de sujetos que deben responder por la misma.* Se trata de una unidad de causa con identidad de objeto o prestación que no se altera ("*eadem res, eadem pecunia*" decían los textos antiguos).

La solidaridad es, al decir de Ripert y Boulanger, un modo de ser de las obligaciones para dar ventaja al acreedor (119), y ésa sería la función económico-jurídica de la solidaridad a la que se refiere Llambías, en cuanto propende a la mayor seguridad del acreedor (120), al brindarle una mayor cantidad de sujetos para responder en caso de una eventual inobservancia en la satisfacción de la obligación constituida (121). Pero la causa u obligación no se modifica por el hecho de poder ser demandada a otros sujetos distintos de aquel con el que se estableciera pues sigue siendo exactamente la misma, ni la inobservancia de la obligación determina su transformación o sustitución por otra. Justamente, la existencia de un vínculo jurídico último y la inobservancia de una obligación en el marco de ese vínculo que le da origen, torna operativa la garantía que supone la "solidaridad", la protección del acreedor laboral, porque dicha misma obligación podrá ser reclamada a los demás

(117) LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Bs. As., 1982, t. II-A, p. 480.

(118) LLAMBÍAS, J. J., *Tratado, op. cit.*, p. 483.

(119) RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN, *Tratado de Derecho Civil*, trad. de la ed. francesa de D. García Daireaux, Bs. As., t. V, Obligaciones, p. 517.

(120) LLAMBÍAS, J. J., *op. cit.*, p. 493.

(121) SALVAT, R., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, núm. 886; íd. LLAMBÍAS, J. J., *op. cit.*

deudores solidarios (art. 705, Cód. Civil) cual verdaderos garantes de cumplimiento, puesto que la solidaridad pone a cubierto de la insolvencia o incumplimiento de cualquier deudor (122).

Esa es, en definitiva, la finalidad de la solidaridad legal laboral: la protección de los créditos del trabajador —el aseguramiento de la posibilidad de cobrarlos al poder reclamarlos a más de un responsable— (123). Es la misma vinculación jurídica última y es la misma obligación nacida en su seno (124), pero que es debida también por otros; y esa situación jurídica, como se dijo, no es para nada lo mismo que la sanción jurídica que se establece en el art. 14 de la LCT, en que —según donde recaiga el vicio— se produce la invalidez automática del negocio jurídico último y la sustitución *ipso iure* por uno nuevo y distinto.

Sin embargo, en algunos pronunciamientos jurisprudenciales resultaría dable advertir una aplicación indiferenciada de las consecuencias jurídicas citadas, por encima de que se hallan referidas a supuestos y condiciones de operatividad no del todo coincidentes. Leemos así, v.gr, en un caso de los tribunales capitalinos (125), respecto de una trabajadora que se desempeñó para dos sociedades de un grupo económico bajo sendos y diferenciados contratos, que se dispuso que debían considerarse las relaciones como una *única vinculación*, y ello con único fundamento en el art. 31 de la LCT. Si bien el fallo en definitiva se circunscribió a confirmar la condenación solidaria de las demandadas con base al art. 31, LCT, interesaría repasar algunos de los argumentos embozados para su conclusión. El tribunal sostuvo al efecto que dicha contratación sucesiva habría producido la fragmentación de la antigüedad de la dependiente al haberse celebrado dos contratos distintos cuando, según dijo, debería ser considerado *un solo vínculo*. Pues bien, en rigor, —cabrá decir— para considerar una única vinculación y una única antigüedad consecuente, no bastaría la sola aplicación del dispositivo indicado, pues el mismo sólo hacía *responsables solida-*

(122) LLAMBÍAS, J. J., *op. cit.*, nota 45.

(123) LÓPEZ, JUSTO, *La solidaridad en las relaciones obligatorias laborales*, en DL, 2001-1, p. 43.

(124) RIPERT y BOULANGER, *Tratado, op. cit.*, p. 526.

(125) CNTrab., sala X, sent. del 21/6/2000, "Carloni, Hortensia M. c. Roberto Jajam S.A. y otro", TySS, 2000-1093.

rios a ambos sujetos empleadores, pero no invalidaba los vínculos jurídicos establecidos ya que dicha consecuencia jurídica no significa ir más allá como para convertir, a su vez, al restante sujeto de derecho o al conjunto como empleador directo. Ello es, no establecía un vínculo jurídico laboral directo con el mismo, sino sólo que la otra empresa del grupo debe responder como un garante por las obligaciones contraídas por el sujeto deudor principal (solidaridad). Para considerarse que medió un único y mismo vínculo (y una única antigüedad) con un único empleador, debía en primer lugar haberse enmarcado la acción en la existencia de un fraude laboral, y postulado las consecuencias que en la normativa específica se establecen al efecto, para así poder descorrerse, *quitarse validez* al negocio jurídico de la extinción operada en el primer vínculo, así como descorrer la personería (colectiva) de los sujetos para poder considerar la existencia de un único sujeto y una antigüedad única computada desde el inicio de la primera contratación.

En otras palabras, los efectos de los arts. 14 y (por virtud del anterior) el 18 de la LCT (126).

Similar tesitura a la del fallo apuntado, advertiríase presente en otros pronunciamientos relativos a supuestos de "intercambiabilidad" de personal. Así, v.gr. (127) se sostuvo que ante la existencia de dicho extremo, pasando el trabajador de una sociedad a otra dentro de un grupo económico habría quedado configurada "una sola relación laboral". Nuevamente, para llegar a dicha conclusión el planteo no podría haber sido encuadrado (al menos, no solamente) en el supuesto de la mera existencia de un conjunto económico del art. 31, LCT, sino (además, o solamente) en el supuesto del art. 14, LCT. En otro fallo (128), a los fines de la configuración de un conjunto económico se consideró que ello se daba ante la circunstancia de que el personal apareciera como intercambiable, pasan-

(126) Lo peculiar es que el pronunciamiento refiere como sustento fáctico la presunta existencia de un supuesto de evasión de normas laborales (que no es otra cosa que el fraude) pero hace acudimiento sólo a lo contemplado en el art. 31, LCT. No se sabe, empero, cuál habría sido el alcance del objeto específicamente planteado por el demandante, que tal vez fuera lo que acotara el pronunciamiento a lo que se decidiera.

(127) Fallo de la CLab. y Paz de Corrientes, del 16/3/2000, "Verón Héctor c. Empresas Aguas de Corrientes S.A.".

(128) CNTrab., sala I, 6/6/1997, "Giorgini Sixto c. Fuiltrona SRL y otro".

do de una sociedad a otra siguiendo las necesidades del servicio, quedaba configurada allí "una sola relación" debiendo responder todas "solidariamente" de las obligaciones emergentes del carácter de empleador. Nuevamente aquí se advertirían invocadas consecuencias jurídicas diferentes, pues amén de que la existencia de un conjunto económico no constituye, de suyo, un ilícito, una cosa es la solidaridad y otra la de establecer *un único vínculo jurídico* y atribuir condición de empleador al grupo, o ambas sociedades a la vez. Similar conclusión hubo de ser aplicada también para casos de empresas integrantes de un *conjunto económico*, y con fundamento en lo dispuesto por el art. 29 de la LCT (129), ello en razón de haberse considerado que habría mediado un supuesto de "intermediación" para la provisión de mano de obra de una a otra empresa del grupo. También en otros casos de fraude dentro de grupos económicos hubo de considerarse que no mediaría una pluralidad de vínculos sino *un vínculo unitario establecido con el grupo*, por lo que la trabajadora era acreedora a un solo salario (130) y hubo de considerarse también que se estaría ante un *"empleador plural múltiple"*, en el marco del art. 26, LCT, que "no es sujeto de derecho sino una praxis gestional de la mano de obra" (131), hipótesis todas, empero, que parecerían forzar un tanto el acotado marco de la definición de empleador que proporciona el art. 26, LCT. En otros casos, la consideración del grupo como unidad, como "verdadero y único empleador", aparece realizado para concluir en la existencia de una única vinculación considerando, así, una única antigüedad a los efectos indemnizatorios (132).

Por cierto que compartimos la conclusión de que mal podría reclamarse el todo de manera repetitiva o multiplicada, por resultar materialmente imposible la efectivización simultánea de una jor-

(129) CNTrab., sala II, 31/8/1995, "Raiolo de Conde, Rosario L. y otro c. Elca Carnes y Derivados S.R.L. y otros", DT, 1995-B, 2072.

(130) CNTrab., sala I, 28/11/2007, "Mi Sun Sin c. Consolidar AFJP y otro"; íd., 12/9/2002, "Fortuna Olga c. Consolidar S.A. y otros", íd., sala IV, 21/12/2005, "Tobchinsky, Carlos J. c. Siembra Seguros de Retiro S.A."; íd., sala VI, 10/3/1984, "Lavergne, Beatriz c. Siembra Seguros de Retiro S.A."; íd., sala I, 29/4/2005, "Sobrino, Diego M. c. Consolidar AFJP y otros", TySS, 2005-971.

(131) CNTrab., sala V, 18/10/2007, "Santa Clara, Mario c. LL y L S.A y otros", voto del Dr. Zas.

(132) CNTrab., sala II, 29/11/2002, "Kwasinky, Natalio c. General Motors de Argentina S.A.", TySS, 2003-523.

nada íntegra para cada sociedad miembro del grupo —inexistencia de acción—, mas nos resulta un tanto difícil de coincidir en la idea de un vínculo jurídico único si el único fundamento radicara en el art. 31, LCT, ya que el mismo establecería respecto del fraude una sanción específica y diferente. En otros casos, en cambio, adviértese correctamente haberse ocurrido a lo dispuesto por el art. 14 de la LCT para hacer caer la validez del negocio fraudulento y la consideración de una vinculación directa con quien se beneficiara de la prestación laboral (133). Diversos ejemplos más siguen en igual línea.

b) Por nuestra parte entendemos que la búsqueda de una apropiada protección para los casos de maniobras fraudulentas, y en el esquema legal actualmente vigente, no debería realizarse por la vía de lo previsto en el art. 31, LCT (o al menos, no únicamente), sino simplemente por lo establecido en el art. 14 del mismo cuerpo legal (o, al menos, juntamente con aquél).

b.1) En efecto, la norma del art. 31 de la ley no debe ser leída aisladamente ya que, mediando maniobras de fraude, ella opera sin perjuicio de la posible operatividad también del precepto contenido en el art. 14 de la misma LCT que expresa el principio general en materia de fraude a la ley y simulación ilícita (134) y que establece la ***nulidad*** del negocio jurídico contractual por interposición de personas o de cualquier otro medio producido con simulación o fraude a la ley laboral, y *su reemplazo* regulatorio por lo normado en la ley (135).

De tal modo, de mediar una hipótesis efectiva de fraude, tal como lo sería la de una prestación laboral indistinta o intercambiable para las distintas sociedades del grupo, o bajo las órdenes y en provecho indistinto de unas u otras, o bajo el control y dirección efectivo de otra sociedad del mismo grupo distinta de la sociedad nominalmente empleadora, y de ello se derivare un perjuicio al trabajador —menores beneficios, pérdida de antigüedad, pérdida

(133) Fallo CNTrab., sala V, 15/4/1998, "Santos c. Rigamonti", cit.

(134) LÓPEZ, JUSTO, en *Ley de Contrato, op. cit.*, p. 380; íd., *La solidaridad en las relaciones obligatorias laborales*, DL, 2001-1, p. 32.

(135) En igual sentido, CURA, JOSÉ M., *Las sociedades controladas. Su enfoque en el derecho del trabajo*, DT, 1991-234/235.

o disminución de estabilidad en el empleo, condiciones laborales desventajosas, etc.— ello debería ser debidamente planteado y enmarcado por la parte afectada, encuadrando su postulación, tanto en su sustento cuanto al objeto perseguido (habida cuenta que no son las mismas las consecuencias de una y otra norma), en el marco de las disposiciones atinentes al fraude laboral, pues antes que la extensión de responsabilidad de una sociedad a otra por los efectos de un contrato habido con la primera, debería estarse a la consideración como una unidad del conjunto y estimar a la relación con la segunda como parte de un único y mismo contrato, como continuación o prolongación de la relación habida con la otra sociedad del grupo (art. 14 LCT). Así, se ha considerado como fraude laboral, y que con fundamento en el art. 14 de la LCT determinaba la responsabilidad de dos sociedades, a la constitución sucesiva de las mismas, con los mismos socios mayoritarios, idéntico objeto y similares aportes accionarios, debiendo responder por las obligaciones laborales contraídas por la primera (despido del trabajador) acaecido luego de la constitución de la segunda (136). En efecto, si la interposición de persona se considerara como una simulación ilícita o de interposición fraudulenta, para la ley no se estaría en presencia de una "auténtica contratación", ya que no mediaría autonomía empresaria del contratista o subcontratista, y el trabajador "nominalmente" dependiente de éste, sería estimado como un trabajador subordinado más del auténtico empresario (el principal).

Ahora bien, siendo atribución exclusiva de la parte reclamante el determinar cualitativamente el encuadre y objeto de la pretensión (137), dada la indiscutible jerarquía constitucional que tiende a garantizar la defensa en juicio de la contraria, y para evitar que el proceso se convierta en una caja de sorpresas (138), y siendo, asimismo, que por virtud del principio de congruencia los tribunales deben pronunciarse sobre lo que se pide y sólo sobre lo que se

(136) CNTrab., sala II, 18/10/2002, "Goio, María de Belén c. Colegio del Arce S.R.L.", DT, 2003-B, 1010.

(137) CARLI, CARLO, *La demanda civil*, Bs. As., p. 83; FENOCHIETTO, C. y ARAZI, ROLAND, *Código Procesal civil y comercial de la Nación*, Bs. As., 2ª ed., 1993, t. 2, p. 157; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños, El proceso de daños*, Bs. As., p. 47.

(138) CNCiv., sala D, 30/3/1983, "E.M. c. M. de R, E.M.M.".

pide (139), sin omisiones ni *demasías decisorias* (140) y que el principio *iuria curia novit* habilita a los jueces a determinar la norma jurídica que rige la relación de la litis pero no autoriza a cambiar una pretensión por otra, dependerá en todo caso de la postulación y objeto concreto con que en definitiva fuera instituida la pretensión, la determinación del marco y la específica consecuencia jurídica a aplicar en cada caso. Ello mismo hubo de ser señalado también por la jurisprudencia puntualizando que la posible existencia de maniobras dolosas o conducta temeraria resulta condición necesaria para la admisibilidad de la pretensión de solidaridad en el marco de lo dispuesto por el art. 31, LCT (141), resultando igualmente esencial el modo en que se plantea la pretensión, habida cuenta que los tribunales no se hallan habilitados a fallar *extra-petita* en violación al principio de congruencia (142); más aun cuando puede tratarse de figuras legales asentadas en presupuestos de hecho distintos que deben ser debidamente expuestos en el inicio (143).

b.2) También en España hubo de prescindirse por alguna jurisprudencia, del principio de la separación de la personalidad jurídica de cada una de las sociedades integrantes de un grupo económico para reconocer responsabilidad conjunta de las empresas considerando la existencia de un *único vínculo*, cuando mediaren maniobras elusivas. Rodríguez-Sañudo refiere al efecto que factores decisivos fueron considerados en tal sentido por la jurisprudencia, la comprobación del *funcionamiento integrado o unitario* de las empresas, la prestación de trabajo indistinta —sea de forma unitaria o sucesiva— para varias de ellas y la *búsqueda de una dispersión o elusión de responsabilidades* mediante dicha configuración articulada de empresas aparentes (144). Adviértese allí también, no sólo una articulación de responsabilidades (solidaridad), por un lado,

(139) CSJN, 2/11/1989, "Cavallero, Ricardo J."; SCBuenos Aires, Ac. 33.929, "Barreneche, Mario c. Byrd Refrigeración S.R.L. y ot.", 30/11/1984; íd., Ac. 33.628, "Vinent, Pablo c. Piñeiro de Amette, M. y ot.", 5/3/1985.

(140) SCBuenos Aires, Ac. 33.628, cit.

(141) CNTrab., sala II, 29/10/1993, "Gauna, Silvina c. Stand Up S.R.L. y otros", DT, 1994-A, 222.

(142) CNTrab., sala VI, 27/6/2000, "Amoroso, Norma c. Servi Temp S.A. y otro", LA LEY, 2001-A, 656.

(143) CNTrab., sala IV, 27/3/1991, "Apecena, Susana c. Good Flour S.A.", DT, 1991-B, 1469, TySS, 1991-823.

(144) *Op. cit.*, p. 237, y su cita del fallo del TS del 3/5/1990.

sino *además,* prescindencia del principio de la personalidad jurídica y del de separación societaria, con fundamento en la existencia de fraude laboral, y que lleva a desestimar la validez de los vínculos unitarios y la consideración de uno solo.

Tal como sostuvo el Tribunal Supremo español, la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas de un mismo grupo, fenómeno también conocido como de *"circulación de trabajadores en el seno del grupo"*, constituiría indicio de un supuesto de fraude laboral (145), si produce una dispersión de las responsabilidades laborales.

Como refieren Baylos y Collado, en muchas ocasiones la adopción de tales estructuras organizativas de carácter complejo se percibe justamente como una forma de eludir la normativa laboral y la tutela de los derechos de los trabajadores que la misma lleva consigo (146) e incluso sería dable apreciar casos de empresas que fuerzan una estructuración como "grupo" al solo efecto de hacer ineficaz la tutela legal y convencional de los trabajadores a su servicio (147). En el derecho americano se ha sostenido también que la regla de la separación o de la identidad separada puede ser descartada en situaciones de excepción —casos de fraude, v.gr.— en las que admitir otra cosa importaría un obstáculo para la debida protección de derechos públicos o privados (148).

b.3) Siendo pues, todo ello así, tal vez cabría inquirirse a esta altura del análisis si mediando un supuesto caracterizable como maniobra fraudulenta o elusiva de las normas laborales, se justificaría el planteamiento de una pretensión solidarizante contra las distintas entidades del grupo, enmarcando la acción en la hipótesis de

(145) Conf. Tribunal Supremo de España, sent. del 5/1/1968 (Ar. 126), 4/3/1985 (Ar. 1270) y 7/12/1987 (Ar. 8851).

(146) BAYLOS, ANTONIO y COLLADO, LUIS, *Introducción* a la obra *Grupos de empresas y derecho del trabajo,* Ed. Trotta, 1994, Madrid, p. 15.

(147) G. DE SIMONE, *Nuove regole pero nuove imprese?,* en P. ZANELLI, *Grupi di imprese e nuove regole.* In ricordo di Gaetano Vardaro, Milano 1991, 201-202; BAYLOS, ANTONIO y COLLADO, L., *op. cit.*

(148) "New Colonial Ice vs. Helverling", 292 US 435, 442, 78 Law, 1348, 1353; PINEDO, A. y WATERHOUSE, E., *Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales,* ED, 10-874.

lo previsto por el art. 31, LCT en lugar de fundar la postulación —y persiguiendo los efectos— en lo contemplado por el art. 14, LCT.

O, más aún, si se justificaría la existencia de un dispositivo como el art. 31 tal como está. Porque, habida cuenta las diferentes y significativas consecuencias jurídicas, y siendo que el presupuesto básico resultaría —parcialmente— similar, podría tal vez concluirse que, al menos en lo que al fraude se refiere, la norma del art. 31, LCT, resultaría superflua.

C. Los condicionantes de la consecuencia jurídica

Otro aspecto necesario de ser destacado también, es que la operatividad de la protección instituida en el art. 31, LCT, no es automática sino que se halla sujeta a la concurrencia de determinados requisitos.

En efecto, por virtud de la reforma producida en 1976 por la ley 21.297, la norma de nuestro país *condiciona* la procedencia de la sanción jurídica o protección a que hayan mediado ***"maniobras fraudulentas"*** o bien ***"conducción temeraria"***, cualesquiera de dichos supuestos. Sin embargo, no precisa qué ha de entenderse por tales.

Sin dudas, y habida cuenta tratarse nada menos que de la condición a la que se subordina la operatividad de la consecuencia jurídica de protección, hubiera sido preferible alguna mayor precisión por parte del legislador acerca de cuáles serían los presupuestos o elementos que harían a la configuración de los mismos.

Cierto es que, en general, no es propio del legislador el establecimiento de definiciones, y cierto es también que la variedad de situaciones susceptibles de constituir un supuesto de "fraude" o de "temeridad", según han sido dados en caracterizar en términos generales por la elaboración doctrinaria y jurisprudencial, podrían sumar hasta lo impensable habida cuenta —y particularmente en la primera de las figuras— que dependería en definitiva de la fertilidad de la imaginación de sus autores, tanto como fuera posible, o —en la segunda— del vasto campo del obrar que podría quedar comprendido en dicho rango de imputación subjetiva. Mas, no

menos cierto es también que en numerosos supuestos, y empujado también por la necesidad de una mayor certeza jurídica, el propio legislador se ha ocupado de algunas definiciones (v.gr.: arts. 23, 30, 944, 2312, 2314, 2315, 2807, 2948, 2970, 3947 y muchos otros más del Código Civil, ídem arts. 4, 5, 6, 22, 25, 26, 27, 39, 40, 103, 103 bis, 116, etc., LCT) y en el caso, y habida cuenta el prolífico arco interpretativo —y sus derivaciones— a que han dado lugar en la práctica los conceptos mencionados, más que conveniente parecería resultar el establecimiento de una determinación o mayor precisión al respecto.

Las maniobras fraudulentas

a) La regla de la separación jurídica

a.1) Al entender de López (149), el condicionante introducido por la reforma de la ley 21.297 habría producido una *reducción en la protección* establecida en la ley. En el texto originario, la consecuencia jurídica, según dice, operaba automáticamente por el solo hecho de la pertenencia de la sociedad al conjunto económico. En dicho esquema, según dice, la solidaridad habría operado como un modo de *prevenir* el fraude laboral, "haciéndolo imposible de antemano", ya que al imponerse para todos los casos la responsabilidad solidaria, resultaba imposible de eludir, siempre que se dieran las circunstancias típicas de aplicación de la norma. Con la nueva redacción, y al haberse introducido dicha condición, entiende que se habría cancelado la prevención imposibilitante del fraude, al punto tal que la existencia del mismo constituiría uno de los presupuestos de aplicación de la solidaridad.

a.2) Sin embargo, un aspecto que parecería conveniente señalar es que la consumación de fraude en general, o el intento de prevenir sus efectos, parecen haber acompañado de la mano, en los demás campos del derecho en general, la aplicación de la teoría de la *desestimación* de la persona jurídica que, en definitiva, no otra cosa sería el mecanismo que permitiría aplicar la protección establecida en el ámbito laboral.

a.3) En efecto, la exigencia en torno a la existencia de conductas de fraude, o el intento de evitar sus consecuencias, para tornar

(149) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato, op. cit.*, p. 379.

operable el remedio de desestimación o de separación es dable de advertir también en la elaboración pretoriana y doctrinal extranjeras. Y ello, por cuanto la "desestimación" constituiría una *excepción* a una regla o principio general, que es el de la "separación" o "independencia" jurídica de las sociedades y que tiene base última en el instrumento técnico reconocido y protegido por el derecho que es el de la "personalidad jurídica", siendo precisamente el "fraude", la puerta de salida que habilitaría a excluir dicho instrumento.

En el derecho americano —una de las fuentes a las que hubo de recurrirse por los tribunales precursores de la aplicación de la teoría de la desestimación en nuestro país— se aprecia establecida también en su momento como exigencia para su aplicación, la existencia de fraude en la órbita general o de una posible injusticia como elementos delimitativos de la operatividad de la teoría. Su aplicación aparece ligada, en efecto, a evitar las consecuencias del fraude o la consumación de una clara situación de injusticia.

No obstante, necesario resultará recordar que la regla es el principio de *"separación"* o "independencia".

a.4) Tanto en el derecho mercantil como fiscal norteamericano, la norma general en materia de "sociedades vinculadas" ha sido históricamente la del *principio de "separación"*, y que se aplica aún al caso de sociedades que pertenezcan a los mismos accionistas o al de una sociedad cuyas acciones están en manos de otra, ya que, como regla, ni la identidad de los accionistas ni la de la dirección basta para considerar que dos sociedades forman un solo conjunto ni permiten hacer a una de ellas responsable por las obligaciones de la otra (150). Dos sociedades pertenecientes a los mismos accionistas y bajo la misma dirección, se ha sostenido por los tribunales de dicho país, pueden incluso contratar entre sí como si fueran totalmente extrañas y los contratos que se celebren ser válidos frente a los acreedores de ellas (151).

Y es que, al igual que lo que ocurre en nuestro país, no existe objeción legal alguna que impida a una sociedad anónima ser dueña

(150) PINEDO, ALEJANDRO y WATERHOUSE, ENRIQUE, *Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, ED, 10-874 y sigtes.

(151) 288. Fed.377, "Palmolive C v. Conway", 43 F. (2d) 226, cit. por PINEDO y WATERHOUSE, *op. cit.*, p. 875.

de la mayoría de las acciones, dominar sus asambleas y elegir a sus directores y administradores (152). Más aún, cabrá recordar que para arribar a dicha situación de "dominio", ni siquiera se requiere de contar con la mayoría accionaria de la otra sociedad ya que igual resultado puede obtenerse con sólo una parte minoritaria del capital, utilizando para ello alguno(s) de los varios sistemas previstos en la ley (acciones de voto múltiple, cartas poderes, etc.) o por el mero ausentismo a las asambleas de los accionistas que cuentan con la mayoría, y todo ello se halla dentro del marco *admitido por la ley.*

a.5) En la jurisprudencia española es dable comprobar una consideración similar. Luego de reconocer la imposibilidad de dotar de un tratamiento único a los muy diversos supuestos de agrupación o vinculación de empresas, el Tribunal Supremo hubo de recordar que la mera circunstancia de que "una empresa tenga acciones en otra", o que varias empresas "lleven a cabo una política económica de colaboración" no comporta necesariamente la pérdida de su independencia a efectos jurídico-laborales (153).

Tanto en el derecho extranjero en general, como en nuestro medio, el mero hecho de que exista un socio controlante no constituye en sí mismo un supuesto antijurídico. Antes bien, cabrá recordar que dicho supuesto se encuentra *expresamente permitido* por la ley (arg. arts. 33, 34 y concs., ley 19.550), por lo que, como refiere Vázquez Vialard, la sola circunstancia de que haya una vinculación entre una sociedad controlante y otra controlada no es de suyo suficiente para declarar a la controlante responsable directa de las deudas de la otra sociedad si la misma es solvente (154), y, agregamos, si no median maniobras fraudulentas o temeridad.

Con acierto señala Rodríguez Mancini que el disfavor con que algunos enfoques encaran los agrupamientos económicos —incluso a veces justificado, debido al abuso que se hace de las posibilidades legales— no debe hacer perder de vista que es preciso distinguir, como ha hecho el legislador, cuándo esas agrupaciones son utilizadas legítimamente, y cuando son utilizadas como instrumentos de

(152) PINEDO, A y WATERHOUSE, *op. cit.*, p. 879.

(153) STS del 3/5/1990 (Ar. 3946); íd. del 23/6/1983 (Ar. 3043).

(154) *La aplicación de la teoría de la desestimación de la forma de la persona jurídica en el derecho del trabajo,* TySS, 1973/74-625.

evasión mediante "maniobras fraudulentas", o, aunque no medie dolo, cuándo provocan perjuicio a los trabajadores por una "conducción temeraria"(155). Las interpretaciones en la materia deben manejarse con gran *cautela para no incurrir en excesos* que pueden implicar agravios directos no sólo a las garantías constitucionales referentes al derecho de propiedad y a la libertad de contratar, sino también a una organización económica basada en la competencia y la libertad del mercado.

Por ello mismo, como señala también el mismo autor, de verificarse la existencia de un grupo económico (sea derivado de un control interno o aún externo) sería preciso recordar que *tal hallazgo* ***no tiene por sí ninguna connotación de signo negativo*** en tanto no se hubiere producido la configuración de las figuras ilícitas a la que la ley somete la aplicación de la extensión de la responsabilidad en el campo laboral (156).

Así, se ha sostenido en esa misma línea, que la mera circunstancia de que una sociedad tuviera como principal accionista a otra sociedad, no bastaba por sí sola para desplazar el principio rector en la materia, y que es de la *"independencia"* jurídica, principio legal que debía respetarse en tanto no se violaran reglas superiores del ordenamiento jurídico (157).

De igual modo recuerda Rodríguez Mancini que no puede desconocerse que los agrupamientos económicos configuran en nuestro ordenamiento *posibilidades jurídicas lícitas* acerca de la organización empresaria admitida por las leyes, a punto tal que se las reglamenta especialmente. Para la ley el fenómeno de las vinculaciones societarias no constituye un supuesto ilícito, ni lo trata como tal, sino ni siquiera lo estima disvalioso (158).

a.6) Según se dijera antes, la jurisprudencia española hubo de establecer similar pauta. El punto de partida en los casos de grupos

(155) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *El contrato de franquicia, op. cit.*, p. 967.

(156) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *op. cit.*, p. 970.

(157) CNTrab., sala III, 22/4/2002, "Parisi, Gustavo c. Banque Indosuez y otros"; íd., sala VII, 1/12/1986, "Juárez, Marta c. Citroen Argentina S.A. y otros", DT, 1987-A, 714.

(158) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales*, LA LEY, 1992-D, 967.

de empresas, según hubo de puntualizar el Tribunal Supremo, es estar al principio general de la *"independencia"* y de no comunicación entre las sociedades integradas en un grupo.

En otros términos, la existencia de vínculos accionarios, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos y en todo caso, la consideración y calidad como entidades autónomas y separadas, dotadas cada una de las sociedades con su propia personalidad (159). El Tribunal Supremo ha ido más allá en esa misma línea para señalar, ante un planteo efectuado por un trabajador al servicio de una sociedad británica cuyas acciones pertenecían en un 99% a una sociedad española, y en el que se pretendía el reconocimiento de una "unidad de empresa", *que de la subordinación de una sociedad a otra no se sigue, de suyo, la subordinación o dependencia de los trabajadores de la sociedad dominada a la sociedad dominante.* Esto es, que se puede ser trabajador dependiente de una sociedad a su vez dependiente de otra pues ello es una situación permitida por el Derecho (160) y de igual modo sostuvo en dicha misma temática, que ello era así "porque lo que el derecho reconoce como tal (la independencia) no puede ser desconocido"; "ambas empresas gozan de personalidad jurídica y por lo tanto son distintas" (161).

Lo mismo acontece con la personalidad jurídica. Una persona jurídica es una ficción (162) ideada por razones de técnica, a fin de que en la vida negocial puedan alcanzarse determinados fines que el ordenamiento no desaprueba. En cuanto tal, esa "separación" respecto de los miembros que la componen, resulta de su propia esencia para el derecho y su recepción en la normativa como fenómeno perfectamente válido y digno de protección fue considerado

(159) CAMPS RUIZ, LUÍS M., *Problemática jurídico laboral del grupo de empresas,* en *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo,* Madrid, 1994, p. 94; íd. sent. TS del 3/3/1984 (Ar. 1512); 13/3/1986 (Ar. 1315); 8/2/1988 (Ar. 594); sent. del Tribunal Central de Trabajo del 13/3/1975 (Ar. 1398); STGT del 6/6/1975 (Ar. 2958); 3/3/1976 (Ar. 1187); 24/4/1979 (Ar. 2507); 8/1/1980 (Ar. 6); 7/11/1980 (Ar. 5666); 18/3/1981 (Ar. 1917); 4/11/1986 (Ar. 10930), etc.

(160) STS, 28/3/1983 (Ar.1207); CAMPS RUIZ, *op. cit.*, ps. 94/95.

(161) STS del 28/3/1983, cit.

(162) Aun cuando en sí mismo el término "ficción" para definir a los entes ideales haya suscitado la disputa del Justice Wendell Colmes en el caso "Klein vs. Bordo Tax" (282 U.S.19, 75 L. ad 140), al señalar que "si es una ficción, es una ficción creada por la ley con la intención de que actúe como verdadera".

en su momento como una de las mayores conquistas de la dogmática jurídica(163).

b) La "separación" de la separación

b.1) Si bien, como se ha dicho, el principio general que rige en la materia es el de la independencia jurídica, no menos cierto es que tal regla general no ha impedido en los tribunales de los distintos países la posibilidad de descartar la persona jurídica, tanto respecto de la sociedad individual cuanto en los supuestos de grupos de sociedades controladas, para considerar a los actos de ella como actos de sus miembros, o bien, como actos de la entidad que domina, y ello, justamente, cuando se estuviere ante situaciones de fraude.

Se discrepa en doctrina acerca de los exactos orígenes y autorías de la(s) teorías(s) elaborada(s) sobre el particular. Algunos autores como Colombres (164) y Zaldivar (165) atribuyen a Serik la autoría de la teoría del *disregard* (166), en tanto que otros señalan a Fredericq Powell (167), que ya en la década del 30, y con base en trabajos anteriores públicamente conocidos (168) habría desarrollado la teoría del *disregard* con la finalidad de establecer la responsabilidad de la sociedad controlante (*parent corporation*) por el pasivo de la subsidiaria (*subsidiary*) insolvente y utilizada como un mero "instrumento" de aquélla (169).

Lo que sí parecería estar claro es que la misma, así como las demás doctrinas acuñadas sobre el mismo fenómeno, y las diferentes

(163) GUTIÉRREZ ZALDIVAR, ALVARO, *La desestimación de la personalidad en las sociedades comerciales*, LA LEY, 147-1045.

(164) COLOMBRES, GERVASIO, *Curso de Derecho Societario*, t. I, ps. 40 y sigtes., Ed. A. Perrot, Bs. As., 1972.

(165) ZALDIVAR, ENRIQUE, *Cuadernos de Derecho Societario*, t. I, ps. 40 y sigtes., Bs. As., 1972.

(166) SERIK, ROLF, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, Ed. Ariel, Barcelona, 1958.

(167) POWELL, FREDERICQ JAMES, *Parent and Subsidiary Corporations, Liabilities of a parent corporation for obligation of its subsidiaries*, Callaghan and Co., Chicago, 1931.

(168) DOUGLAS, WILLIAM O.,*Insulation from liability through subsidiary corporations*, Yale Law Journal, dec. 1929, ps. 193 and subsec.

(169) KABAS DE MARTORELL y MARTORELL, E., *op. cit.*

denominaciones asignadas, tales como las del "allanamiento", la "desestimación", la "penetración" o la "redhibición de la personalidad jurídica" o del "levantamiento del velo societario", todas con sus respectivos correlatos en la doctrina anglosajona, o las europeas sobre el "empresario oculto", o "la doctrina de terceros", o de "la apariencia", cualquiera fuera el nombre que se asigne al fenómeno importan el descorrimiento del velo de la personalidad para penetrar en la real esencia de su sustrato personal o patrimonial, y que ello se da cuando la persona ideal es utilizada ilegítimamente, perpetrando fraudes o lesionando derechos de terceros (170). Ello es, cuando ha sido utilizada la personalidad como "máscara" para la consecución de fines reprobados por el ordenamiento" (171).

Se ha dicho en la jurisprudencia norteamericana, que por aplicación de las reglas generales ya citadas no basta para tal fin demostrar que la sociedad está influida y gobernada por otra sociedad, sino que *además* debe comprobarse que media entre las mismas tal unidad de intereses que hagan que la individualidad de la compañía se confunda con la de la entidad dominante, de modo que el principio de "separación" haya dejado de existir "en los hechos" (172). Sin embargo, aún hecha la demostración de todo ello, la regla que autoriza a descartar la "forma de sociedad" —según también se ha dicho— queda exclusivamente *limitada* a aquellos casos en que esa prescindencia fuere necesaria para *prevenir un fraude* o una *injusticia* (173).

Uno de los principales exponentes y sistematizadores de la teoría de la penetración o descorrimiento del velo, Rolf Serick, desde sus orígenes se ocupó de ligar la procedibilidad de la misma a la presencia de fraude. Señalaba en tal sentido tres supuestos en los que cabría prescindir de la personalidad jurídica y en todos los cuales concurría la existencia de fraude: fraude a la ley por medio de la persona jurídica, fraude y lesión del contrato, y daños con

(170) VERÓN, ALBERTO, *La personalidad jurídica societaria y los fraudes laborales*, LA LEY, 2005-F, 1147.

(171) LÓPEZ MESA, MARCELO, *Someras consideraciones sobre la desestimación de la personería societaria. La doctrina del levantamiento del velo en las jurisprudencias argentina y española*, Errepar, Doct. Soc. y Conc., octubre 1997, p. 391.

(172) "Minifie vs. Rowlwy"; 187 cal. 481, 202, p. 673; PINEDO y ot., *op. cit.*

(173) PINEDO y WATERHOUSE, *op. cit.*, p. 875.

fraude o deslealtad a terceros con la utilización de la persona jurídica (174).

Y éste, el *fraude*, o la posibilidad de su consumación, como el de evitar una injusticia, ha sido la válvula o mecanismo que ha permitido en casi todas las doctrinas judiciales conocidas dejar de lado la regla o principio general de la "separación" societaria.

En tal sentido, una correcta visualización en torno a dicho presupuesto, en cuanto recaudo de procedibilidad de la "inoponibilidad" o "desestimación" de la personalidad, no podría prescindir de revisar la elaboración jurisprudencial habida en relación a dicho fenómeno, ya que, como señala Verón, su elaboración y desarrollo ha estado fuertemente imbuido por el cuño de los tribunales, en especial, del derecho comparado (175). Más aún, sigue allí permaneciendo como fuente de aplicación principal, ya que salvo muy pocos países, tal como ha sido el caso de nuestro país (176), la misma no ha sido regulada normativamente estableciendo el "descorrimiento del velo", y la aplicación de tal mecanismo jurídico ha sido tarea asumida principalmente por los tribunales (177).

Más aún, cabrá recordar que incluso la recepción misma de las teorías de la desestimación en el campo normativo comercial de nuestro país no hubo de estar exenta de objeciones en su momento. Los trabajos de Halperin ya en la década del 60 (178), así como de Colombres (179), Laquis (180), Suárez Anzorena (181) y otros

(174) SERICK, ROLF, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles.*

(175) VERÓN, ALBERTO, *La personalidad societaria y los fraudes laborales*, LA LEY, 2005-F, 1147.

(176) Con dispositivos tales como el art. 54 de la LS después de la reforma de la ley 22.903, el art. 2º de la ley 19.359 (régimen penal cambiario), los arts. 161, 163, 164 y 171 de la ley 24.522 (Concursos y Quiebras); el art. 31 de la LCT.

(177) VERÓN, ALBERTO, *op. cit.*

(178) HALPERIN, ISAAC, *El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales*, Rev. de Derecho Comercial, 1969-273.

(179) COLOMBRES, GERVASIO R., *Curso de derecho societario*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1972, p. 54.

(180) LAQUIS, MANUEL A., *El sujeto de derecho en el anteproyecto de la ley general de sociedades*, Rev. de Derecho Comercial, 1970, p. 447.

(181) SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, *Personalidad de las Sociedades*, en ZALDIVAR y otros, "Cuadernos de Derecho Societario", Bs. As., Ed. Macchi, 1972; Abeledo Perrot, 1976, t. I, p. 146.

autores se manifestaban críticos a la recepción y proliferación de normas generales sobre el abuso de la personalidad, y hubo de ser la jurisprudencia uno de los importantes baluartes de su acogimiento.

La presencia del fraude para la aplicación de la "prescindencia" o "*disregard*", hubo de mostrarse allí, y tanto en los tribunales extranjeros como en los nacionales, como uno de los elementos integrativos de la misma. Así, v.gr., en la jurisprudencia norteamericana, una de las cunas de la doctrina empleada después en nuestro país, en el conocido *leading case "U.S. v. Milwakee Refrigerator Transit Co."* (182) hubo de establecerse la premisa de que la regla general es que la sociedad debe ser considerada como una entidad legal —persona jurídica—, *pero que ello ha de ceder cuando la noción de entidad legal se utilizare para defraudar, o para proteger el fraude, o justificar el mal* (183). Porque, si bien la regla general es que la mera propiedad de las acciones de una sociedad por parte de otra no hace a ésta propietaria de los bienes de aquélla ni crea entre ellas una relación de subordinación societaria, dicha regla general se aplica cuando la propiedad de las acciones responde al fin de participar de un *modo regular* en los negocios de la subsidiaria, mas no cuando el fin hubiera sido el de utilizar a ésta como una agencia o *mero instrumento* de los negocios de la sociedad madre (184).

Lo propio hubo de acontecer en la jurisprudencia peninsular. La doctrina sobre la independencia de las sociedades vinculadas en un conjunto económico y la no comunicación de responsabilidades establecidas por el Tribunal Supremo, ha de ceder —hubo de señalar dicho mismo Tribunal— accediéndose a "levantar el velo" de la personalidad jurídica cuando se hubiere acreditado la existencia de un fraude a la ley o un abuso del derecho para extender, por vía de solidaridad, las responsabilidades empresariales más allá de la sociedad empleadora (185).

---

(182) 142 Fed. 247, 255.

(183) SERIK, ROLF, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, ps. 102/103.

(184) "Chicago M. & S. T. P.R. C°, vs. Minneapolis C. & C., Assoc.", 247. vs. 490, 62 L, ed. 1229, PINEDO y ot., *op. cit.*, p. 876.

(185) CAMPS RUIZ, LUIS M., *Problemática jurídico laboral..., op. cit.*, p. 96.

b.2) De algún modo, la aplicación de la doctrina del *"disregard of legal entity"* (también conocido a veces como *"Instrumentality rule"*) implica, como señala Masnatta, *"la afirmación de la relatividad de la persona jurídica"* (186). El remedio correcto, *cuando se entra en el acto antijurídico* que la interposición de una persona jurídica hace posible, es advertir la identidad de quién (es) está (n) por detrás, para lo cual es necesario aplicar la teoría de la penetración (187).

Esa misma idea del fraude, como uno de los presupuestos de aplicabilidad de las teorías de la "desestimación," aparece presente en las definiciones elaboradas por los propios tribunales americanos al hablar de sociedad "muñeco", "herramienta" o "alter ego" de la sociedad madre, para referirse a los casos de compañías subsidiarias o conjuntos económicos cuando se verifica que las mismas, no obstante su independencia jurídica, no son más que instrumentos de una sociedad madre que es la verdadera actora de las transacciones que se celebran bajo la forma o el nombre de aquéllas. Por ello mismo, a los fines de la aplicación de la teoría se ha requerido por dichos tribunales, no sólo que mediare *dominación completa* por parte de la sociedad madre, sino que además esa dominación *se haya usado para cometer fraudes* o violar disposiciones legales o contractuales, y haber sido causa de perjuicio para un tercero (188). Como refiriera Fletcher, en todos los casos en que se ha hecho lugar a esta doctrina en EE.UU. se repite como un "lei motiv" que ello debe hacerse para "corregir el fraude", "prevenir una injusticia" o "restablecer la equidad" (189).

En definitiva, y como señalan Pinedo y Waterhouse, cuando se utiliza la personalidad como un medio permitido por la ley para alcanzar un fin prohibido por ella, esto es, cuando la "forma de la sociedad hace posible eludir el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales, siendo la personalidad jurídica el instrumen-

(186) MASNATTA, HECTOR, *El abuso del derecho a través de la persona colectiva (teoría de la penetración),* Orbir, 1967 p. 17.

(187) ROTH, ROBERTO, *La aplicación..., op. cit.,* p. 276.

(188) "Lowentdall vs Baltimore & O.R.Co.", 287 HY supp. 75 y ot., *op. cit.*

(189) FLETCHER, *Cyclopedia of Corporations,* Permanent edition, notas a números 41 al 48, íd. "Cummulative Supplement 1943", p. 32 y sigtes.; PINEDO y WATERHOUSE, *op. cit.,* p. 874.

to para alcanzar lo que, sin esa facilidad, resultaría imposible en derecho", la mentada personalidad jurídica aparece concebida entonces como un disfraz o meta utilizada con propósitos ilegales o fraudulentos, o utilizada como un "elemento aislante de responsabilidad" (190).

No obstante, necesario resulta señalar que se han expuesto también algunos precedentes jurisprudenciales en el derecho comparado, principalmente alemanes y norteamericanos, a favor de la aplicación del *disregard* con una mayor amplitud, y ello con fundamento en la buena fe, la realidad, equidad, e incluso en conceptos de extrema vaguedad (191).

b.3) La inteligencia establecida en nuestro país por el Alto Tribunal, se ha evidenciado conteste en la admisibilidad del descorrimiento o *disregard* de la personalidad como *mecanismo de* ***excepción*** que procede ante determinadas circunstancias. Así lo hizo al puntualizar que debía reconocerse, por un lado, y como regla, el principio de salvaguarda de la noción de personalidad jurídica, con sustento en las directivas de los arts. 30 y 31 del Código Civil, pero, por el otro, también la necesidad de que la persona ideal *no se aparte de los fines* para los que fue creada y no se abuse de una "forma" para sostener un resultado que no haya querido otorgársele al concederse la prerrogativa de la personalidad jurídica (192).

Por ello mismo, por dicho empleo abusivo y distorsivo de la "forma" societaria para la comisión de actos antijurídicos, es que como ha dicho Serick, mal podría en tales supuestos atenerse inexorablemente al *dogma* de la separación e "independencia", porque no es posible admitir que fines que la ley rechaza puedan lograrse con los instrumentos que ella misma crea. El ordenamiento jurídico no puede proteger jamás el abuso de una institución jurídica (193).

En tal sentido, podría decirse, pues, que la vía para la protección laboral contenida en el art. 31, LCT, y la exigencia allí establecida,

(190) PINEDO, A y WATERHOUSE, op. cit., p. 873.

(191) VARELA, FERNANDO, *La evolución de la personalidad jurídica*, LA LEY, 1998-D, 1174; VERÓN, ALBERTO, *op. cit.*

(192) CS, 23/11/1995, "Pellegrino, Jorge E. c. High Band S.A. y otros".

(193) SERICK, ROLF, *op. cit.*, p. 50.

aparecería al menos en línea con la prolífica elaboración tanto doctrinaria como jurisprudencial habida en nuestro país y el extranjero respecto de cuál sería —en principio— la regla general y cuál su excepción (la desestimación) y cuándo procedería esta última, en cuanto mecanismo jurídico protector.

Cuestión distinta es si dicho diseño de protección, tal como ha sido concebido, es suficiente o no, razonable o mejorable.

c) La conceptualización del condicionante "maniobras fraudulentas"

c.1) Siendo, pues, que para la procedencia del mecanismo protectorio previsto en la norma del art. 31 resultaría necesaria la existencia de maniobras fraudulentas o de una conducción temeraria, y que dichos condicionantes no han sido definidos en la ley, correspondería entonces indagar en primer término, y de acuerdo a la producción doctrinaria, cuándo se está ante una hipótesis de *"fraude"* a la ley laboral.

La doctrina, como también la jurisprudencia mayoritarias, han dicho al efecto que se configuraría tal patología jurídica cuando media una *evasión* de normas imperativas o irrenunciables de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En la evasión, el empleador obligado a cumplir las normas imperativas o irrenunciables (en las cuales se encuentran las no imperativas, tal como las contractuales, pero en cuanto tales, irrenunciables —art. 12 LCT—) decide no hacerlo, pero al mismo tiempo *pretende no caer en la situación jurídica consecuente al incumplimiento.* El mero incumplimiento no constituye evasión de normas, sino directa y exclusiva actuación ilícita (194). Para obtener el objetivo de *irresponsabilidad* por el incumplimiento es que se recurre a la simulación ilícita y al fraude a la ley. Así, habrá maniobra fraudulenta a los fines de la aplicación de la consecuencia de la ley, cuando medie cualquier ingeniosa elección de *caminos desviados* para lograr que el incumplimiento de normas imperativas o irrenunciables quede a salvo de toda sanción (responsabilidad) porque otras normas, mañosamente elegidas, parecen consentirlo (195).

(194) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato, op. cit.*, p. 199.

(195) LÓPEZ, JUSTO, *Evasiones en el derecho del trabajo, op. cit.*, ps. 786/787.

Un hábil rodeo, *de un modo que no se perciba el incumplimiento.* Por ello mismo, los negocios fraudulentos son negocios *reales indirectos,* que tienden a conseguir, con la combinación de diversos medios jurídicos seriamente realizados, el mismo resultado que la ley prohíbe, o al menos, uno equivalente (196) (v.gr., la contratación bajo la forma de trabajo independiente a quien en los hechos se desempeña con las notas típicas de subordinación; el abono como beneficios de naturaleza social de prestaciones que en realidad retribuyen la dación de trabajo; la categorización como personal jerárquico a quien no lo es para evitar el abono de recargos por horas suplementarias, etc.).

El interés de la evasión, refiere López, viene de que el cumplimiento de la norma laboral tiene para el empleador un costo económico al que se agregan otros costos determinados por las normas del derecho de la seguridad social e incluso de convenciones colectivas que imponen otras cargas económicas (197). A los citados costos económicos se añade —cabrá agregar— el cumplimiento de toda una serie de cargas u obligaciones (documentales, de registración, de administración, etc.).

En la simulación o en el fraude, señala Ferrara, la ocultación ni pone ni quita al negocio realizado: apartado al velo engañador, queda el negocio en su verdadera esencia, en su realidad desnuda. "La simulación, más que un medio de eludir la ley, es un medio de ocultar su violación" (198).

La evasión de normas, empero, constituye una de las formas, mas no la única, de la patología jurídica (199).

c.2) Refiriéndose a una de las formas de "fraude", el relativo a la interposición de personas, sostenía Ferrara que los efectos de la interposición cesan cuando ésta (la persona) se emplea *in fraudem legis.* Desde el momento en que la ley quiere impedir un determinado resultado práctico —que una persona contraiga un vínculo

(196) FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos,* trad. de ALARD y DE LA PUENTE, Madrid, 1960, p. 82; LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato, op. cit.,* p. 202.

(197) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato, op. cit.,* p. 198.

(198) FERRARA, *op. cit.* p. 82; LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato, op. cit.,* ps. 201/202

(199) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato, op. cit.,* p. 199

incompatible con su situación, o que obtenga un beneficio vedado, etc.— es indispensable que la relación contraída por la persona interpuesta se declare nula, como si hubiera sido establecida directamente por la persona incapaz. La ley rompe el anillo de la interposición, y si la sanción de la ley es inferior a la nulidad total (simple anulabilidad, nulidad parcial) la relación establecida por persona interpuesta recibe el mismo trato que si se hubiere entablado directamente (200).

Allí, y como señala Clark, cuando se acredita dicha situación, así como los demás extremos que tornan operable la protección de las normas citadas, los jueces pueden considerar que en el caso no hay dos o más personas jurídicas distintas, *sino una sola bajo diferentes formas* (201). Y por aplicación de similar concepción de unidad sustantiva, el más alto Tribunal de nuestro país hubo de concluir, respecto de empresas del Estado diferentes, que no cabía distinguir entre los bienes de una y otra, ya que en definitiva su titular último es el Estado (202), o que los patrimonios de las distintas empresas estatales no serían del todo diversos puesto que se confundirían en su substancia (203), y lo propio hicieron demás tribunales inferiores (204) estableciendo que el Gobierno Nacional no revestía el carácter de tercero respecto de la empresa Ferrocarriles del Estado Argentino. Lo mismo cabría decir sobre la aplicación de dicho criterio de "unidad integral" a las sociedades privadas (205).

Como dice López, en caso de "fraude" a la ley, el acto fraudulento no es totalmente nulo, sino que está afectado de una *nulidad parcial* y la misma ley opera su *conversión* en otro acto válido no fraudulento. Así, en el caso de fragmentación de antigüedad por contrataciones y extinciones sucesivas de contrato de trabajo para

(200) FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de ATARD y DE LA PUENTE, Madrid, 1960, ps. 278/279, cit. por LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato, op. cit.*, p. 207.

(201) CLARK, *Summary of American Law*, p. 392.

(202) Doct. de Fallos: 252:375 (jurisprudencia que empero, algunos autores consideraron "peligrosa" en su momento: ROTH, ROBERTO, *La esfera de aplicación, op. cit.*, p. 272).

(203) CS, 28/2/1969, ED, 29-186.

(204) V.gr. fallo de la Cámara Civil, sala A, pub. en LA LEY, 122-557 (fallo 55.621).

(205) Fallo "Cía. Swift de la Plata S.A. s/Convocatoria", ED, 26/6/1972, fallo 20.302 (t. 43).

distintas empresas mediando fraude, no hay nulidad del contrato sino nulidad o irrelevancia de las extinciones; en caso de fraude por interposición de persona, lo nulo es la interposición y la relación de trabajo se convierte en una relación válida pero con otra persona o, si se prefiere, *también* con otra persona, la que "intentó" evadir su responsabilidad laboral mediante la interposición (206). Ello, conforme lo establece el art. 14, LCT.

c.3) En los supuestos de "interposición" de empresas la aplicación de los mecanismos de protección contra el fraude, no consisten sino, y tal como se puede apreciar, en el empleo de la doctrina de la *penetración* o *desestimación,* para hacer aplicación de la norma laboral en base al *fondo real* de la situación por encima de la forma jurídica (207), una manera de correr del medio la creación "artificial" para ceder paso a la "realidad" (208). A punto tal es así dicha aspiración, que algunos autores en la doctrina fiscal han considerado que resultaría más exacto hablar de "*teoría de la realidad*" en lugar de "teoría de la penetración" (209).

Nada antitético existe —y con las prudencias pertinentes— para la aplicación de dicho remedio o mecanismo protector en el derecho laboral, por su manifiesta compatibilidad con la filosofía y los mecanismos del Derecho del Trabajo puesto que la búsqueda de la verdad real, así como la primacía de ésta por sobre las formas y como derivación del principio protectorio, cabrá recordarlo, constituye precisamente y también, uno de los principios medulares sobre los que se asienta la disciplina jurídica del trabajo subordinado (210).

En dicho último ámbito, cabrá recordar, doctrina y jurisprudencia han aplicado pautas similares a las que informa la citada doctri-

(206) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de contrato, op. cit.*, p. 207; íd., *Algunas figuras de la simulación ilícita laboral, op. cit.*, p. 1091.

(207) MASNATTA, HÉCTOR, *El abuso del derecho a través de la persona colectiva (teoría de la penetración),* Ed. Orbir, p. 17; íd., GUTIÉRREZ ZALDIVAR, ALVARO, *La desestimación de la personalidad en las sociedades comerciales,* LA LEY, 147-1049; íd., CNCiv., sala A, fallo pub. en LA LEY, 122-557 (fallo 55.621).

(208) ROTH, ROBERTO, *La esfera de aplicación de la teoría de la penetración,* ED, 43-271.

(209) ROTH, ROBERTO, *op. cit.*, p. 274.

(210) PLA RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del Derecho del Trabajo,* Ed. Depalma, Bs. As., 1978, 1ª ed., ps. 243 y sigtes.; VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de Derecho del Trabajo,* de su dirección, t. 2. p. 270, Bs. As., 1ª ed.

na o mecanismo de protección a fin de desentrañar la realidad de los hechos encubiertos en figuras jurídicas simuladas o fraudulentas (211). Y no obstante que en este último campo el interés fundamental hubo de dirigirse a determinar las simulaciones y fraudes que se dan en el tipo de vínculo jurídico existente en las relaciones individuales, la aplicación del citado medio de protección también resulta viable cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador, se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable (212) a través de cualquier mecanismo de fraude a la ley societaria.

d) Acerca de la "temeridad"

d.1) El otro condicionante al que alude nuestra ley laboral para hacer operar la protección allí instituida es el de la *"conducción temeraria"*. A dicha situación, o bien no se la nombra demasiado en los textos, o bien se la pasa por los flancos con escaso detenimiento a la hora de definir su configuración, pese a que se trataría de un aspecto significativo en la economía de la norma habida cuenta su diferenciación respecto del otro de los elementos condicionantes y la diferente consecuencia jurídica que podría derivarse. De hecho, cabría v.gr. señalar que si mediaran conductas o maniobras de fraude, en el esquema de la ley y conforme se señalara, existiría la posibilidad de ocurrir no sólo a lo establecido en el art. 31, LCT, sino *también* a lo prescripto por el art. 14, mientras que en caso de mediar *sólo* una conducta que pudiere merecer el apelativo de *"temeridad"*, la consecuencia jurídica que se derivaría, a los fines que aquí se analizan, sería *sólo* la prescripta por el primero de los dispositivos citados.

d.2) El concepto "conducción temeraria" parecería aludir a una versión calificada de la culpa en grado tal subsumible en la noción de *"culpa grave"* o lata culpa, próxima al dolo, aun cuando sin llegar a confundirse con éste. Dicha noción de la culpa, por otra parte, no hubo de resultar ajena al legislador laboral que en los propios

(211) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La aplicación de la teoría de la desestimación de la forma de la persona jurídica en el derecho del trabajo*, TySS, 1973/74-624.

(212) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La aplicación de la teoría de la desestimación de la forma de la persona jurídica en el derecho del trabajo, op. cit.*

dispositivos de la LCT hubo de consignarla a la hora de establecer también determinaciones de responsabilidad (213).

De muy antiguos orígenes, y evoluciones mediante, la misma hubo de llegar y permanecer hasta nuestros días en la legislación comparada y de nuestro país, bien que en general con proyecciones delimitadas (214). Las distintas ramas del quehacer jurídico nacional han hecho recepción en tal sentido, y más de una vez, de dicha noción. Así se hizo en el derecho comercial (215), lo mismo que en el derecho aeronáutico (216), en el derecho de la navegación (217), y en varios campos más del ordenamiento nacional, y ella parecería corresponder al presupuesto mencionado en el art. 31.

Porque no otra cosa que una culpa grave o culpa calificada es lo que ha sido entendido en los distintos ámbitos para referirse a la

(213) V.gr., art. 12, ley 14.546; art. 4º, ley 9688, etc. Véase, asimismo, CABANELLAS, G., *Tratado de Derecho Laboral*, t. IV, p. 200; UNSAIN, A. DT, 1951-431.

(214) Véase al respecto, PETIT, EUGENE, *Tratado de Derecho Romano*, trad. de la 9ª ed. francesa, Bs. As., p. 602; LLAMBÍAS. J. J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, p. 181; SALVAT, R., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, Bs. As., 4ª ed., p. 58; BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, p. 86, Bs. As., 2ª ed.; íd. *Problemas de la culpa contractual*, LA LEY, 111-930; LAFAILLE, H., *Derecho Civil*, t. VI, Tratado de las Obligaciones, vol. I, p. 172; RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN, *Derecho Civil. Obligaciones*, 2ª parte, t. IV, núm. 790, p. 469, 1ª ed.; MAZEAUD, HENRI y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad delictual y contractual*, t. I, vol. I, núms. 38 y 39, trad. de la 5ª ed. francesa, Ed. Ejea; PLANIOL, MARCEL y RIPERT, G., *Tratado de Derecho Civil Francés*, t. IV, *Las obligaciones*, núm. 511, p. 712, trad. de M. DÍAZ CRUZ, Ed. Cultural, La Habana, 1946; MESSINEO, F., *Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís Melendo, t. IV, Obligaciones, Pte. Gral., Bs. As., Ed. Ejea, p. 235, ed. italiana, Dott A. Giuffrè, Milán, 1952; CAFARO, E. y CARNELLI, S., *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado*, t. I, p. 294 y sigtes, 2ª ed., 1981; íd., Cód. Civil de Chile (arts. 44 y 1547); Colombia (arts. 63 y 1604); Ecuador (art. 1537); Panamá (art. 34); Perú (arts. 1266, 1267, 1269 a 1271); Venezuela (art. 1270); Uruguay (art. 1344); Bolivia (art. 728); Cód. de Francia (arts. 804, 1374 y 1992), íd., en su momento, ley francesa del 19/5/1941; íd. del 16/11/1940 (art. 4º); íd., Cód. de Italia (arts. 491, 789, 1147, 1592, 1698, etc.); en su momento, Cód. alemán (arts. 521, 599, 860, 968); etc.

(215) En materia de seguros, el art. 70 de la ley 17.418, el art. 114 de igual norma; íd. HALPERÍN, I., *Lecciones de seguros*, p. 69, Bs. As., 1981; WETZLER MALBRÁN, R., *La culpa grave del asegurado y del conductor en el seguro de responsabilidad civil*, ED, del 27/4/1982.

(216) Así, la ley 17.285 (arts. 142 y 147) y Protocolo de La Haya de 1955 modificatorio del Convenio de Varsovia de 1929 ratificado por nuestro país por ley 17.386; íd. LENA PAZ, J., *Código Aeronáutico Anotado*, Bs. As., 1ª ed., ps. 118/119.

(217) Ley 20.094, arts. 278 y 340.

"temeridad": la acción u omisión con conciencia de la probabilidad de un resultado dañoso (218); la *asunción conciente e innecesaria de un riesgo probable* (219); la indiferencia del agente ante un resultado pernicioso que prevé posible o bien una temeraria confianza de evitarlo pese a ser objetivamente probable (220), y así, pues, parecería que debería ser efectivamente leído el concepto contenido en la norma del art. 31, LCT: el del empresario que con notoria imprudencia acomete osadamente la conducción de los negocios sociales, de modo innecesario y desaconsejablemente arriesgado, irrogando perjuicio a los derechos del trabajador y terceros.

No hay allí intencionalidad dirigida hacia el resultado dañoso o pernicioso, pero sí representación en el agente de su posibilidad de ocurrencia. El resultado dañoso no es querido, pero sí conocido como probable, y el resultado dañoso se consuma efectivamente. No hay, pues, asimilación con el dolo, pues media una línea de distinción conceptual con el mismo y allí radica su inescindibilidad esencial, más allá de la indudable proximidad entre una y otra figura, y es el de la *intención hacia las consecuencias del acto* (221).

Y, por encima de las corrientes que han propugnado una asimilación entre ambos conceptos, más por fines prácticos que por razones de substancia, lo cierto es que la categorización del dolo supone siempre la presencia del elemento intención específicamente dirigido a las consecuencias perjudiciales del acto u omisión, que falta totalmente en la noción de culpa grave (222), donde, si bien existe también un resultado dañoso, no es lo que se propone el autor. Hay, en suma, en la conducta *"temeraria"*, un perjuicio, sin pro-

(218) Art. 278, ley 20.094; íd. art. 340 mismo cuerpo legal.

(219) HALPERÍN, *Lecciones de seguros, op. cit.*, p. 69; íd. CNCom, 8/11/1974, ED, 61-489.

(220) C1ª Civ. y Com. San Isidro, 3/8/1976, LA LEY, 1977-A, 30.

(221) RIPERT y BOULANGER, *op. cit.*, t. IV, núm. 796, ps. 473/74. Véase, asimismo, REZZÓNICO, L. M., *Estudio de las obligaciones*, vol. II, ps. 1244 y sigtes., Bs. As., 9ª ed.; SPOTA, A., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Pte. Gral., Bs. As., 1967, p. 93; LLAMBÍAS, J., *Tratado, op. cit.*, t. III, p. 706.

(222) Véase, asimismo, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos del Derecho Civil*, t. I, vol. II, p. 439, Barcelona, 1959; SALVAT, R., *Tratado*, cit., ps. 126 y 130; KROTOSCHIN, E., *Tratado Teórico Práctico de Derecho del Trabajo*, t. I, p. 351; CICHERO, N., *La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968*, ED, 66-166.

ponérselo el agente, pero con conciencia de su parte acerca de la probabilidad de ese resultado.

e) La carga de invocación y demostración

e.1) En cuanto a la demostración del fraude laboral, el mismo ***no requiere de la acreditación de los elementos subjetivos*** que tornan operable la responsabilidad basada en la intención dolosa. Como señala la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, no se requiere ni la necesidad de acreditar un vicio de la voluntad de las partes, ni dolo del empleador o propósito fraudulento de éste o de ambas partes. El negocio fraudulento, negocio atípico e ilícito por su objeto (la evasión de normas imperativas y/o irrenunciables), "no requiere la existencia y la demostración de una intención subjetiva de evadirlas", ya que, como dice López en cita de Cessari, "*defraudar no es querer sustraerse a la ley, sino sustraerse a ella*" (223).

Lo propio ha acontecido, por lo demás, en el derecho fiscal, donde a los fines de la aplicación del mecanismo de la realidad económica y la solidaridad de sociedades integrantes de un conjunto económico, la doctrina judicial ha dicho que no se requiere el examen de "intenciones" subjetivas, un propósito de evasión, sino que basta la comprobación del hecho objetivo contemplado en la norma (224).

e.2) Constituyendo un presupuesto para la operatividad de la norma la existencia de "maniobras fraudulentas" o de una "conducción temeraria", las mismas deben ser *debidamente invocadas y acreditadas* en la causa, incumbiendo a quien alega su configura-

(223) CESSARI, *L'interposizione fraudulenta nel diritto del lavoro,* Milán, 1959, p. 6; LÓPEZ, JUSTO, *Ley de contrato, op. cit.*, p. 379; íd. CNTrab., sala X, 21/3/2002, "Torres González Silis c. Percivalle, Carlos y otros"; íd. sala VII, 9/11/2000, "Orsi, Carlos c. Wenlen S.A. y otros"; íd., sala X, 20/4/2001, "Meneses Gutiérrez c. Brugastro S.A. y otro"; íd., íd., 21/6/2000, "Carloni, Hortensia c. Roberto Jajam S.A. y otro", LA LEY, 2001-A, 35; íd., íd., 21/11/2000, "Oyoque, Oscar c. Externalización Global S.A. y otro", DT, 2001-1001; íd., íd., 28/8/2007, "Rueda Alfredo Oscar c. Miguel Robayna S.A. y otros"; íd., sala VII, 26/3/2003, "Godoy, Fernando c. Mar Abierto S.R.L. y otros"; íd., sala X, 20/11/2000; íd., sala VII, 14/12/1999, "Mora c. Biomédica S.R.L. y otro", DT, 2000-845.

(224) CS, 24/6/1964, "Bigarreau, Silca, S.R.L.", LA LEY, 116-426. Id. CS, 24/4/1959, "Notto y Cia. c. Dirección Gral Impositiva", Fallos: 243:332.

ción y, de acuerdo a las normas generales en la materia adjetiva, la *carga* de su verificación (225). Alguna línea jurisprudencial ha señalado no obstante, las dificultades que tanto en materia probatoria como valorativa se derivarían de la exigencia legal (226) y, avanzando más aún en un sentido atenuador, algunos fallos han llegado a sostener la inexigibilidad de acreditar los extremos indicados en determinados casos, señalando que la desestimación misma de la personalidad resultaría —según dijeron— abarcadora de dichos conceptos (227).

Vázquez Vialard también hubo de sostener en doctrina que en determinados supuestos, probado el "control" societario, podría disponerse la extensión de la responsabilidad más allá de que se hubiere acreditado fraude o temeridad, y ello, por efecto de la aplicación de la teoría de desestimación de la personalidad jurídica (228). Y más allá aún, ha estimado igual autor que podría hasta prescindirse en ocasiones, del carácter "permanente" exigido en la norma respecto del grupo si se configuraran los presupuestos para aplicar la teoría de la penetración o del fraude laboral (229).

---

(225) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales, op. cit.* p. 970; en igual sentido, CNTrab., sala X, 21/6/2000, "Carloni, H. c. Roberto Jajam S.A. y otro", LA LEY, 2001-A, 35; íd., 29/8/2007, "Rueda, Alfredo c. Miguel Robaina S.A. y otros"; íd., sala VIII, 23/5/1991, "Barea, Ramón c. Crédito Dinámico S.A. y otro", DT, 1991-B, 1968; íd., íd., 6/12/1999, "Gilio, Hugo c. Kanmar S.A. y otros", DT, 1997-A, 762; íd., sala VII, 14/10/1997, "Alarcón, Alberto y otros c. González, Norberto y otros", DT, 1998-A, 912; íd., íd., 30/4/1998, "Aresi, José c. Coprosol S.A."; íd., sala IV, 27/3/1991, "Apecena, Susana c. Good Flour S.A.", DT, 1991-B, 1469, TySS, 1991-823; íd., sala II, 29/10/1993, "Gauna, Silvina c. Stand Up S.R.L. y otros", DT, 1994-A, 222; íd., sala V, 18/3/1999, "Grand Jean, Norma c. Matarazzo S.A."; íd., íd., 19/10/1987, "Chaile, Miriam c. Baletos S.A. y otros".

(226) CNTrab., sala VIII, 19/4/2001, "Muente, Siro A. c. Laboratorio Armstrong S.A. y otros"; íd., 28/2/2003, "Rodríguez José c. Cablo Pampeana S.A. y otros".

(227) CNTrab., sala VII, 5/2/1996, "Beckman, Guillermo c. Hughes Tool Company S.A.", DT, 1996-B, 2109; 14/12/1999, "Mora, Ernestina c. Biomédica S.R.L. y otro", DT, 2000-845; íd., sala IX, 20/5/1998, "Kacenelson, Raúl c. Biomédica S.A. y otro", DT, 1999-A, 693; íd., sala X, 20/11/2000, DT, 2001-A, 1001; íd., sala IX, 29/6/2007, "Caracciolo, Sergio c. Hiperbroker S.A. y otro"; íd., íd., 23/6/1997, "Savoia, Roberto Luis c. Droguería del Centro S.A.".

(228) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, t. 2, p. 371, Bs. As., 1ª ed.

(229) *Op. cit.*, p. 371.

D. EL FUNDAMENTO DEL MECANISMO "SEPARADOR" DE LA SEPARACIÓN

1) La prescindencia de la regla general de la "separación" o de la "independencia", para ir más allá y responsabilizar a las distintas empresas de un grupo económico bajo la regla de la solidaridad aparece asociada a las nociones de *"desvío de los fines sociales"* y del *"abuso"* de la personalidad, siendo su finalidad, en el derecho laboral, la de procurar una protección eficaz de los derechos de los trabajadores.

En el derecho general se ha dicho que la creación o reconocimiento por la ley de la "personalidad" de las sociedades responde al propósito de satisfacer necesidades prácticas de la vida moderna y a través de la misma se procura la obtención de ventajas. Y, siendo que dicha creación o reconocimiento provienen del propio ordenamiento jurídico, los objetivos o finalidades deben ser, por definición, *legítimos* (230) y no fines antijurídicos. Dicha creación "artificial", en la expresión del *chief justice* Marshall, invisible e intangible creación, "existe sólo *para un fin jurídico*", se ha creado para que pueda ser sujeto de derechos y obligaciones y permite que, a través de las sociedades, las personas físicas persigan un objetivo comercial o industrial limitando su responsabilidad al aporte comprometido (231).

Por ello, y en tanto que tales objetivos se ciñeran a dicha condición, tal como se ha visto más arriba no parecería dable jurídicamente prescindir de la regla general de respeto de la persona jurídica, como sujeto de derecho con pleno valor dentro de la esfera para la cual ha sido creada (232), porque mientras la sociedad actuara dentro de los límites para los que le ha sido reconocida una personalidad independiente, ella sería indiscutible y no habría ningún motivo para negarla (233).

---

(230) PINEDO, ALEJANDRO y WATERHOUSE, ENRIQUE, *Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, ED, 10-873.

(231) ROTH, ROBERTO, *La esfera de aplicación de la teoría de la penetración*, ED, 43-271.

(232) SERICK, ROLF, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, p. 51.

(233) HALPERIN, I, *Sociedades comerciales*, p. 90.

2) Empero, cuando la entidad se aparta de esas finalidades legítimas que motivaran su creación o reconocimiento y, abusando de la personalidad independiente que la ley otorga a la entidad, se pretenden alcanzar objetivos que la ley repudia, esto es, utilizar la personalidad jurídica como medio permitido por la ley para alcanzar un fin prohibido por ella, tal como también se viera carecería de sentido el mantenimiento de aquella regla general o remedio técnico de la separación (la personalidad jurídica), porque el derecho aplica dicho remedio técnico *mientras se mantenga dentro de los fines perseguidos y previstos por la ley* (234).

Todas las ventajas propias de la personalidad moral son susceptibles de abuso, ha dicho Houin (235), y es tal ***uso "desviado"*** lo que se ha procurado remediar mediante la técnica de prescindir la estructura formal del ente para "penetrar" en el sustrato real a efectos de poner de relieve los verdaderos fines de quienes se cobijan tras la máscara de la persona jurídica (236). Como ha dicho la jurisprudencia norteamericana, los tribunales no pueden quedar impotentes frente a dicha realidad, y pensar que no pueden develar las maniobras que tienen por objeto oponerse a los fines del derecho; sugerirlo sería un insulto a la inteligencia de los jueces (237). De otro modo, se consagraría una burla a los fines lícitos de la persona jurídica (238).

Cuando así acontece, en que la "forma" (la personalidad) es utilizada con *fines de fraude*, resulta claro que se está dando a la personalidad moral de la sociedad un propósito diferente a los que motivaron su creación o admisión y que no puede ser en modo alguno amparado por el derecho, pues como ya se dijera, no es posible admitir que fines desviados que la ley rechaza puedan obtenerse con los instrumentos que ella misma crea (239). Similar base argumental última y con arreglo a lo prescripto por los arts. 54 y

(234) HALPERIN, I., *op. cit.*, p. 90.

(235) HOUIN, R., *El abuso de la personalidad moral en las sociedades por acciones, Derecho Francés*, LA LEY, 109-1053.

(236) MASNATTA, H., *El abuso..., op. cit.*, p. 17.

(237) Fallo de la Corte de Equidad del Estado de New Jersey cit. por MASNATTA, HÉCTOR, *El abuso del derecho a través de la persona colectiva*, Ed. Orbir.

(238) SC Buenos Aires, 25/4/1967, ED, 19-741, fallo 10.080.

(239) PINEDO y WATERHOUSE, *op. cit.*, p. 873.

279 de la LS, ha servido de fundamento, en nuestra disciplina, para extender solidariamente y a título personal a los administradores o directores de sociedades, la responsabilidad que incumbiera a la entidad de existencia ideal cuando la misma hubiera sido utilizada desviadamente para la consecución de fines ilícitos en materia laboral o de la seguridad social (240).

3) Pues bien, lo propio acontece con las sociedades emparentadas y/o vinculadas, o conjuntos económicos a los que alude la ley laboral en el art. 31. La regla general de la consideración "separada" de dichas sociedades es establecida por el derecho para que puedan obtenerse determinados fines que el ordenamiento jurídico no desaprueba. Mas ello mismo deja fijados los límites dentro de los cuales puede reconocerse vida propia e independiente a las mismas; si se abusa de dicha forma para alcanzar fines contrarios a la vida de las sociedades, según lo que ha sido previsto por el derecho, resultará posible prescindir de dicha separación. No pueden legalizarse, en mérito de los preceptos de lógica, ni al dogma de la diversidad, actos abusivos de ninguna naturaleza (241).

---

(240) Conf. CNTrab., sala III, 28/2/2006, "Alvarez Rivera, Joaquín c. El Lab taller de idiomas S.R.L. y otros"; íd., 13/2/2006, "Padilla Sanabria, Rosario c. C.I.5 S.R.L. y otro"; íd., 11/4/1997, "Delgadillo Linares c. Shatell S.A."; íd., sala IX, "Bezzato, Rubén A. c. Farmacia Diagonal S.C. y otros", 28/2/2002; íd. 22/11/2007, "Jimenez c. Molino Osiris"; íd., sala VII, 3/11/2006, "Magatelli, Ariel R. c. Edinta Constructora S.A y otro"; íd., sala X, 13/12/2006, *in re* "Posadas, Leonardo F c. Neotex S.R.L."; íd., 31/8/1998, in re "Gauna, María c. Nerone, Jorge D."; íd. FERREIROS, ESTELA M., *Responsabilidad personal e ilimitado de gerentes, representantes y directores de sociedades comerciales por créditos laborales*, Doctrina laboral-Errepar, septiembre de 1999, p. 700; MARTORELL, ERNESTO, *La responsabilidad solidaria de directores y socios de sociedades anónimas por fraude laboral*, LA LEY, 1999-E, 831, secc. doctrina; NISSEN, RICARDO A., *Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica*, LA LEY, 1999-B, 2; MADDALONI, OSVALDO, *Aspectos laborales en la extensión de responsabilidad a los socios, controlantes y directores de sociedades comerciales*, TySS, 2002-897 y sigtes. No ocurriría lo propio en relación a los socios o accionistas de la sociedad. Véase al respecto, SAN MILLÁN, CARLOS, *Responsabilidad personal de los socios por deudas laborales*, TySS, 1999-1029.

En la doctrina y jurisprudencia se han expuesto también opiniones divergentes: JUNYENT BAS, FRANCISCO, *Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral*, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, año 2000, N°1, p. 183; VARELA, FERNANDO, *El corrimiento del velo societario*, en LA LEY, 1999-D, 950, secc. doctrina; íd., CSJN, *in re* "Palomeque, Aldo René c. Benemeth S.A. y otro", 30/4/2003, íd. "Carcaballo, Atilano c. Kanmar S.A. y otros".

(241) MASNATTA, H., *El abuso..., op. cit.*, p. 22, refiriéndose al abuso de la personalidad jurídica.

El instrumento de la personalidad y el consecuente principio de la "separación" societaria al no contribuir a fines lícitos y admitidos por el ordenamiento legal, pierde sentido. No se puede admitir que en los hechos se consume un esquema de "titular aparente" de una relación para posibilitar a un titular "real", el incumplimiento de una obligación, la violación de una norma imperativa, la comisión de un hecho ilícito o la limitación indebida de su responsabilidad (242). El *fin jurídico* impone un límite a la utilización del instrumento jurídico de la personalidad y la separación societaria por lo que toda estructura que fuera en contra o en desvío de ello para obtener indebidamente conveniencias individuales, no respondería a la realidad (243).

Esa caída de la "limitación de la responsabilidad" que supone la personalidad o, en otra perspectiva, esa "extensión" de la responsabilidad para alcanzar a los sujetos que están "por detrás" en los casos en que ha sido utilizada la forma societaria para fines distintos o contradictorios de los que justificaron su nacimiento y estructuración, hubo de ser concebida como un recurso técnico de protección contra dichos casos de utilización antijurídica, y ello, al amparo de la ya vista doctrina y jurisprudencia de la "desestimación" (244), "allanamiento," o de la "penetración" de la personería, aplicable también al ámbito laboral. Dicho "apartamiento" o *técnica de protección* no configura una técnica que llame a desconcierto al jurista laboral porque ello resulta un mecanismo propio de protección también establecido para determinados supuestos por el derecho positivo y, como se viera, también en el Derecho del Trabajo. Si el derecho reconoce aptitud jurídica a determinados grupos, en *determinadas circunstancias,* es claro que también puede fijar en qué casos habrá de desconocer o limitar esa aptitud jurídica y sus consecuencias patrimoniales (245), de modo que mal parece que pudiera llamar a sorpresa ni considerarse irrazonable la solución

(242) FERNÁNDEZ DUQUE, CARLOS A., *Viejos y nuevos principios de la personalidad jurídica,* en Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, I p. 725; íd., VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La aplicación de la teoría de la desestimación de la forma de la persona jurídica en el derecho del trabajo*, TySS, 1973/1974-621.

(243) VÁZQUEZ VIALARD, A., *La aplicación...*, *op. cit.*, p. 621.

(244) La ya mencionada "disregard" del derecho norteamericano y otras tantas expresiones equivalentes o similares del derecho comparado

(245) GUTIÉRREZ ZALDIVAR, ALVARO, *La desestimación de la personalidad en las sociedades comerciales*, LA LEY, 147-1045.

de "descorrimiento" o "vinculación unificatoria" que, como mecanismo protector, instituyera el legislador laboral.

En efecto, siendo concebida la personalidad como un recurso jurídico, se admite que esa personería pueda ser limitada por el propio derecho que la admite, según lo aconsejan razones de política legislativa (246). Así, por lo demás, es que el propio derecho lo hace al establecer un régimen diferente, en cuanto a responsabilidad de los socios, entre algunas sociedades de personas y las sociedades de capital en determinados supuestos (247), de modo que mal podría producir perplejidad que en el ámbito del Derecho del Trabajo, y también por *razones de política legislativa —de protección—*, el legislador hubiera establecido un remedio técnico análogo para determinadas circunstancias de *excepción* en las relaciones que se dan entre grupos de sociedades ("empresas" según la formulación legal) y en determinadas condiciones.

Un aspecto que debe ser recordado en el punto es que la aplicación de la teoría de la "desestimación" o "inoponibilidad" de la personalidad no importa inoponibilidad de la sociedad, ni de su acto constitutivo (248). En tal sentido, es opinión generalizada que la desestimación hace referencia a la imposibilidad de invocar la plenitud de efectos de una situación reconocida por la ley respecto de sujetos determinados, y que la misma se distingue de la nulidad puesto que ésta provoca la disolución y consiguiente liquidación de la sociedad (249), que no es lo que acontece con la teoría que nos ocupa. Es en la actuación de la sociedad donde se centra el interés y la esencia de la teoría de la desestimación de la personalidad ju-

(246) GUTIÉRREZ ZALDIVAR, A., *op. cit.*, p. 1045.

(247) Tal, v.gr., el caso de reducción a uno del número de socios, en el período de mantenimiento admitido por la ley —art. 94, Ley de Sociedades— solución tampoco exclusiva de nuestro derecho ya que disposiciones análogas eran dables de localizar de antaño en el Código italiano (art. 2362); en la ley francesa (dec.-ley del 8 de agosto de 1935 complementario del art. 437 del Código de Comercio, y luego el art. 10 del decreto del 20 de mayo de 1955 relativo a la quiebra, etc.), y en varias otras legislaciones más.

(248) VERÓN, ALBERTO, *La personalidad jurídica societaria y los fraudes laborales*, LA LEY, 2005-F, 1147 y sigtes.; íd., ETCHEVERRY, RAÚL A., *Primeras ideas sobre la responsabilidad de la controlante en el nuevo régimen del art. 54 de la ley de sociedades comerciales*, LI, 1995-59.

(249) MARSILI, MARÍA, *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Estado de la cuestión y prospectiva en la Argentina*, Rev. Der. Comercial, 2002-62.

rídica societaria (250), y no en la existencia o persona del ente en sí mismo (251).

E. LA REGLA DE PRUDENCIA EN SU UTILIZACIÓN

1) Dado que la prescindencia de la "forma" de la personalidad jurídica, así como del principio de "separación" o independencia societaria, configuran una *excepción* a una regla (la de identidad de la personalidad), en principio, la ocurrencia a dicho mecanismo, en el esquema legal vigente, sólo podría proceder de modo *restrictivo*: cuando se acredite la efectiva consumación de un ejercicio de abuso o fraude y acotado a la particular situación del (los) caso(s) en que hubiere mediado la utilización abusiva o fraudulenta, guiando su aplicación con la debida cautela.

Serick señala que, como *pauta general* los tribunales de carecen de la facultad de prescindir sin más de la forma en cuestión y de las consecuencias que de ella resulten, *excepto cuando haya sido empleada para fines reprochables* (252), ello es, que la desestimación se hallaría limitada a casos concretos y excepcionales (253), pues cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulta de no respetar aquéllas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga (254). Como refiriera Vélez Sarsfield en su nota al art. 2513, toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye en juez del abuso no tardaría en constituirse en juez del uso y toda idea de propiedad y libertad podría ser perdida (255).

---

(250) CONTERNO, HUGO y MACAGNO, ARIEL, *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria (a propósito de una corriente jurisprudencial que lleva a reflexiones)*, Ed. Errepar, "Doct. Soc. y Conc.", oct. 2003, p. 191.

(251) VERÓN, A., *op. cit.*

(252) SERICK, ROLF, *Apariencia...*, *op. cit.*, p. 80.

(253) SERICK, *op. cit.*, p. 38.

(254) POLO DIEZ, ANTONIO, Prólogo a la obra de SERICK, *Apariencia...*, p. 18. Id, GUTIÉRREZ ZALDIVAR, ALVARO, *La desestimación...*, *op. cit.*, p. 1046.

(255) GUTIERREZ ZALDIVAR, op. cit., p. 1046.

En el ámbito del derecho comercial se ha puntualizado en tal sentido y en base a la elaboración doctrinal y jurisprudencial habida en dicho campo, que la aplicación de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria debería cumplimentar distintas reglas fundamentales, entre las cuales destácanse, justamente, la de observar un criterio de *extrema prudencia* o suma cautela (256) y del mismo modo, un ***criterio restrictivo*** y de excepción, so riesgo de caer en una amplitud tal que dejaría de hecho sin efecto el sistema y armonía que emana de los arts. 2º de la ley de sociedades, y 33 y 39 del Cód. Civil (257) y destacándose asimismo al efecto que la "desestimación" no es la regla, sino, por el contrario, lo es la restricción y el carácter excepcional del instituto (258). Recuerdan los autores de dicho campo, que la doctrina de la "inoponibilidad" o "desestimación" no constituye un instituto de aplicación automática sino estricta, ello es, una regla restrictiva que no admite aplicaciones extensivas a situaciones no previstas en la normativa (259).

La propia Corte Suprema de Justicia Nacional hubo de recordar la necesidad de conducir con suma prudencia también el examen y ponderación de los presupuestos que hacen a la procedibilidad de la citada consecuencia jurídica (260).

La regla general es, pues, la de considerar a las sociedades como entidades separadas, regla que, como vimos, podrá ser descartada, no obstante, en situaciones excepcionales en las que admitir otra

(256) VERÓN, ALBERTO, *op. cit.*; CONTERNO- MACAGNO, *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria*, Errepar, Doct. Soc. Conc., octubre 2003, p. 1030; íd., CNCom., sala B, 28/8/1979, LA LEY, 1979-D, 265; íd., sala A, 20/4/1981, Errepar, II, Sociedades, 010.003.002-14; íd., sala D, 13/7/2000, Errepar, II, 010.003.004, 44 - ED, 191-290 - LA LEY, 2000-F, 523; CCiv. y Com. San Martín, 2/9/1999, LLBA, 2000-86; CNCom., sala A, 25/6/2001, Errepar, 014-004-001, 3; íd., 11/9/2001.

(257) VERÓN, ALBERTO, *op. cit.* En favor de un sentido más amplio se expiden, en cambio, FILIPI, LAURA y GARCÍA, OSCAR, *Personalidad jurídica e inoponibilidad*, LA LEY, 2000-C, 1080.

(258) VÍTOLO, DANIEL, *Fraude, injuria laboral y el uso abusivo e inadecuado de la teoría de la 'inoponibilidad jurídica' por parte de los Tribunales*, en "Conflictos actuales en sociedades y concursos", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2002, ps. 267 a 270.

(259) CONTERNO-MACAGNO, *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria (a propósito de una corriente jurisprudencial que lleva a reflexionar)*, Errepar, Doct. Soc. y Conc., octubre 2003, p. 1030.

(260) CSJN, 23/11/1995, "Pellegrino, Jorge c. High Band SA y otros".

cosa importaría un obstáculo para la debida protección de derechos (261).

2) Por ello mismo, en principio no todo tipo de situación desfavorable tornaría aplicable sin más el mecanismo de extensión responsabilizante establecido en la ley. Así, v.gr., el solo hecho del cierre de una sociedad no siempre permitiría esa solución (262). La misma podría haber sido determinada por un riesgo propio de la actividad comercial o industrial, lo que de suyo no tendría la virtud de convertir a una sociedad real que adoptó una forma jurídica admitida por la ley (que limita su responsabilidad) en una mera "pantalla" (263). Para que esto proceda, en el esquema de nuestra ley actual la figura debería haber sido utilizada al efecto de producir una acción fraudulenta o mediando una administración temeraria.

Por lo demás, cabrá recordar, asimismo, que "incumplimiento" (a las normas laborales o de la seguridad social, o lo que fuera) no es lo mismo que "uso desviado" de la personalidad jurídica (264) por lo que la mera circunstancia que pudiere haber mediado una inobservancia a las normas irrenunciables del Derecho del Trabajo y/o de la Seguridad Social (v.gr., falta de pago en término de la remuneración; cálculo indebido del plus por horas suplementarias, etc.) no significaría de suyo la procedibilidad de la doctrina en cuestión (265).

También en la jurisprudencia española es dable recoger una pauta parecida a la hora de determinar responsabilidad solidaria dentro de los conjuntos económicos. El Tribunal Supremo hubo de señalar que no es suficiente que concurra el mero hecho de que

---

(261) Del caso "New Colonial Ice. Co. vs. Helverling", 292 vs. 435, 78 Law, 1348, 1353, cit. por PINEDO y WATERHOUSE, *op. cit.*, p. 874.

(262) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La aplicación de la teoría de la desestimación de la forma de la persona jurídica en el derecho del trabajo*, TySS, 1973/1974-627.

(263) VÁZQUEZ VIALARD, A., *op. cit.*, p. 627.

(264) Conf. SAN MILLÁN, CARLOS, *Responsabilidad personal de los socios por deudas laborales*, op. cit., ps. 1028 y sigtes.; íd. VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Visión desde el derecho del trabajo y de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social*, en Rev. de Derecho Laboral, 2001-I, p. 238.

(265) Véase en igual sentido CNTrab., sala VI, 7/3/2003, LA LEY, 2003 E, 394; íd., VERÓN, ALBERTO, *op. cit.*

dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores; sostuvo que sería necesario, además, la presencia de *elementos adicionales,* tales como una actuación unitaria del grupo o conjunto, una prestación laboral indiferenciada a favor del grupo y, en general, cuando concurre en su actuación una *utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente* en perjuicio de los trabajadores (266). Lo mismo hubo de sostener dicho tribunal al admitir la procedencia extensiva de responsabilidad en los casos que se verificare "la búsqueda de una dispersión o elusión de responsabilidades laborales" (267), "mediante la configuración artificiosa de empresas aparentes sin substrato real".

Es allí también, en definitiva —y nuevamente—, la existencia del abuso o *fraude,* lo que facultaría a correr el velo (268), y que es lo mismo que acontece en el aspecto con el dispositivo actual de nuestro art. 31 de la LCT.

(266) STS del 30/1990; en términos algo similares, STS del 9/5/1990 (Ar. 393); STS del 1/6/1978 (Ar. 2247); STS del 4/3/1985 (Ar. 1270); y 30/1/1990 (Ar. 233)

(267) STS, 6/5/1981 (Ar. 2103) y 8/10/1987 (Ar. 6973); 11/12/1985 (Ar. 6094); 3/3/1987 (Ar. 1321); 8/6/1988 (Ar. 5256); 12/7/1988 (Ar. 5802) y 1/7/1989.

(268) GUTIÉRREZ ZALDIVAR, A., *op. cit.* p. 1049.

Capítulo VII

En torno a la posible consideración de la empresa y de los grupos de empresas como sujeto jurídico

a) Si bien, como se ha visto, se compartiría en general por la doctrina, el concepto de que la empresa, en cuanto tal, no constituiría un sujeto de derecho, sino una entidad separada del empresario, quien se encuentra por encima de ella y resultaría el sujeto jurídico, algunos enfoques más recientes sobre el tema parecerían ir desprendiéndose por momentos de dicha concepción para tender a una visualización de la empresa como una *noción funcional*, y atribuirle, en determinadas circunstancias, consecuencias concretas al fenómeno de su existencia y su actuación en distintos ámbitos como unidad económica (1).

Las modernas tendencias doctrinarias sobre la temática mostrarían, en efecto, dos corrientes de pensamiento: (a) quienes tienden a ver a la empresa como un sujeto de derecho, incluso desplazando a la sociedad de dicha característica, corriente ésta sostenida especialmente en Alemania, y (b) la ya vista en capítulos anteriores de quienes que, sin llegar a plantearse el carácter subjetivo de la empresa, tienden a utilizar el concepto como un medio instrumental descriptivo de relaciones de organización económica para atribuirle a quien resulte su titular efectivo, *determinadas* consecuencias jurídicas.

En el derecho comunitario europeo se ha recurrido reiteradamente al concepto de empresa para atribuirle variadas consecuen-

---

(1) Manóvil, Rafael Mariano, *Grupos de Sociedades*, p. 36, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As, 1ª ed.

cias en lo jurídico, sin detenerse en la precisión de ese concepto, que la jurisprudencia utiliza atribuyéndole un alcance cada vez más amplio y flexible (2), tal como, v.gr. acontece, entre muchas otras normas, con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, donde el término de empresa comunitaria es considerado como *centro de imputación de relaciones y efectos jurídicos* (3), aún cuando se sostiene que la noción no puede tener sino el limitado significado formal de ente destinatario de algunas disposiciones comunitarias. Se conviene que, no obstante dichos reconocimientos parciales, el concepto de empresa como unidad económica *no tendría categoría de sujeto de derecho* en los Estados miembro del Tratado citado de la CECA, aun cuando, también debe señalarse, el Tratado de Roma hace una utilización particular del término en el art. 85, y basado en ella, se ha llegado incluso a concebir a la empresa como *sujeto jurídico* (4).

Otro tanto parecería acontecer con el fenómeno grupal de empresas, particularmente en las agrupaciones en vínculo de subordinación. En supuestos en que existen vínculos económicos de control entre dos empresas, la jurisprudencia de la Comisión de la Corte Europea se decidió por la superación de la forma jurídica de las dos empresas: se ha sostenido, en casos que la madre y las filiales realizaban entre sí, igual o muy similar actividad productiva, que la empresa controlada o filial, no constituiría a nivel comunitario, una empresa, sino que constituye un sector del patrimonio de la controlante, y esto incluso en los casos en los cuales la empresa controlada cuente con personalidad jurídica autónoma (5). Según Cerrai, el fundamento de dicha jurisprudencia radicaría en la *falta de autonomía económica* de las sociedades hijas con respecto a la madre (6), aunque el mismo se pronuncia disconforme con la jurisprudencia que atribuye subjetividad jurídica al grupo como

(2) MANÓVIL, RAFAEL M., *op. cit.*, p. 37.

(3) CERRAI, A., cit. por MANÓVIL, *op. cit.*

(4) BONELLI, F., *La nozione di impresa*, p. 38, cit. por MANÓVIL, *op. cit.*, p. 38.

(5) Casos "Grundig-Consten", 23/9/1964 y 13/7/1966; "SHV-Chevron", 20/12/1974; "Kabelmetal-Luchaire", 18/7/1975; "Kali und Salz. AG-Kali Chemre AG", 14/5/1975, "Van Vliet Kwasten - En ladderfabriek N.V. c. Ditta Filli della Crode", 1/10/1975, "Neverland. Vereniging voor Fruit en Groentenimporthandd Nederlandse Bond Van Grossiers in Zuidruchten en ander Gëimporteerd Fruit", 15/5/1975.

(6) CERRAI, A., *Concentrszioni di imprese*, p. 69, cit. por MANÓVIL, A., *op. cit.*, p. 40.

tal. Según dicho autor, lo que dichos fallos en definitiva habrían hecho sería declarar que las filiales, a causa de su falta de autonomía económica, no pueden ser consideradas "empresas", frente a sus sociedades madres (7). Para la Comisión, la *independencia jurídica* constituye, todavía, condición necesaria para que se esté en presencia de una "empresa", aunque dicha condición no resulta ya ser suficiente. Sería igualmente necesaria la *independencia económica*, que se halla presente en numerosos sujetos de derecho pero ausente en algunos de ellos, para los cuales todas o una parte de las responsabilidades de decisión dependen de la voluntad de una sociedad madre o de una dirección centralizada de un conjunto económico al que pertenecen (8).

Rivero Lamas se ha pronunciado marcadamente en contra de la técnica de atribuir relieve subjetivo al grupo, pues, según refiere, la especificidad de la figura del grupo no residiría en la unidad económica, sino la coexistencia de ésta con la pluralidad de sujetos empresariales que conforman el mismo (9), señalando que se trataría de una concepción que constituiría una palmaria significación que no se cohonestaría con la realidad socio-económica y mercantil de los grupos de empresas ni con las normas legales que son aplicables a dicha forma de integración de empresas, aun cuando reconoce la existencia de una abundante y muy elaborada jurisprudencia en España generada por el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de la Justicia en el ámbito jurídico laboral por el cual hubo de construirse un particular régimen de imputación de responsabilidades subjetivizando al grupo ante presuntas o reales situaciones de fraude o abuso de derecho (10). Para dicho autor y en cita de Pérez de los Cobos, se trataría de una jurisprudencia de "construcción endeble" desde el punto de vista dogmático y problemática desde el punto de vista práctico", que no se adecuaría a la función de la jurisprudencia, pues habría ido más allá de su tarea, estableciendo

(7) *Op. cit.*, p. 70.

(8) MANÓVIL, R., *op. cit.*, en cita de MACH, *L' Enterprise*, ps. 5 y 6.

(9) RIVERO LAMAS, JUAN, *La descentralización productiva* en "Centralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", *Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Zaragoza, mayo de 1999, pub. por MTAS España, 2000, p. 59, con cita de EMBID IRUJO y de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO.

(10) *Op. cit.*, ps. 62 y 60.

una pseudo regulación sin apoyo legal alguno (11), y sostuvo que debería excluirse la idea de subjetivización jurídica del grupo, respetándose la autonomía de actuación como sujeto empleador de cada una de las empresas agrupadas.

La doctrina alemana sería la que habría perturbado a los juristas latinos en el tema, con su postulación de fines del siglo XX tendiente a atribuir a la empresa calidad de sujeto de derecho (12), y aun con sus opositores en dicho propio país (13), y similares disputas serían dables de advertir en las otras legislaciones y doctrinas comparadas. Pero, por encima de dichas divergencias, y la afirmación categórica de autorizados autores de que la empresa, concebida como entidad económica, *nunca* podría ser considerada sujeto de derecho (14), cierto es que en la faz práctica diversas legislaciones en el plano supranacional, principalmente europeo, como en el nacional comparado, instituyen a la empresa como destinataria de la atribución de ciertos derechos y obligaciones, en suma de relaciones jurídicas, aun cuando siempre *con una connotación finalista específica*, según la naturaleza del bien jurídico que la norma trata de proteger o de los motivos de política legislativa que la hayan inspirado.

De todos modos, y como bien refiere Manóvil, habrá que señalar que la identificación y calificación como "grupo" no produce *per se* efectos jurídicos unitarios. Tener por existente un grupo puede engendrar efectos jurídicos muy diversos, dependiendo en todo caso de cuál sea la finalidad del legislador o del intérprete, o incluso, que *no se derive consecuencia jurídica alguna* (15).

En la doctrina comparada, Duque Domínguez también se ha pronunciado partidario del reconocimiento del grupo como una unidad o empresa a la hora de atribuir efectos jurídicos al mismo (16), y lo propio se advierte en los autores que militan en favor

(11) RIVERO LAMAS, J., *op. cit.*, p. 64, y sus citas de PÉREZ DE LOS COBOS y EMBID IRUJO.

(12) V.gr., ENDEMANN, VON VÖLDERNDORFF, VON OHMEYER, entre otros.

(13) MANÓVIL, A., *op. cit.*, ps. 58 y sigtes.

(14) MANÓVIL, A., *op. cit.*, p. 62.

(15) MANÓVIL, Rafael M., *Grupos de sociedades*, p. 159, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1ª ed.

(16) DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO F., op. cit., ps. 570 y 580.

de la *subjetivización del grupo* (doctrinas de la "subjetivización") tales como Isay, Rousseau, Coulombel, Despax, Vanhaecke y Hamel, entre otros, que enfocan a la unidad, que es el grupo, como *una nueva persona jurídica*. Así, Despax ubica a la unidad moral propia del grupo societario en la noción de empresa unitaria que comprende a la multiplicidad de sociedades, sobre la base de la concepción de la empresa como unidad con poder de decisión económica, autónoma y con un interés propio (17), y Hamel, quien propugnara que la cuestión debía ser objeto de maduración por la jurisprudencia y la doctrina, señalaba que "está probado que algún día será preciso dar existencia jurídica a esos grupos" (18). En igual sentido Isay refería que, el grupo o "*Konzern*", debe ser considerado como un sujeto de derecho en sí mismo, mientras que las sociedades integradas al grupo sólo *partes no independientes* de un mismo organismo (19). Dicha posición, empero, no habría sido mayoritariamente seguida. Según sostienen sus críticos, dicha propuesta, llevadas sus consecuencias al límite, importaría la desaparición de la individualidad jurídica de las sociedades integrantes, ello es, que importaría tanto como tratar a éstas como si se tratara de meras sucursales (20), y, asimismo, que la circunstancia de la identidad económica entre persona dominante y sociedad dependiente no basta para ignorar su independencia jurídica (21). La falta de elementos concretos de definición , así como, y fundamentalmente, la falta de atribución de efectos jurídicos a la figura por el ordenamiento, serían los otros fundamentos sostenidos por dichos objetores (22).

En nuestra doctrina mercantil, y tal como fuera señalado antes, Manóvil se ha pronunciado manifiestamente contrario a la consideración jurídica del grupo como empresa (23), aun cuando admite la extendida existencia de las corrientes que reconocen en la

(17) Despax, Michel, *L'Enterpise et le Droit*, L.G.D.J., París, 1967, ps. 106, 257 y sigtes. y 384 y sigtes.

(18) HAMEL, *La personalidad moral y sus límites*, Recueil Dalloz, 1949, t. I, p. 141.

(19) ISAY, RUDOLF VON, *Das Recht an Unternehmen*, Berlín, 1910, ps. 87 y sigtes., 96 y sigtes.

(20) MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 186.

(21) CAFLISH, Silvio, *Die Bedeutung una die Grenzen der Rechtlichen Selbtändrgkeit der abhängigen Gesellschaft im der Aktiengesellschaft*, P.G.Keller, Winterthut, 1961, p. 209, cit por MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 186.

(22) Así, v.gr., MANÓVIL, R., *op. cit.*, p. 188.

(23) MANÓVIL, RAFAEL M., *Grupos de sociedades*, Bs. As., 1ª ed., ps. 181/82.

estructura del agrupamiento una unidad empresaria, en numerosa doctrina y fallos de las más diversas latitudes, criterio que considera equivocado. Según refiere, "la personalización" o "subjetivización" del grupo, resultaría una errónea postulación pues el grupo no es, como principio, una empresa única. No lo es, en todo caso, cuando la actividad de cada sociedad, aunque próxima o complementaria, es heterogénea respecto de las demás. De todos modos, y aún como excepción, admite que en determinados supuestos la estructura grupal puede presentarse como una unidad integrada en la cual cada sociedad que la forma funciona como una mera división de esa "empresa única" (24), y así también admite que la concepción tradicional (que no concebía que la empresa se extienda por sobre varios sujetos de derecho) tiende a ser de a poco abandonada sobre la base de los elementos de la realidad económica-sociológica vinculados a la organización y a la voluntad dirigida al tráfico, y que ha dado lugar a una noción más amplia de la empresa, de alcance más extendido, que permitiría abarcar en ella al grupo (25). Cabría señalar en ese mismo sentido, que actualmente los autores aceptan que la noción de empresa no constituye un concepto estático e intangible en sí mismo y por propia naturaleza, ya que siendo que su base última es la realidad de las cosas, la economía y lo sociológico, la modificación de dicha base última que va operándose con los cambios producidos en la economía global y el tráfico jurídico, necesariamente va modificando de a poco el contenido de la citada noción. Como señala Verón, los nuevos hechos de la realidad empresarial conmueven no sólo la noción jurídica de sociedad, sino también la noción de empresa como elemento sustantivo, lo que obliga a ir conformando *un concepto más integrador* y pasible de receptar la fenomenología cambiante de los hechos económicos (26).

b) En cuanto al terreno normativo se refiere, diversos antecedentes se pueden encontrar en la legislación comparada en los cuales, a *determinados fines*, se trata a los grupos como una *unidad* y con atribución de derechos y obligaciones u otros efectos, propios o atinentes a la condición de empleador. Así, en España, el art. 2º del Reglamento del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas aproba-

(24) *Op. cit.*, p. 182

(25) *Op. cit.*, ps. 183/84.

(26) VERON, ALBERTO, *Sociedades comerciales*, 2ª ed., Astrea, Bs. As., p. 4.

do por Real Decreto 2384/91, en cuanto estableció que a los efectos tributarios se considerará como inexistencia de ruptura del vínculo laboral, en relación a la exención establecida en el art. 9º apartado primero de la Ley del Impuesto, cuando el trabajador fuera contratado nuevamente por la misma empresa o por otra empresa vinculada a aquélla por relaciones de filial o matriz y viceversa, dentro de los tres años siguientes a la efectivización del despido o cese. Similar regulación contenía el art. 10 del anterior Reglamento del Impuesto en cuestión, aprobado por Real Decreto 1841/1991. De igual modo, la Ley 22/1992 del 30 de julio, como así también su antecesora, el Real Decreto-Ley 1/1992 del 3 de abril, en materia de medidas de fomento de la contratación indefinida, estableció que debía considerarse al grupo de empresas como *una misma y sola empresa unitaria,* o, al menos, que los vínculos laborales mantenidos con las empresas de un grupo constituyen *una sola relación laboral,* a los efectos de la posibilidad de acceder a las ayudas o beneficios allí previstos como fomento de la contratación de ese tipo. Similar consideración del grupo de empresas apréciase en la Ley 10/1997, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa y grupos de empresa de dimensión comunitaria, y así también en el art. 51.14 de la LET cuando dispone la obligación de información tanto si la decisión de despido colectivo ha sido adoptada por la empresa empleadora o por la empresa que ejerza el control sobre la misma; el art. 9º del Real Decreto 1382/1985, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección, para el caso de un trabajador con vínculo ordinario que pase a prestar servicios de alta dirección en su propia empresa o en otra de mismo grupo. En igual línea, en Francia, la Ordenanza del 23/9/1967 que regulara el fenómeno del *groupement d' intérêt économique,* y luego, y siguiendo dicho precedente, la Comunidad Económica Europea aprobó el Reglamento 2137/85, del 23 de julio, que permitía y regulaba la constitución de dichas agrupaciones de interés económico en el ámbito comunitario, en los casos que las mismas superaran el marco de los Estados miembro, y a las que se denominara como Agrupaciones Europeas de Interés Económico (AEIE), a las que, constituídas con vocación de permanencia, se dotara de *personalidad jurídica propia,* estableciéndose por el citado Reglamento 2137/85 del ordenamiento comunitario y, como modo de protección de los terceros, que debían los miembros del grupo responder ilimitada y solidariamente de las deudas del mismo, incluidas las fiscales y de Seguridad Social. El dato resulta inte-

resante, aunque en el caso, dichos agrupamientos son más del tipo horizontal que vertical (27).

Con dicho mismo criterio, la ley 12/1991 de España sobre Agrupaciones de Interés Económico (AIE) y que reemplazaran a las "Agrupaciones de Empresas" reguladas por la Ley del 28/12/1963 y luego por la Ordenanza 18/1982, reguló dicho fenómeno dentro de ese país siempre que se tratare de grupos que no superaren dicho territorio. El art. 1º de dicha ley *acuerda personalidad jurídica propia* al grupo, estableciendo la aplicabilidad a las mismas, con carácter supletorio, de las normas sobre sociedades colectivas. Al igual que la normativa comunitaria, prohíbe su desenvolvimiento como grupo de tipo jerárquico, y se establece la responsabilidad personal y solidaria de los titulares de las empresas agrupadas, y que será subsidiaria respecto a la AIE. Para la obtención de la personalidad jurídica se exige la inscripción de la agrupación en el Registro Mercantil. Se caracteriza, en definitiva, a dichos agrupamientos con el mismo sistema de responsabilidad solidaria prevista en el Código de Comercio hispano para las sociedades colectivas, régimen que, al decir de Senra Biedma, refuerza el carácter *intuitu personae* que tendría el grupo y que en definitiva se volcaría en una mayor garantía para los terceros que se relacionan con el agrupamiento (28).

Precedentes jurisprudenciales extranjeros han adoptado también igual línea. Así, v.gr., el Tribunal Supremo español sostuvo que si bien aisladamente consideradas dos empresas tenían plantillas de determinada cantidad de trabajadores inferiores al máximo exigido que tornaba viables los procesos de amortización, en atención a tratarse las mismas de empresas que forman parte de una unidad de empresas, dichas cifras debían tomarse considerando al conjunto, por lo que concluyó en que no se encontraban las mismas facultadas para la amortización de puestos de trabajo (29).

---

(27) El art. 3.2. prohíbe expresamente, en tal sentido, a la AEIE ejercer directa o indirectamente el poder de dirección o de control de las actividades propias de sus miembros o de las actividades de otra sociedad, especialmente en los sectores relativos al personal, las finanzas y las inversiones.

(28) SENRA BIEDMA, RAFAEL, *Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo. Análisis Introductorio de la técnica jurídica de atribución de la condición de sujeto patronal*, en "Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo", Baylos y Collado eds., *op. cit.*, ps. 194/95.

(29) STS del 13/7/1990 (Ar. 6112).

De igual modo, la DGE y el Tribunal Supremo han señalado que en los expedientes de regulación del empleo que afecten exclusivamente a uno de los centros de trabajo de una empresa deben resolverse tomando en cuenta la *situación de la empresa en su conjunto*, y esa misma tesitura se hubo de aplicar, por extensión, a los casos en que el expediente afecte a una *empresa integrada en un grupo* (30), y así también que la verdadera situación de una empresa integrante de un grupo no es factible de ser conocida con el solo análisis de la documentación contable referida a la misma, ya que debido a la interrelación existente con las restantes, se debe considerar que, desde el punto de vista económico, se está ante una unidad de explotación (31).

c) En algunos fallos en nuestro país, hubo de propiciarse la consideración del grupo como empleador, señalándose que al efecto revestiría condición como de una sociedad de hecho y empleador plural en los términos del art. 26 LCT, por lo que se estaría ante un único vínculo y a cada una de las integrantes resultaría imputable la calidad de empleador (32). Se consideró al efecto al grupo como una suerte de *empresa* u organización, estimando a las distintas sociedades del mismo como meras unidades técnicas de ejecución de un negocio complejo en el marco de los arts. 5º y 6º, LCT, y que les colocaba en situación de empleador en el ámbito de lo preceptuado en el art. 26, LCT (33). Dicha misma consideración del grupo como una suerte de "sociedad de hecho" adviértese formulada también por algún sector de la doctrina comparada (34), aun cuando, no pacíficamente, ya que se objeta a la misma que el presupuesto del que parte, es el de la idea o tipo de agrupamiento de "coordinación", lo que es opuesto a la realidad del grupo de subordinación o dominio, que es lo que nos ocupa (35).

(30) Conf. Res. DGE del 29/12/1982, La Ley, España, 16/6/1983, p. 14, STS del 23/12/1975 (Ar. 4349).

(31) Res. DGE del 12/12/1980, íd. 24/12/1980, íd. 18/5/1979, 30/9/1980, 13/11/1980 y 26/11/1980, íd. 9/6/1983.

(32) Conf. voto Dr. Vázquez Vialard, fallo CNTrab., sala II, 13/7/2006, "Polutranka, María c. Consolidar ART S.A.", íd. 2/12/2005, "Giudici Ana María c. Consolidar AFJP S.A.".

(33) Conf. fallo "Giudici c. Consolidar" citado en nota anterior.

(34) V.gr., PIRAS, ANTONIO, *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, 1966, citado por DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO F., *Concepto y significado institucional de los grupos de empresas*, en Libro Homenaje a Ramón M. Roca Sastre, vol. III, Madrid, 1977, p. 574.

(35) MANÓVIL, R., *op. cit.*, ps. 184/85.

Capítulo VIII

¿Unidad de régimen convencional hacia adentro del grupo?

Otro de los interrogantes que plantea la creación de un grupo económico al Derecho de Trabajo es el vinculado al régimen jurídico a aplicar a los trabajadores que prestan servicios en dicho ámbito. El inquerimiento trasunta un doble orden de problemas: (a) el relativo a si debe existir una cierta homogeneidad en los contenidos de los regímenes convencionales de las distintas sociedades del grupo, y (b) la concreción de determinados derechos cuyo régimen jurídico varía en función de las características de la empresa (v.gr.: número de trabajadores, situación económica, etc.).

a) La primera de las cuestiones se traduce básicamente en si debe existir un régimen convencional único para todo el personal que se desempeña en el grupo, y ello, a mérito del principio de unidad de empresa que el grupo supone, o bien, el de unidad o igualdad de trato. Según señala Camps Ruiz, el problema en cuestión no se plantearía cuando se trata de grupos en los cuales no existe unidad empresarial ya que en tal caso cada una de las sociedades integrantes se regirá por el convenio que le resulte aplicable, y cuyos contenidos pueden diferir entre sí (1). Tampoco acontecería cuando, aún mediando unidad de empresa, las sociedades miembro tengan normativas convencionales específicas, ya que, de acuerdo con dicha especificidad, podría existir proliferación de diversos regímenes para un mismo grupo u organización. El problema se suscitaría, en cambio, cuando en un grupo, que es considerado como empresa unitaria, las sociedades respectivas no tuvieran regímenes

(1) Camps Ruiz, Luís M., *op. cit.*, p. 112.

convencionales específicos a nivel de empresa o establecimiento, ya que en dicha hipótesis resultaría menester determinar cuál sería el régimen convencional de nivel superior (sectorial, etc.) aplicable, y resolver si debería ser el mismo y único para todas las integrantes o no.

En España algún fallo del TCT entendió que el objetivo social de la sociedad dominada no debía considerarse diferenciado y separado del de la sociedad dominante, por lo que debía aplicarse *el convenio propio de la dominante* y no el que podría corresponder en base a la actividad específica de la dominada (2). En tal precedente, el tribunal concedió relevancia decisiva al *carácter unitario de empresa* que subyacería en el grupo de empresas en que media subordinación, y apartir de allí concluyó que todo el agrupamiento debía regirse por un mismo convenio, que sería el correspondiente a la *actividad principal de la empresa controlante* (*sociedad dominante*). Sin embargo, en otro pronunciamiento anterior, el mismo tribunal había arribado a una conclusión diferente, al señalar que cabría acordar relevancia a la *actividad específica de cada una de las sociedades*, y que las mismas no debían quedar sujetas al convenio propio de las restantes sociedades, sino el aplicable a su propia y concreta actividad (3). Según Camps Ruiz, quien estima que el diferente tratamiento apuntado reposaría más en la disimilitud de presupuestos fácticos, la cuestión se definiría en función de la doctrina relativa a las empresas que desarrollan "*una actividad compleja*", y señala que la jurisprudencia española hubo de admitir en ocasiones la *disimilitud* o diversificación intraempresarial de normativas convencionales sectoriales con base a determinadas características *territoriales* o *funcionales*. Así, en algún caso, y en cuanto al primero de los factores se refiere, la jurisprudencia consideró que tratándose de un empresa con varios centros de trabajo localizados en diferentes lugares, y regidos por normas diferentes, le eran de aplicación las normas que, vigentes en el lugar, resultaren *más favorables* a los trabajadores, al margen de las aplicables en el lugar donde se halle radicada la empresa (4). De igual modo, y en cuanto a los factores funcionales se refiere, la jurisprudencia señaló que el principio de unidad de empresa no era absoluto ya que *el mismo no*

(2) STCT, sent. del 19/4/1989 (AL. 863), citado por CAMPS RUIZ, Luís M., *op. cit.*

(3) STCT, sent. del 27/2/1987 (Ar. 4594).

(4) STCT, 31/3/1984 (Ar. 8338).

tendría aplicación cuando las actividades realizadas por la empresa sean variadas (5). El fundamento central radicaría, pues, en considerar la *naturaleza* de la actividad desplegada por las sociedades del grupo empresa unitaria: si se trata de actividades suceptibles de diferenciación o delimitación separada, cada una de ellas se regirá por la normativa sectorial que corresponda. Si dicha delimitación no fuera factible (v.gr., actividades idénticas, o bien, si se trata de actividades auxiliares o instrumentales), dicha falta de especificidad determinará la sujeción de todas las sociedades a la normativa convencional/sectorial correspondiente a la actividad única o principal (6).

Además de los factores territoriales y funcionales mencionados, otros dos factores hubieron de ser también señalados por la doctrina comparada para la dilucidación del aspecto. (i) Uno de ellos radicaría en cuál haya sido el *modelo de constitución* del grupo empresarial, y el restante (ii), cuál haya sido la *estrategia* del grupo en materia de negociación colectiva y de política de personal.

(i) En el modelo de formación del grupo por vía de "*Filialización*", se ha sostenido que dicha forma o proceso tiende normalmente a la aproximación de los regímenes convencionales ya que el desmembramiento o fraccionamiento societario supone generalmente una o varias transmisiones parciales de empresas desde la sociedad originaria a sociedades constituidas *ex novo*, cada una de las cuales se habrá subrogado en la posición contractual de la originaria. En cambio, si se tratara de un supuesto de formación por vía de incorporación de sociedades preexistentes la tendencia sería inversa ya que cada una de las sociedades o empresas incorporadas arrastraría su propio convenio (7). Más adelante volveremos sobre este mismo tema.

(ii) La estrategia del grupo tiene también significación a la hora de determinar el régimen convencional aplicable, ya que, en efecto, el grupo podría constituir uno de los posibles niveles o unidades de negociación colectiva, lo cual significa que dependiendo de la

(5) STCT del 12/3/1984 (Ar. 2332), STS del 11/5/1966 (Ar. 2247), STCT del 17/2/1978 (Ar. 1018), 16/2/1982 (Ar. 884), y STCT del 29/3/1985 (Ar. 2299).

(6) CAMPS RUIZ, L., *op. cit.*, p. 114.

(7) CAMPS RUIZ, *op. cit.*

orientación que se imprimiere al efecto, podría resultar tanto en un impulso, como en una obstaculización a la similitud entre los concretos regímenes de personal (8). Cabe recordar al efecto que en nuestro país la ley 14.250 contempla también como uno de los niveles de negociación colectiva, al de "grupos de empresas" (art. 4º), aun cuando no parecerían registrarse antecedentes sobre convenciones a dicho nivel, al menos en los tipos de agrupamientos a que se refiere este estudio (relaciones de asimetría), y sí se registrarían respecto de relaciones de coordinación o simétricas (9). En tiempos relativamente recientes algunos autores de la doctrina extranjera han propiciado la conveniencia de atribuir un papel a la representación colectiva y la negociación para situarla a nivel de "*redes de empresas*" siempre que éstas establecieran relaciones de colaboración estables, y aún si pertenecieran a sectores diferentes, como una forma de garantizar determinadas condiciones de trabajo a los trabajadores afectados por los procesos de descentralización productiva y para identificar al "interlocutor empresarial real" del cual dependen la actividad y las posibilidades de desenvolvimiento económico de las demás empresas (10) organizando las condiciones de trabajo en el marco de dichas redes empresariales. No obstante, muchas veces la carencia de estructuras de representación y de negociación adecuadas a dicho nivel que es dable apreciar en la legislación de los distintos países, conspirarían por el momento con dicha posibilidad de alcanzar un alto grado de homogeneidad en las condiciones de trabajo aplicable a todos los trabajadores (11).

b) La segunda de las cuestiones enunciadas al comienzo atiende a la determinación de regímenes jurídicos, derechos y deberes en la relación laboral que varían en función de la característica de la empresa. En tal sentido, cabría recordar que ciertos derechos y

(8) *Op. cit.*

(9) En tal sentido, resultarían, entre otros, los convenios de "grupos de empresas", nº 612/03, celebrado entre la Unión Ferroviaria y las empresas América Latina Logística Central S.A. y América Latina Logística Mesopotámica S.A., y nº 715/05 E, celebrado entre el sindicato La Fraternidad y las empresas América Argentina Logística Mesopotámica S.A y America Latina Logística Central S.A.

(10) CASAS BAAMONDE, María E., cit. por RIVERO LAMAS, Juan, *La descentralización productiva*, en "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Trabajo y de la Seguridad Social", Zaragoza, 1999, MTAS, 2000, p. 42.

(11) RIVERO LAMAS, JUAN., *op. cit.*, p. 43.

obligaciones se hallan ligados a la dimensión y características de la misma, o número de trabajadores que cuente en su plantilla, tal como la obligación de procedimentalizar la implementación de reducciones o suspensión de la plantilla, o reorganización de la empresa (como en nuestro medio acontece con el mecanismo establecido por los arts. 98 y sigtes. de la LNE, o en su momento por el decreto 328/88, y los decretos 264/02 y 265/02). A tal efecto, en la experiencia comparada hubieron de registrarse antecedentes jurisprudenciales y administrativos estableciendo que, siendo que el conjunto o grupo económico presentaba caracteres de unidad, debía el mismo ser considerado como una *empresa unitaria* y por ello el volumen de su plantilla debía computarse como una única empresa más allá de la apariencia formal derivada de una pluralidad de entes societarios (12). De igual modo se sostuvo que a los fines de los expedientes de regulación del empleo que afectan exclusivamente a uno de los establecimientos de la empresa, el cómputo de los parámetros de afectación material debía hacerse considerando a todos los establecimientos como un todo único, en su conjunto (13). Dicho mismo criterio fue extendido al caso de los *grupos de empresas*, en que el expediente respectivo afecte a una empresa del conjunto (14), siempre sobre la base de que debe contemplarse la empresa como un todo, una unidad, desde el punto de vista económico.

(12) CAMPS RUIZ, LUÍS M., op. cit. pág. 115.

(13) Conf. Res. DGE del 29/12/1982, en La Ley, España, 16/6/1983, p. 14; STS del 23/12/1975 (Ar. 4349).

(14) Res. DGE del 12/12/1980, y del 24/12/1980, íd. 18/5/79; 30/9/1979, 13/11/1980; 26/11/1980, 9/6/1983, íd., STS, 11/3/1981, Sala 4ª, íd. Res. DGE del 26/12/1944.

Capítulo IX

Descentralización por subcontratación u otras formas dentro de grupos económicos

La efectivización de procesos de descentralización en el seno de agrupamientos de empresas vinculadas entre sí resulta susceptible de producir una *nueva problemática* que ha de adicionarse a la propia ya existente en torno de las figuras de descentralización en sí mismas.

a) Frente a la modalidad ordinaria o común que ha venido presidiendo desde sus orígenes las normas de ordenación de garantías legales del trabajo en régimen de subcontratación, concebidas de ordinario más para relaciones *externas* de empresas estructuralmente aisladas y no tanto respecto de las relaciones *internas* entre empresas estrechamente imbricadas (1), aparecería en las situaciones que ocupan este estudio, la interferencia o inserción de un factor nuevo, o relativamente nuevo, que es el fenómeno del "grupo" en la mecánica de la subcontratación típica, provocando un elemento modificador respecto del supuesto base tradicional de la subcontratación. El debate jurídico se situaría aquí y entonces sobre un contexto de cambios en la organización de los sistemas productivos y en que resulta dable apreciar una "circulación de trabajos, tareas y funciones" dentro de redes de empresas situadas en relación de agrupamiento.

En el supuesto de producirse fenómenos de descentralización de actividades en el seno de agrupamientos que han sido dados en

(1) Monereo Pérez, J. L.,*op. cit.*, p. 258.

llamar y conceptualizar en nuestro derecho como "conjunto económico permanente", se trataría de procesos de subcontratación funcionalizados económica y laboralmente, en muchos casos posibles merced a las innovaciones tecnológicas que estimulan la descentralización por razones de una mayor especialidad o bien de áreas intensivas en mano de obra hacia otras empresas de menor envergadura dentro del grupo y, a veces, acompañadas de sendas externalizaciones de personal, todo lo que también provoca —al igual que en los procesos comunes de descentralización— una recomposición de los procesos productivos externalizando determinadas funciones de una empresa a otra, sólo que aquí vinculada al mismo grupo económico.

A veces, la lógica de los citados procesos respondería también a una finalidad de articulación tendiente a disminuir rigideces técnico-organizativas, laborales e institucionales para lograr una adaptación a una coyuntura de incertidumbre económica y a las variaciones de mercado, uno de cuyos elementos lo constituiría una flexibilización por vía de la citada descentralización (2).

b) Sin embargo, y a la hora del análisis de dicho fenómeno en el marco de nuestra legislación, distintos *inconvenientes* resultarían dables de advertir, principiando por el tema de las *"definiciones"*, ya que, como se viera antes, ni uno ni otro de los fenómenos que se conjugarían (descentralización y grupos económicos) parecería tener suficientemente resueltas aún las divergencias acerca de las nociones fundamentales que harían a la base conceptual de cada uno de ellos.

Por de pronto, y aun tratándose la descentralización por contratación o subcontratación un fenómeno que está adquiriendo cada vez más importancia en distintos sectores de la economía en muchos países del mundo, a pesar de ello no parecería existir aún hoy una definición unívoca e internacionalmente aceptada acerca de la misma (3), y lo propio ocurriría con la determinación de los demás supuestos que admitirían ser considerados también incluidos en el término "descentralización". De igual modo advertiríase aún

(2) MONEREO PÉREZ, JOSÉ L., *op. cit.*, p. 245.

(3) Conf. Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª Reunión, 1997, Informe VI (1), *Trabajo en régimen de subcontratación*, p. 1.

irresuelto el debate, y no sólo a nivel nacional, en torno a los presupuestos condicionantes de operatividad de las técnicas de protección existentes en las regulaciones laborales respecto del citado fenómeno, tal como en nuestro derecho se ha producido respecto de la noción de *"actividad normal y específica propia"* del establecimiento, y al igual que ocurriera en varios otros países con sendas otras expresiones análogas (4).

Otro tanto parecería ocurrir en el campo de los grupos económicos, en que, como también se viera en el capítulo respectivo, la definición establecida en la legislación acerca de los elementos de base de su conformación presentarían ribetes de insuficiencia, y de igual modo parecería advertirse necesaria una mayor precisión en torno a los presupuestos condicionantes de procedibilidad de la técnica de protección allí instituida.

Otro inconveniente no menor que resulta dable apreciar, es que los dos fenómenos que coincidirían constituyen *fenómenos complejos* donde quedan muchas veces comprendidos institutos jurídicos distintos, tanto del derecho del trabajo cuanto de otras disciplinas jurídicas, y con contenidos, fines, lógicas de desenvolvimiento de conflicto propias de cada uno de ellos, con lo cual, y según anticipáramos, cualquier solución que pudiere intentarse sin una *visión de conjunto* u omniabarcativa podría caer en riesgo de inadecuación o parcialización.

A todo ello cabría adicionar otro nivel de problemas y es el hecho de que no siempre las figuras de descentralización adoptadas resultarían demasiado nítidas de ser apreciadas en formas "puras" o ajustadas a los moldes previstos por la ley, por el hecho de que esas modalidades a veces se aplican de manera oficiosa, sin intención de ajustarse a las formas y procedimientos contractuales establecidos en las normas sobre el tema, y lo propio ocurriría con la visualización de los exactos tipos o moldes de relacionamiento empresarial ante los cuales podría estarse.

c.1) De cara a su situación frente a la ley vigente, una primera observación que cabría formular en el tema es que el fenómeno de

(4) V.gr., la noción de "propia actividad" contenida en el Estatuto de trabajadores de España, art. 42.

concentración empresarial, así como el de descentralización productiva por subcontratación, sea cual fueren las distintas definiciones que han sido internacionalmente ensayadas para tratar de comprenderlo, ello es, sea entendido éste como la subcontratación de una parte variable de la actividad que se venía desarrollando hacia otras empresas o personas no vinculadas laboralmente, o según otros autores, la sustitución de la producción interna por la colaboración exterior a través de distintas modalidades (5), o, tal vez con mayor propiedad como un "fenómeno económico multidireccional" (6), configurarían ambos, fenómenos de nuestros tiempos *reconocidos y protegidos por el derecho,* y que cuentan con su correspondiente amparo constitucional en la libertad de iniciativa económica y de propiedad que reconocen los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.

c.2) Una segunda línea de apreciación que incumbiría señalar es que, como principio, *ningún obstáculo ni impedimento existiría* en nuestro derecho para que ciertas formas comunes de descentralización tales como la de contratación y subcontratación en la producción de bienes o servicios, o incluso de subcontratación de personal pudieren implementarse en el marco de organizaciones o grupos empresariales ligados, tanto por vínculos de coordinación, cuanto mismo de subordinación, tal como en este último caso acontece, según ha sido entendido en doctrina y jurisprudencia, con la tipología de grupo que correspondería al previsto por el art. 31, LCT. La experiencia parecería indicar que los supuestos más frecuentes de utilización, hoy día, de las prácticas de subcontratación dentro de grupos de empresas se darían en el campo de los grupos de *coordinación,* en el marco de relaciones de cooperación entre empresas carentes de dirección unitaria en sentido estricto (7), mas también es dable apreciar, aunque en grado menor, supuestos diversos de subcontratación —incluidos los atinentes a descentralización productiva— dentro de grupos *jerárquicamente* alineados.

---

(5) Ver Informe OCDE, *La flexibilidad del mercado de trabajo. Nuevas tendencias en la empresa,* en OCDE, "Políticas de mercado en los noventa", Madrid, 1991, p. 265 y sigtes.; íd. MONEREO PÉREZ, JOSÉ L., *op. cit.,* p. 240.

(6) RIVERO LAMAS, J., *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo,* en Descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 21.

(7) MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.,* p. 240.

c.3) Un tercer aspecto a puntualizar, es que la subcontratación o descentralización productiva en el marco de un mismo grupo (subcontratación *interna* al grupo) se hallaría también enmarcada, como todas las de la especie, y como principio, en las reglas ordinarias atinentes al régimen de subcontratación, por lo que resultarían de aplicación a su respecto las normas sobre obligaciones y responsabilidad en el trabajo en subcontratación (art. 29 —en caso de subcontratación de mano de obra con arreglo a la ley—; art. 30 —en caso de subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios—, y demás normas concordantes de la LCT) (8). De tal modo, y de tratarse de contrataciones o subcontrataciones atinentes a la actividad normal y específica propia de la principal deberían cumplirse, v.gr., las exigencias legales de supervisión o control de la principal sobre la contratista acerca de los recaudos documentarios y del cumplimiento de las normas relativas al trabajo y la seguridad social (9). Ello, naturalmente, sin perjuicio de la posible aplicación de responsabilidad solidaria, en los casos de subcontratación a que alude el art. 30, LCT, para incumplimientos a las exigencias legales prescriptas.

d) Sin perjuicio de ello, la inserción de las prácticas de descentralización dentro del marco de grupos económicos no resultaría a su vez inocua, ya que ello implicaría *trasladar* al seno de los fenómenos de agrupación empresarial, el debate y las dificultades que se han dado en el ámbito propio de los fenómenos de subcontratación en sí mismos. Así, por caso, cabría recordar las ya mencionadas disputas doctrinarias y jurisprudenciales —aún hoy no resueltas del todo— que se han producido en torno a los condicionantes que tornarían operativa la protección instituida a ese respecto, o de la determinación misma del concepto de la actividad nuclear o sustantativa de la empresa principal en el marco del dispositivo que rige en la temática, así como también si podría hablarse en los casos de contratación dentro de un mismo grupo, de actividad estrictamente *diferenciada*, o bien, cuál sería y cómo se determinaría la actividad *"principal"*, todo ello, más allá incluso de la discusión

(8) En igual sentido, y para el derecho español, véase MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 257.

(9) Debe quedar claro, no obstante, que según una segunda corriente de opinión desarrollada en el campo de las subcontrataciones a que alude el art. 30, la carga de control de la empresa principal sobre contratista se extiende aun cuando la subcontratación se refiera a las actividades accesorias o secundarias.

habida en torno a la suficiencia o posible inadecuación de la protección en materia de subcontratación después de la reforma operada por la ley 21.297 y normas posteriores.

Debido a que se produciría una conjunción de institutos jurídicos, con independencia de la incorporación de las reglas propias atinentes al fenómeno de la subcontratación se unirían a las mismas y devendrían de aplicación, a su vez, y *además*, las reglas laborales específicas atinentes al desenvolvimiento del fenómeno de los conjuntos económicos, lo cual significaría que, al margen de las normas de protección atinentes a aquél, de configurarse una de las situaciones de ilicitud previstas por el legislador (maniobras fraudulentas o conducción temeraria), podría mediar extensión de responsabilidad a las demás empresas del grupo para el supuesto de subcontrataciones en el contexto de empresas vinculadas en relaciones de subordinación, de conformidad con la regla de responsabilidad emergente del dispositivo contenido en el art. 31 de la ley general.

e) No existiría, así, una ilicitud *ex lege* por la mera existencia de procesos de "descentralización" dentro de "grupos de empresas", sino sólo por *excepción* y en supuestos concretos en tanto y en cuanto se produjeran los presupuestos o condicionantes de ilegalidad que marca la ley. Se tratará, pues, de una *determinación a efectuar en cada caso*, a través del examen de todas las notas e indicios circunstanciales del supuesto de que se trate, para verificar si dentro del grupo económico existe realmente una subcontratación (o subcontratación "auténtica") o si, en cambio, no constituye una mera "apariencia" para brindar cobertura a una práctica de evasión de normas imperativas o irrenunciables, o bien, una conducción temeraria de los negocios sociales en demérito de los derechos de los trabajadores.

Quiere todo ello decir que de acuerdo al juego armónico de los dispositivos de protección contemplados por nuestro derecho para los supuestos legales que se yuxtapondrían (subcontratación y operatoria de conjuntos económicos), y conforme a la interpretación y tratamiento que hubieron de darse en doctrina y jurisprudencia en torno a la actuación de los grupos contemplados en el art. 31, LCT, dicho nuevo factor modificativo del clásico esquema de subcontratación sería en principio ***lícita***. Ello, en tanto no mediare fraude o temeridad conductiva.

Significa así, que se estará ante situaciones de legalidad cuando resultaren apreciables dos subjetividades diversas entre la persona del empresario principal y del contratista y subcontratista que actúan verdaderamente como empresarios y en la forma que caracteriza al tipo legal de la subcontratación prevista en el art. 30, LCT, o que no existiere una conducción dañosa en los negocios por la empresa principal con exposición y asunción conciente e innecesaria al riesgo, o (en los casos de subcontratación de personal) que la empresa proveedora se hallare debidamente habilitada por la autoridad para tal fin (arts. 29, últ. párrafo y 29 bis, LCT), y que el destino de los trabajadores fuere para la cobertura de necesidades de carácter temporario, etc. Sería lo que, conforme reseña Monereo, en el derecho español se conoce como "principio de *indiferencia* del fenómeno de grupo" (10) a la hora de analizarse la legalidad de los contratos o subcontratos dentro de agrupamientos de empresas.

Ciertamente, y como refiere también el mismo autor, el carácter vinculado de las empresas que intervienen en la subcontratación con una estructura de grupo que en ocasiones puede hacer desaparecer la autonomía económica y organizacional de las empresas agrupadas (situación particularmente evidente en las relaciones de tipo jerárquico —como el caso al que aludiría en nuestro medio el art. 31 de la LCT—) podría *facilitar* la cobertura formal de conductas no queridas ni amparadas por la ley (contrataciones *in fraudem legis*) bajo la apariencia de una subcontratación lícita (11). Pero no menos cierto resulta que ello, esa posibilidad, no autorizaría en derecho a descartar de antemano dicha clase de contrataciones en el citado marco, o a concluir, entonces, y también apriorísticamente, en la ilicitud de las subcontrataciones que se celebren en dicho esquema, pues sería una conclusión que iría más allá y en contrariedad del derecho para quien se trataría, como principio, de un mecanismo *admitido* por él. Sí supondría dicha posibilidad, y autorizaría a observar con especial *cuidado* dichas formas de implementación a los fines de evitar que, a través del empleo de tales mecanismos que la ley autoriza, se oculte en realidad la consumación de negocios jurídicos no queridos ni amparados por ésta.

(10) En el derecho hispano, y con similar sentido en general, véase así MONEREO PÉREZ, JOSÉ L., *op. cit.*, ps. 258/259.

(11) *Op. cit,*. p. 260.

Para ser *lícita* la descentralización, y por aplicación de las reglas generales de la subcontratación, el contratista ha de ser titular de una "actividad organizada" y gestión a propio riesgo, dirigiendo a sus trabajadores y asumiendo verdaderamente la posición jurídica de empleador (12), ello es, contando con patrimonio, instrumentos y maquinaria adscriptos a dicho fin; mediar recepción inmediata por el propio contratista del producto del trabajo de su personal; existir consistencia organizativa y directa indispensable para el desarrollo de su actividad empresarial; dirección y gestión propias; concurrir una asunción directa de los beneficios, riesgos y responsabilidades inherentes a la condición de empresario (13).

También, como recaudo de licitud, y por aplicación de las reglas generales, para el supuesto que la subcontratación se hallare referida a trabajos o servicios atinentes a la "actividad normal y específica propia" del establecimiento, debería darse debido cumplimiento con las obligaciones de contralor establecidas en el art. 30, LCT, en cabeza de la principal.

Como elementos a considerar a los fines de la determinación de la licitud de la subcontratación dentro de grupos económicos, y siempre apreciados *en conjunto* con otros, se han tenido en cuenta en la doctrina la posible falta de *diversificación o no de la actividad productiva* en el mercado de productos (ello es, que la subcontratista preste o no servicios a otras empresas clientes distintas de la sociedad madre o las empresas controladas por ésta); la eventual *exclusividad o no de la contratación* a favor de la sociedad matriz o de otras controladas por ella; la total *subordinación o no de la gestión empresarial*; la unicidad o no de la *dirección administrativa,* etc. (14).

La jurisprudencia española ha evidenciado también su aceptación respecto de subcontrataciones dentro de conjuntos econó-

(12) ALONSO GARCÍA, MANUEL, *Contrato de trabajo, subcontrato y cesión de mano de obra,* RPS, 45, 42, VALVERDE, MARTÍN, *Interposición y mediación en el contrato de trabajo,* RPS, 91, 54-66, cit. por MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 264.

(13) STS, 17/1/1991 (Ar. 58); SSTCT, 8/11/1988 (Ar. 7021); 13/5/1985 (Ar. 3605); STSJ Madrid, 10/9/1991, STSJ Galicia, 3/7/1991, STSJ Cataluña, 31/12/1991; SSTCT, 25/6/1986 (Ar. 5340); 6/5/1989, 4/1/1988 (Ar. 650); íd. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*

(14) MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 267.

micos, afirmando el principio de legitimidad de las prácticas de subcontratación entre empresas que mantienen entre sí estrecha vinculación, sin que ello suponga desdibujar los contornos de organización propia y gestión separada de las mismas (15). De igual modo ha señalado que el mero hecho de la vinculación preexistente que media en dicha clase de fenómeno, entre la empresa principal y la empresa contratista, no convierte por sí mismo a la subcontratación así concertada en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores (16). En ocasiones ha dicho que incluso la falta de dependencia económica no sería, de suyo, elemento determinante por sí solo para configurar el carácter ilícito de la subcontratación en dicho marco, sino sólo un indicio más a tener en cuenta a dichos fines (17). Se ha sostenido igualmente su validez a partir de distintas notas que servirían en principio para evidenciar la seriedad y la legitimidad del negocio jurídico. Así, ocurriría, v.gr., cuando el empresario subcontratista vinculado ostenta el *poder de dirección y el propio riesgo*, conservando con respecto a los trabajadores los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades inherentes a la condición de empleador (18), o cuando se verifica la concurrencia de una efectiva *autonomía decisional* de la empresa subcontratista, autonomía decisoria ésta que no debería ser confundida con la mera existencia de vínculos económicos entre las empresas agrupadas (19).

f) Sería en cambio ***ilícita*** la subcontratación dentro de un conjunto económico, si se probare, v.gr., la concurrencia de una maniobra fraudulenta o conducción temeraria, tornándose de aplicación en consecuencia en tales supuestos lo dispuesto por el art. 31, LCT (y sin perjuicio de lo previsto también por el art. 14). Resultaría así ilícita, cuando el negocio jurídico de la subcontratación fuere utilizado como una "mera apariencia para encubrir una cesión de

(15) STSJ Madrid, del 31/3/1991.

(16) Esto es, con referencia al art. 43 del ET que estableciera la prohibición del reclutamiento y contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporáneamente a terceras empresas (conf. STS del 13/12/1990). En nuestro medio, cabrá recordar, la normativa no establece siquiera una prohibición al efecto, sino que establece una vinculación directa en tales casos, con el empresario destinatario de la prestación (art. 29, LCT).

(17) MONEREO PÉREZ, JORGE, *op. cit.*, p. 260, nota 54 y su cita al fallo del TS del 13/12/1990.

(18) STS, del 17/1/1991 (Ar. 58).

(19) MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 262.

trabajadores", y una consecuente "interposición" indebida de persona (20), lo que se presentaría, v.gr., cuando el contratista (miembro del grupo) carece de organización y gestión propia y asimismo no asume la realización de la actividad específica objeto de la subcontratación bajo su propio riesgo, existiendo en cambio mera provisión de mano de obra (21), o en otros términos, una empresa *ficticia* o sin sustrato real. De igual modo lo sería, la creación de una nueva empresa por disgregación de una matriz, pero donde los trabajadores realizaran idénticas funciones para la empresa que los contrató y en el mismo lugar, sin que se produzca una novación subjetiva real en la titularidad empresarial (22), o la provisión de personal por una empresa no habilitada para tal fin, o bien, que se hallare habilitada pero las tareas a las cuales fueren asignados los trabajadores revistan condición permanente. En dichos supuestos, en rigor, se estaría ocultando al titular real de la relación de trabajo quien debería asumir, no sólo las facultades que en los hechos ejercería, sino también los deberes y responsabilidades propios del empleador (23).

Del mismo modo, y por aplicación de las normas generales relativas al fraude, no sería lícita la subcontratación si se tratare de la contratación de una empresa correspondiente a una sociedad sin personalidad o sin autonomía, sin patrimonio, ni medios personales propios, ni organización autónoma independiente, habiéndose desempeñado los trabajadores en el círculo rector de la principal, o si a través del negocio jurídico se encubriera una mera provisión de mano de obra.

Por ello mismo, en los casos de "interposición", tanto la normativa (art. 29 LCT) como la jurisprudencia consideran a la misma como una *presunción de la existencia de fraude* colocándose al trabajador en *relación directa* con quien aprovecha sus servicios y se hace solidario al contratante (24). Así también, la ausencia de diferenciación

(20) Conf. STCT, de España, 23/4/1982 (Ar. 2374); STCT, 4/12/1979 (Ar. 7296); 28/2/1979 (Ar. 1321); STS, 23/3/1984 (Ar. 1603).

(21) STSJ, Madrid, 10/9/1991.

(22) STCT, 6/3/1987 (Ar. 7055).

(23) STSJ, Cantabria, 29/7/1992 (Al 48 1992).

(24) CNTrab., sala V, 15/4/1998, "Santos, M. c. Rigamonti S.A. y otro", DT, 1998-B, 2075; CNTrab., sala I, 28/4/1986, "Ratnoldi C. y otros c. Cañogal S.R.L. y otro", DT, 1986- B, 1277.

en la figura del empleador ha sido igualmente considerada en nuestro medio como fraude habilitante de la solidaridad (25).

g) Habría pues, y de acuerdo con ello, dos perspectivas de dicho fenómeno: la de su vertiente lícita (26) configurada por una subcontratación regular, con base a técnicas de colaboración interempresarial entre empresas encadenadas, y modificativo del esquema tradicional de la subcontratación, y la de su vertiente *patológica* que sería cuando la descentralización apareciera consumada como una mera técnica destinada a la evasión de normas laborales imperativas o irrenunciables de protección del trabajador y con el solo fin de una reducción de costos, de riesgos, de flexibilidad en la utilización de mano de obra o de consumar una cesión ilegal de trabajadores (supuestos de intercambiabilidad ilícita) o de debilitamiento del poder de los sindicatos.

Monereo estima, con referencia al derecho español, que la responsabilidad solidaria debería extenderse también para los supuestos de subcontratación habidos en grupos económicos vinculados en relación de *coordinación* (27) y no limitarse a las vinculaciones de *subordinación.* Sin embargo, en nuestro medio, y conforme a lo enunciado en el dispositivo del art. 31 y a la caracterización que, según ha sido visto, fuera efectuada por la doctrina y jurisprudencia en relación al concepto de conjunto económico contenido en la ley, dicha extensión no parecería en principio posible, al menos en el estado actual de la interpretación predominante y, al menos también, con base (únicamente) a la regla del citado art. 31, LCT.

Quiere todo ello decir al mismo tiempo, que también respecto de subcontrataciones por descentralización productiva *interna,* hacia adentro del grupo económico (y tratándose de empresas agrupadas en relación de *subordinación*) resultaría posible la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el art. 31, siempre que se verifica-

(25) CNTrab., sala V, 25/6/2006, "Filocamo de Neira, Carolina c. OSUOMRA, Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la Rep. Argentina y otro"; íd., sala III, 31/3/1997, "Díaz, Juan c. Harengus S.A. y otros" (prestación indistinta para ambas empresas con fragmentación de antigüedad); íd., sala VI, 30/9/1985, "Muller Klauss c. Casa Denk Agros Boehierit S.A.", DT, 1986-A, 182.

(26) MONEREO, siguiendo a otros autores españoles, habla de una perspectiva "fisiológica" (*op. cit.*, p. 245).

(27) MONEREO PEREZ,*op. cit.*, p. 257.

re la comisión de algunos de los condicionantes establecidos en él por parte de las respectivas empresas integrantes del grupo.

Como mecanismo de protección, y al igual que lo que acaece en las hipótesis comunes comprendidas en el dispositivo, se produciría (y al solo efecto de imponer la responsabilidad indirecta —solidaria— allí prevista) una "relativa" unificación o *unicidad* del vínculo jurídico contractual a través de una reconducción de las empresas intervinientes en el grupo en una unidad de empresa.

h) Con todo, el citado mecanismo de protección contemplado por el art. 31, LCT no parecería de suyo ser suficiente respuesta para las diferentes cuestiones susceptibles de originarse con motivo de la aplicación de los fenómenos de descentralización en el seno de conjuntos económicos, lo que, como se dijera más arriba, llevaría a indagar una vez más acerca de la justificación de contar en la legislación con el concepto en sí mismo, o al menos tal como está, e inquirir si más que ocurrir a su aplicación (o además) no debería en cambio ocurrirse a los otros dispositivos de protección que también contiene la propia normativa laboral.

De hecho, la experiencia revela que no siempre se habría tenido en cuenta la diferencia existente entre unos y otros preceptos así como de los presupuestos que los determinan y sus diversidades, y de las distintas consecuencias jurídicas que se siguen de unos y otros.

Si, ante un supuesto de prestación de tareas por un trabajador que hubiere sido realizada de modo indiferenciado, simultáneo o sucesivo para distintas sociedades integrantes de un mismo conjunto económico, se concluyera que ha mediado un fraude a la ley laboral y que por lo tanto se estaría en presencia de un único vínculo laboral, de una "única empresa", de la que serían cotitulares, proindiviso, las distintas sociedades beneficiarias de las respectivas prestaciones laborales o implicadas en la confusión patrimonial, ello es, un único empleador, aún plural, que es quien hace suyo los frutos del trabajo ajeno, pues entonces habrá que decir que en lugar de hacer aplicación allí de la consecuencia jurídica establecida por el art. 31 de la LCT (o al menos no únicamente), propiamente incumbiría la aplicación de lo dispuesto por el art. 14 del mismo cuerpo legal, porque más que la articulación o comunicación de respon-

sabilidades (solidaridad) lo que correspondería es quitar validez al negocio jurídico, tal como hubiera sido concebido en origen, y reemplazarlo por otro (el real y con el titular real).

La consecuencia en cuestión *trascendería*, pues, en tales casos lo dispuesto por el art. 31 de la ley general, que se limita a considerar al grupo como una unidad pero *sólo a determinados efectos* (la mencionada extensión o comunicación de responsabilidades), pues, de aplicarse el art. 14, se consideraría al mismo como una sola unidad empresarial *a todos los efectos.* La distinción no es menor: el art. 31, LCT, supone la existencia de un vínculo laboral real y válido con el empleador nominal, aún cuando hubieren mediado las conductas que la ley sanciona, parte de cuyos efectos jurídicos, empero, se extienden a un tercero por vía de responsabilización indirecta. El art. 14, LCT, en cambio, supone la existencia de un contrato viciado, en todo o en parte, y por tanto irregular e inválido (en forma relativa) y la desestimación del mismo e imposición consecuente, según fuere el vicio, de una vinculación jurídica laboral *ab initio* directa con la empresa principal, así como de las obligaciones habidas en cabeza del empleador como propias, y las responsabilidades consecuentes por incumplimientos.

Quiere ello decir que si mediaren supuestos fraudulentos de descentralización productiva, la solución jurídica protectiva más parecería provenir en dichos casos, ya no de lo dispuesto por la norma específica que regula el desenvolvimiento de los grupos económicos, ello es, el art. 31 LCT, sino de lo prescripto para los casos de fraude por el art. 14, y en ocasiones, de la correlación de este último con el art. 29 LCT y demás normas de protección previstas en el mismo cuerpo legal.

Vázquez Vialard, ha sostenido también en supuestos de grupos económicos la posibilidad de que, en casos excepcionales, amén de la extensión de la responsabilidad, podría hacerse *imputación directa* de responsabilidad, por aplicación de lo dispuesto por el art. 14 de la LCT, cuando se acreditare que la constitución de la sociedad controlada lo fue a fin de interponer una persona, ello es, un fraude laboral (28).

(28) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de Derecho del Trabajo,* t. 2, p. 371, Bs. As., 1ª ed. En igual sentido, FERNÁNDEZ PREGO, JORGE, *Los grupos económicos de empresas y el derecho del trabajo,* DEL, t. 1, p. 207.

También en la jurisprudencia adviértense antecedentes relativos a grupos económicos en que hubo de establecerse que las distintas contrataciones de un trabajador para sendas empresas, debían ser consideradas una *contratación única* que no podía ser segmentada (29). Se ha dicho así, que mediando fraude, no existirían dos contratos y dos empleadores diferentes con prestaciones superpuestas en el plano temporal, sino que debían ser consideradas como una sola vinculación laboral con sujetos que conformaban un único centro de imputación (30).

Similar fundamentación parecería dable advertirse (bien que aplicado a una pluralidad de personas físicas) en algún pronunciamiento que hubo de atribuir condición de "empleador" en los términos de los arts. 21 y 26 de la LCT, a dos personas físicas que, más allá de quién figurase formalmente a cargo de la explotación comercial, habrían actuado en forma conjunta en el "rol" de empleador (31).

Lo propio habría acontecido en España. Al analizar la problemática que suscita el fenómeno de los grupos de empresas, y específicamente en materia de imputación de las responsabilidades empresariales en caso de fraude, Camps Ruiz señala la existencia de casos jurisprudenciales en que las consecuencias no habríanse agotado con la imposición de una responsabilidad solidaria, sino que (aun cuando en determinados supuestos de excepción) habrían ido más allá, en el sentido de haber *proyectado* la conclusión acerca de una única unidad "*sobre cualquier otro aspecto de la relación laboral*", como la exigibilidad de los derechos ligados a la dimensión o características de la empresa,

(29) CNTrab., sala VI, 30/9/1985, "Muller, Klauss c. Casa Denk Aceros Boehierit S.A.", DT, 1986-A, 182; íd., sala III, 21/12/1983, "Adano Juan c. Dresser Atlas Argentina S.A.", DT, 1983-A, 391 (voto Dr. Santa María); íd., sala IV, 24/3/1997, "Veiga, Roberto c. Centro de Asesoramiento Estético S.A. y otros", DT, 1997-B, 2278; íd., sala V, 30/6/1981, "Casella, Angel c. Crédito Automotor Argentino S.A.", ED, 93-763; íd., sala V, 12/7/1996, "Brancaleoni, Liliana c. Serono Argentina S.A. y otros", TySS, 1999-35 (consideración del grupo como "*empresa única*", mantenimiento de la antigüedad habida en la otra sociedad).

(30) CNTrab., sala V, 30/6/1981, fallo "Casella" cit.

(31) CNTrab., sala VII, 17/9/2003, "Pozzato, Verónica c. González Mallo, Brauilio y otro".

las instancias de representación de los trabajadores en la empresa, etc. (32).

Así, en algún caso el Tribunal Central de Trabajo consideró que una trabajadora empleada por una sociedad perteneciente a un grupo de empresas tenía derecho, a la finalización de una excedencia, a solicitar su reingreso en otra empresa del grupo en la que había vacantes y que con su empleadora formaban una unidad sustancial (33). Análoga proyección hubo de establecerse en el ya citado caso de contratación sucesiva de contratos temporales bajo la modalidad de fomento de empleo en distintas sociedades del grupo (34), lo mismo que considerar a las empresas conjuntamente a los fines de la determinación de los parámetros cuantitativos que tornan necesaria la procedimentalización de las extinciones colectivas de contratos de trabajo (amortización de puestos de trabajo) (35). La consideración del grupo como unidad, cabe ser señalado, hubo de jugar también "al revés", ello es, frente a los trabajadores respecto de sus débitos y responsabilidades laborales. Así, dicho mismo fundamento hubo de servir de base a la atribución del ilícito de concurrencia desleal a un trabajador de una empresa perteneciente a un grupo en razón de haber coincidencia entre la actividad realizada por el mismo para una tercera empresa, ajena, con la actividad de otra empresa del grupo (36).

La prestación de tareas por trabajadores de modo simultáneo e indiferenciado a varias sociedades del grupo, con independencia de la sociedad a la que estén formalmente adscriptos, y la constatación de la existencia de una plantilla única, ha sido también considerada en la jurisprudencia española como un supuesto de fraude laboral, y a partir de ello concluyó en la consideración de una especie de *"empresa única"*, de un único ámbito de organización y dirección, y de un único vínculo laboral entre el trabajador y las sociedades del grupo que utilizaron conjuntamente esos servicios (37). Señaló así

(32) CAMPS RUIZ, LUÍS MIGUEL, *Problemática jurídico-laboral, op. cit.*, p. 102.

(33) STCT, del 26/1/1988 (AL. 331); en análogo sentido STCT, del 23/4/1987 (Ar. 8381).

(34) STSS, Madrid, 2/4/1991.

(35) STS, 13/7/1990 (Ar. 6112).

(36) STS, 22/3/1991 (Ar. 1889).

(37) STS, 1/6/1978 (Ar. 2246); íd. STS del 13/7/1990 (Ar. 6112).

el Tribunal Supremo que en tales casos debería conceptuarse como empresario (empleador) al "grupo", pues "si frente a terceros son diversificables" las sociedades, "en el ámbito de las relaciones laborales internas la realidad muestra una empresa única nacida del agrupamiento de aquéllas" (38); con igual razón cuando, a su vez, media *"apariencia externa unitaria"*, ello es, la presentación externa del grupo como una única empresa, como una unidad creando la apariencia de que el grupo es realmente un todo unitario y que las relaciones se establecen con el mismo. En tales casos, ha sostenido el Tribunal, *el vínculo es con el grupo* y no con cada una de las concretas sociedades, o bien, que detrás de éstas cabe contar con la garantía o el respaldo del grupo en su conjunto (39). Lo propio hubo de concluir respecto de la concertación sucesiva de contratos temporales bajo la modalidad de fomento de empleo de un mismo trabajador dentro de un grupo de empresas y entre las cuales mediaba confusión patrimonial pues los salarios eran abonados por otra de las sociedades (40).

i) Un aspecto que debe tenerse debidamente presente, a la hora de evaluar la posible comisión de maniobras de fraude en el marco de subcontrataciones dentro de conjuntos empresariales, es que la misma, así como la consiguiente licitud, debería ser necesariamente apreciada a través de una *conjunción de factores* o aspectos y no aisladamente o sólo a partir de unos pocos elementos.

Existen en tal sentido manifestaciones o circunstancias fácticas sobre las cuales varias veces han sentado sus reales los tribunales al momento de las definiciones relativas a la existencia de fraude por interposición de personas pero que, individualmente consideradas, podrían dar lugar a significativos equívocos en el terreno que nos ocupa. Cabría así mencionar, por caso, el hecho del traspaso de algunas de las expresiones de los considerados clásicos poderes del

(38) Fallo cit.; íd. STS del 4/12/1984 (Ar. 6332); STS del 4/3/1985 (Ar. 1270); íd. del 9/2/1987 (Ar. 800); íd. del 7/12/1987 (Ar. 8851), 8/2/1988 (A594) y 13/7/1989 (Al. 1160); sent. Tribunal Constitucional de Trabajo del 21/3/1980 (Ar. 3122); 20/6/1983 (Ar. 5838); 3/2/1984 (Ar. 939); 13/5/1985 (Ar. 3606); STCT del 19/2/1986 (Ar. 1020); 11/3/1986 (Ar. 1627 y 1639); 19/6/1986 (Ar. 4657); 28/10/1986 (Ar. 10.337); 16/12/1986 (Ar. 13.899); íd. STSJ Galicia, 14/3/1992 (Al. 953) etc.

(39) STS, del 22/12/1989 (Ar. 9073), con cita de la STS del 31/5/1988 (Ar. 4681); íd. STS del 5/1/1968 (Ar. 126) y STC del 27/6/1983 (Ar. 6109).

(40) STSJ, Madrid, del 2/4/1991 (Al. 928).

empleador para ponerlos en cabeza de la otra empresa (a la sazón, la subcontratista).

Uno de los llamados poderes típicos del sujeto empleador, según ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia, y al que nuestra legislación ha hecho expresa mención, es el de "organización", que ha sido estimado como potestad "natural" que incumbiría al empresario empleador (41) y que haría a la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que se ha decidido instalar y a la ordenación de las singulares prestaciones laborales. Sin embargo, si bien ello es "naturalmente" así, existen ocasiones especiales o de excepción en las cuales dicha potestad —algunas de sus manifestaciones—, en origen propias del empleador, se "trasladarían" en cabeza de un tercero jurídicamente ajeno a la vinculación individual de trabajo, por lo que más propiamente debería decirse que se trataría de una facultad, si bien natural, y hasta "necesaria" como ha sido también señalado en doctrina (42), que no residiría siempre exclusivamente en el empleador sino sólo principalmente.

Uno de los supuestos en que operaría esa suerte de traslación parcial (o más propiamente, "participación" del tercero en ciertas potestades propias del empleador) sería el de la *provisión de trabajadores* a través de los mecanismos que la legislación de fondo autoriza y que también podría darse entre empresas de un mismo conjunto económico (caso que la proveedora se hallare habilitada para tal fin y se tratare de la cobertura de necesidades de carácter temporario o transitorio). En la relación de derecho común instituida entre las empresas, y perfectamente válida en la medida que se cumplieren los recaudos que prescribe la ley, se establecería una *adicional titulación* en el ejercicio de dicha potestad así como también de ciertas manifestaciones del poder de dirección, esta vez entre los trabajadores de la subcontratista y la empresa usuaria. Dicha participación se tornaría más notoria al evidenciarse que aspectos básicos del desenvolvimiento de los trabajadores en el seno de aquella última resultan de indudable ordenación por

(41) PALOMEQUE LÓPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Madrid, 1997, p. 704; íd. MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*, 11ª ed., Madrid, p. 352.

(42) LÓPEZ, JUSTO, en *Ley de contrato, op. cit.*, p. 81.

la misma, tal como la asignación de la tarea a realizar, la determinación del cómo, del cuándo y del cuánto de la tarea a ejecutar, así como su inserción y coordinación con la tarea del personal propio, el impartir órdenes e instrucciones para tal fin, y plurales aspectos más en similar sentido. Ello mismo ha llevado a algunos autores a hablar de un fenómeno lícito de *doble titulación* o esquema triangular compuesto por *"un trabajador con dos empresarios"* (empleadores) (43), y que en tales casos "son dos los poderes de dirección que sobre el mismo gravitan" (44).

Dicha suerte de ejercitación funcional por el tercero de ciertas potestades que resultan propias del empleador en el marco de un contrato común de trabajo, no significa la comisión de maniobras evasivas configurativas de fraude a la ley laboral, ya que dicha ejercitación resultaría consustancial con las particularidades de dicha forma de subcontratación y un esquema admitido por la propia legislación sustantiva, siempre que se cumplieran los recaudos respectivos exigidos por la ley. De tal modo, la sola consideración de la sede en que residiría la ejercitación de las facultades de dirección y organización resultaría —en tales supuestos— un procedimiento de análisis de base inapropiada, por insuficiente, y que tornaría más que necesaria una apreciación conjunta con demás otros factores de determinación.

No ocurriría lo propio, en cambio, en los casos de subcontratación de obras o servicios atinentes al establecimiento de la empresa usuaria, ya que en tales supuestos el poder de organización (y el de dirección) permanece en forma individual radicado en cabeza de la empleadora.

j) Otro aspecto que debería tenerse presente, y conforme se ha sostenido en el capítulo pertinente, es que en el diseño legal vigente el ocurrimiento al mecanismo de protección contemplado por la ley para los casos de subcontratación en el seno de un conjunto económico permanente se traduciría en principio, y como regla, *solamente* en el establecimiento de una *solidaridad* de las integrantes,

(43) PALOMEQUE LÓPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo, op. cit.*, ps. 715 y 718.

(44) PALOMEQUE LÓPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA, *op. cit.* Véase igualmente OIT, Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª Reunión, 1997, ps. 10/11.

y que el mismo, a su vez, no operaría de suyo, y automáticamente, por el solo hecho de la condición grupal a la que pertenecería la empresa principal, ya que ello en sí mismo *configuraría un supuesto admitido* por el legislador. Sólo cuando mediaren los supuestos de excepción que la propia normativa contempla (fraude o temeridad conductiva) la subcontratación trastrocaría en ilícita y procedería la extensión o articulación responsable allí establecida. Ello, claro está, sin perjuicio de la posible aplicación de la protección prescripta por el dispositivo contenido en el art. 14, LCT, así como, según la situación, también el del art. 29 y demás normas concordantes de igual normativa, para los casos en que hubieren mediado maniobras de fraude o provisión de mano de obra. No ocurriría eso último, en cambio, de registrarse sólo temeridad en la conducción de los negocios, ya que, de acuerdo al diseño legal, la consecuencia se circunscribiría allí a lo previsto por el art. 31.

CAPÍTULO X

OTRAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-LABORALES DERIVADAS DE LA CREACIÓN DE GRUPOS DE EMPRESAS

SUMARIO: A. Aspectos generales.— B. Sucesión de empresa y transferencia de los vínculos laborales.— C. Otros efectos jurídico-laborales de los procesos de filialización.— D. La cesión de personal hacia las nuevas empresas creadas "ad hoc" u otras ya existentes dentro del grupo.— E. Posibles deberes de información vinculados a procesos de descentralización por formación de grupos económicos.

A. ASPECTOS GENERALES

Se ha dicho más arriba, que la creación —o ensanchamiento— de un grupo de empresas puede responder a una estrategia empresarial de concentración económica y que también puede obedecer, en dicha misma línea, a una estrategia de descentralización productiva: así ocurre, v.gr., con los procesos de *filialización empresarial*, según la denominación comúnmente empleada para referirse a su respecto por la doctrina hispánica, y que opera a través de algunos de los modos o esquemas de reorganización empresarial ya vistos con anterioridad, ello es, a partir de la descomposición de una empresa, normalmente de grandes dimensiones —no necesariamente— y de configuración societaria, en toda una miríada de empresas menores, cada una de las cuales concurre al mercado como una sociedad con personalidad jurídica diferenciada, pero que mantienen entre ellas relaciones de todo tipo, en virtud de su pertenencia a un mismo grupo empresarial (1).

(1) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO, *Filialización y grupos de empresas*, publicación del "X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", MTyAS, 2000, ps. 620/30.

Como señala Rivero Lamas, las formas y consecuencias que suele modernamente asumir la descentralización productiva obligan a los juristas a revisar las categorías jurídicas de calificación y el régimen jurídico de los trabajadores, los límites entre los sectores del ordenamiento y el régimen de responsabilidades empresariales y a proceder a intentar reconstruir un orden sistemático del Derecho del Trabajo que la realidad económica y jurídica se ha encargado de desvirtuar (2). Ello es, se está ante "*realidades jurídicas nuevas*", ya que la descentralización productiva, según se dijera en otro lado, constituye hoy en día un "fenómeno económico multidireccional". Y en dicho espectro, los procesos de formación de grupos como parte del "superconcepto" de Vicent Chulia que agrupa la transformación, la Fusión y la Escisión, y que es el de "*modificaciones estructurales*", y su resultante, los grupos de empresas, aparecen como una figura regulada en forma sólo fragmentaria y diversa en la mayor parte de los ordenamientos. Tal vez por eso mismo es que Embid Irujo denominó a dichos procesos como "la nueva frontera del Derecho de la Empresa", cuya línea de demarcación no resulta suficientemente clara y que no se ha sido aún debidamente explorada en sus dimensiones tanto individual como plural (3).

En los procesos de *filialización* se produce una "pequeñización interna" (4) o "adelgazamiento", pues se trocea la estructura empresarial en una serie de empresas menores cuyos titulares son sociedades creadas "*ad hoc*", con intensas participaciones accionariales cruzadas, y se establecen relaciones económicas de colaboración entre ellas, muchas veces al dictado de la sociedad matriz del grupo. Y paralelamente, y como se viera antes, se reajusta la estructura productiva y de servicios de dichas empresas circunscribiéndose a los segmentos del ciclo que aportan mayor valor agregado mientras que se externalizan los restantes (5). La filialización en dicho marco no aparece, sino, como producto de una estrategia de descentrali-

(2) RIVERO LAMAS, JUAN, *La descentralización productiva*, en Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, "X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", MTAS, España, 2000, p. 19.

(3) RIVERO LAMAS, *op. cit.*, p. 58.

(4) CASTILLO, J. J., *El trabajo del sociólogo*, Madrid, 1994 p. 281 cit. por PÉREZ DE LOS COBOS.

(5) PÉREZ DE LOS COBOS, *op. cit.*, p. 631.

zación productiva (6). En el supuesto que nos ocupa, la externalización o descentralización se realiza hacia una empresa creada "*ad hoc*".

Las razones que llevan a adoptar una estrategia de filialización pueden ser varias, aunque en su sustancia resultarían las mismas que llevan a las estrategias de descentralización en sentido genérico:

(i) Por un lado, salvar a las ineficiencias derivadas de estructuras de amplio porte, dotando a la empresa de vitalidad apropiada para *adaptarse* a los cambios del mercado y mejorar sus niveles de competitividad;

(ii) Por el otro, *motivos económicos*, ya que muchas veces abarcar todo el ciclo productivo puede originar ineficiencias y deseconomías en la organización de la empresa, por lo que se reservan las fases estratégicas del ciclo —las más rentables— y se externalizan las restantes, controlando indirectamente la realización de las mismas (7). Dicha externalización, según fuera señalado en el capítulo respectivo, resulta funcional y económicamente favorable, pues permite beneficiarse de capacidades que no se cuentan, se garantiza de alguna manera la renovación tecnológica y se reducen costos. Esta ha sido desde mediados de los ochenta, una estrategia significativa de descentralización (8) consistente en la multiplicación de filiales, la distribución funcional entre éstas y el establecimiento de una red de relaciones contractuales y de colaboración entre la empresa matriz y las filiales. El mercado, ahora a escala mundial en virtud de los fenómenos de globalización, exige, para poder adaptarse al mismo, información rápida y veraz sobre los cambios que allí se produzcan, así como flexibilidad en la conformación de las empresas para adaptarse prontamente a esos cambios, y ello es lo que determina la segregación o achicamiento hacia unidades productivas menores y más dinámicas, que se revelan más aptas y flexibles para la consecución de aquellos objetivos.

---

(6) RIVERO LAMAS, JUAN, *op. cit.*, p. 39.

(7) BLAT GIMENO, FRANCISCO, *Análisis Jurídico laboral de la descentralización productiva*, tesis doctoral, p. 15, cit. por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *op. cit.*, p. 633.

(8) GÓMEZ VALVERDE, A., *De trabajadores a empresarios*, Informe de FIDEM, ps. 10 y 11.

(iii) *Motivos jurídico-económicos*, ya que la constitución de grupos de empresas en dicho marco, tiene, como señala Pérez de los Cobos, la "fundamental virtud de *consentir la unidad económica y la diversidad jurídica*", con la limitación de responsabilidades que es inherente a dicha diversidad (9). Lo que hace atractivo al grupo y alienta los procesos de filialización, es que en él existe una pluralidad jurídica de los sujetos que lo integran y del que se deriva una legítima limitación de responsabilidades, no fraudulenta. Una segmentación de responsabilidades, que se constituye en un activo económico de primer orden (10).

(iv) *Motivos fiscales*, debido a la existencia de legislaciones tributarias que resultan favorecedoras de las Pymes, y porque, además, a la reducción del tamaño de las empresas se corresponde una menor onerosidad fiscal.

(v) *Motivos laborales*, puesto a que también en dicho campo la legislación dedica tratamientos especiales que tienden a beneficiar en determinados aspectos la creación y desenvolvimiento de las Pymes, así como también se simplifica la gestión de los recursos humanos en la empresa, existe una menor presencia sindical y menor incidencia y protagonismo de la negociación colectiva (11).

B. SUCESIÓN DE EMPRESA Y TRANSFERENCIA DE LOS VÍNCULOS LABORALES

Al igual de lo que acontece en el derecho español con la norma del art. 44 del ET, nuestra legislación laboral contiene también una regulación específicamente atinente al fenómeno bajo análisis, y es la establecida por los arts. 225, 226, 228 y 229 de la LCT, según fuere la variante de constitución del agrupamiento y de externalización que se adopte. La transmisión por virtud de un proceso de descentralización por filialización se hallaría incluida como uno de los tantos supuestos de transferencia que la normativa argentina

(9) PÉREZ DE LOS COBOS, *op. cit.*, p. 634.

(10) *Op. cit.*

(11) PÉREZ DE LOS COBOS, *op. cit.* Véase igualmente RODRIGUEZ RAMOS, MARÍA JOSÉ, *Escisión de Empresas y externalización de servicios*, en *Descentralización productiva y nuevas formas, op. cit.*, ps. 365 y sigtes.

allí contempla como incluibles (v.gr., sucesión hereditaria, legado, donación, usufructo, compraventa de la unidad productiva, Fusión o Escisión de sociedades, arrendamiento o cesión transitoria del establecimiento, transmisión de contrato de locación de obra, explotación u otro análogo, etc.).

Al interrogante relativo a la existencia de algún sustento o fundamento supralegal que brindare soporte último a dicha estrategia empresarial, según fuera visto en el capítulo pertinente cabría la respuesta afirmativa que proviene de la libertad de empresa consagrada por el art. 14 del plexo constitucional, y que le permiten tanto crear, mantener, como cerrar la empresa, aun con las limitaciones que por la protección de los derechos de terceros también se hallan establecidas en las normas que reglamentan su ejercicio. Similar concepción hubo de campear en la jurisprudencia hispánica en derredor de dicho mismo aspecto (12).

En cuanto al plano normativo de nivel legal, la segregación de un establecimiento para su transmisión a una empresa filial, o bien para su constitución como una empresa filial del grupo, se hallaría subsumida, como arriba se dijera, en los art. 225 y sigtes. de nuestra ley laboral.

Respecto de las exigencias que harían a la legalidad de los procesos de filialización, la jurisprudencia española, en doctrina que parecería también aplicable en nuestro medio, ha venido prescribiendo en forma casi pacífica que serían: (i) que lo que se transmita configure un centro de trabajo o unidad productiva *susceptible de funcionamiento autónomo*, y (ii) que dicha constitución *no responda a fines fraudulentos* (13). Los dispositivos contenidos en los arts. 5º, 6º, 14, 29 y 31 de nuestra ley brindarían espacio o una concepción similar en nuestro país.

(i) La autonomía que ha sido señalada por la jurisprudencia peninsular, se correspondería igualmente en nuestro país a la atinente al concepto del establecimiento definido en el art. 6º LCT, aun

(12) STCo. 83/84, F. J 3 y STCo. 225/93, F. J. 3, STCo. 64/90, F. J. 4, STCT 3/12/1984 (A/9972); STAN 21/5/1998 (As/2357); STJ Madrid, 28/2/1997 (As 408).

(13) Conf. RIVERO LAMAS, JUAN, *La descentralización productiva, op. cit.*, p. 55, con cita de CAMPS RUIZ.

cuando restringida a los fines económicos: la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de una explotación económica independiente (14).

Al efecto, se ha sostenido en España que basta con que lo transmitido resulte susceptible de funcionamiento autónomo, aún cuando pudiere requerir de aportaciones económicas suplementarias. Lo esencial es que se trate de una unidad productiva diferenciada pasible de disgregarse de la empresa y actuar de modo autónomo (15). La autonomía, se ha dicho, no debe ser entendida en sentido económico, sino *técnico-organizativo* (16), y la circunstancia de que existan relaciones de subordinación en el seno del grupo de empresas, en cuya virtud la segregada pueda ser considerada una filial económicamente dependiente de la matriz, no obsta a su autonomía jurídico-laboral ni a que se produzca el cambio de titularidad que dicho proceso supone (17). En nuestro país, el recaudo de la autonomía funcional se advierte igualmente subyacente en los preceptos de los arts. 225 y 226, LCT. La normativa alude a la transferencia de *establecimiento*, lo que constituye para el legislador una unidad de producción con caracteres de autonomía (arg. art. 6º LCT), y que permite apreciar que no se requiere que se transfiera una empresa completa, pues bastaría para la aplicación del régimen transferencial que se trate de una (o varias) de sus unidades con tal que gocen de autonomía funcional suficiente (18). Ni siquiera se requeriría que se transfiera un *establecimiento completo*, pudiendo ser sólo una de sus partes, siempre que la parte constituya una unidad de producción autónoma (19). Se ha apuntado en tal sentido, que el precepto del art. 226, LCT, contempla como hipótesis de transferencia del establecimiento, a los fines de habilitar un eventual despido indirecto por el trabajador, la "separación entre diversas secciones, dependencias o sucursales", lo que demostraría

(14) STS, 27/10/1994 (A/ 8351).

(15) STS, 25/4/1988 (A/ 302 1), STS (3ª y 4ª), 20/2/1998.

(16) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *op. cit.*, p. 644.

(17) *Op. cit.*

(18) Así, v.gr., en jurisprudencia se ha considerado a un buque como una unidad productiva que puede funcionar por sí, similar al establecimiento previsto en el art. 225 de la LCT (CNTrab., sala II, 21/5/1984, "Pansini, Oscar c. Flota Fluvial del Estado Argentino"; íd., sala V, 2/11/1983, "Lohn, Eduardo E. y otros c. Arenera Puerto Nuevo S.A."; íd., sala I, 7/10/1993, "Salina La Cruz, Isaac y ot, c. Harengus S.A.".

(19) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado*, t. 5, ps. 25 y 26.

que la transmisión no tendría que alcanzar, necesariamente, un establecimiento *íntegro*, sino que podría comprender sólo *una parte* de él (una sección, una dependencia), siempre que constituya una unidad técnica productiva que pueda funcionar como tal (20); ello es, que constituya un *potencial "establecimiento"* (21) en los términos del art. 6º de la LCT.

De acuerdo con ello, en España hubo de admitirse, v.gr., la descentralización de las actividades de almacenamiento y transporte a favor de otra sociedad más especializada creada "*ad hoc*" para tal fin a través de un proceso de filialización (22); la escisión de una rama de actividad de una empresa, con actividades específicas, para agregarla a otra (23); la creación por parte de entidades bancarias de una agrupación para la atención de los servicios de banca telefónica (24), etc. Por aplicación del recaudo citado, los tribunales de nuestro país hubieron de desestimar la consideración como transferencia de establecimiento, a una cesión de la sección "cocina" de un sanatorio, por resultar un mero anexo del establecimiento que no admitía ser conceptualizada como independiente del mismo al no resultar susceptible de funcionamiento autónomo, dado que su fin no podría ser otro que atender a los pacientes del sanatorio (25) y del mismo modo se hizo respecto del traspaso de una mera "división" sin autonomía (26).

(ii) El recaudo relativo a la *inexistencia de fraude* constituye un lugar común a todos estos procesos y no hace sino revelar pluralmente la especial preocupación del jurista respecto de los derechos de terceros, especialmente los del acreedor laboral. La jurispruden-

(20) LÓPEZ, JUSTO, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, de LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, Bs. As., Ed. Contabilidad Moderna, 2ª ed., t. II, p. 886; GUISADO, HÉCTOR, *La transferencia del Contrato de Trabajo*, en "Tratado de Derecho del Trabajo" dir. por MARIO ACKERMAN, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1ª ed., t. III, p. 766.

(21) LÓPEZ, JUSTO, *op. cit.*

(22) STJ Madrid, 28/2/1997 (As 408).

(23) STAN, 12/3/1998 (As/1013).

(24) STAN, 21/5/1998 (As/2357).

(25) CNTrab., sala V, 27/9/1984, "Montecinos González, María Inés c. Fed. de Círculos Católicos de Obreros Sanatorio San José", DT, 1984-B, 1818.

(26) CNTrab., sala VII, 10/8/1998, "González, Rodolfo c. Compañía Interamericana de Automóviles S.A.", DT, 1999-A, 78; íd., GUISADO, HÉCTOR, *op. cit.*

cia ha puesto particular hincapié en que no se utilice la figura legal de la sucesión de empresa para la obtención de un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico. Como refiere Pérez de los Cobos, una filialización puede ser acompañada de una despatrimonialización de la unidad productiva que se segrega que comprometa los derechos y garantías legales de los trabajadores (27) por lo que dichos procesos deben ser apreciados con particular atención y cuidado (28).

De todos modos, los tribunales han recordado que los mismos constituyen como regla general *procesos lícitos, admitidos y regulados por el ordenamiento*, que no cabe presumir nunca la existencia de fraude, y que de la sola circunstancia de la pertenencia de ambas empresas al mismo grupo no puede deducirse sin más una presencia del tipo (29).

Fueron consideradas hipótesis de fraude en el tema, la venta por la empresa matriz a una filial del grupo de líneas de negocio que producían pérdidas y en un modo tal que implicaba sustraer responsabilidades de la empresa matriz (30); o un proceso que deja a la empresa descapitalizada, endeudada y con escasa actividad productiva para declararla en suspensión de pagos y trasladar la actividad a otro país donde los costes sociales y fiscales son más económicos (31), ponderándose también en el aspecto la eventual existencia de indicios que denotaren la presencia de fraude (plantilla única, caja única, dirección unitaria y apariencia externa de unidad) (32).

C. Otros efectos jurídico-laborales de los procesos de filialización

La filialización constituye, en el ámbito del derecho del trabajo, un supuesto de *transmisión parcial de empresa*. En cuanto tal, el

(27) *Op. cit.*, p. 645.

(28) STS, 24/7/1989 (A/5908) y 27/10/1994 (A/8530).

(29) STS, 13/12/1997 (A/8897); STJ Madrid, 21/12/1996 (As/3744), STAN, 12/3/1998 (As/1013) y STAN, 21/5/1998 (As/2357); STS, 27/10/1994 (A/8351), STAN, 21/5/1998 (As/2357).

(30) STJ Madrid, 1/3/1996 (As/526).

(31) STJ Cataluña, 23/3/1998 (As/2465).

(32) Pérez de los Cobos, F., *op. cit.*, ps. 647/48.

efecto jurídico-laboral típico de esto último consiste en la *subrogación ex-lege* de su titular: los trabajadores que se desempeñan en la parte de la empresa (establecimiento) que es objeto de transmisión como producto del proceso de reorganización, quedan desvinculados del titular de la empresa cedente y pasan a depender automáticamente del cesionario, en forma plena, y este último se subroga en la posición jurídica del anterior. Se trata de uno de los supuestos que alguna doctrina laboralista hubo con peculiaridad (y opinabilidad) de denominar como de *novación subjetiva* de la relación laboral, en que la novación no tiene efectos extintivos de la misma sino sólo modificatorios en cuanto a la figura del empleador (33). La subrogación se produce por mandato de la ley, por lo que no se requiere aceptación del nuevo titular de la empresa y tampoco puede ser impedida u obstaculizada por eventuales acuerdos en distinto sentido que pudieren celebrar la entidad transmitente con la adquirente (34).

La subrogación se produce "*en bloque*" respecto del conjunto de condiciones de trabajo que los trabajadores tenían, cualquiera hubiere sido la fuente de dichos derechos y obligaciones (normativa o contractual) (35) y que en nuestro medio se deriva —aun cuando con mayor extensión temporal— de lo que establece el art. 225, LCT, que al efecto dispone la transmisión al sucesor o adquirente de *"todas las obligaciones"* emergentes del contrato de trabajo que tuviese el transmitente al tiempo de la transferencia, aún las originadas por ella, y que el contrato laboral *"continuará"* con el sucesor o adquirente. Dicha "continuidad" aparece plasmada en numerosas legislaciones. Así, además de España, la ley laboral canadiense contiene también una línea similar, estableciendo que en caso de venta del negocio o de una parte del mismo, los contratos de trabajo del personal no serán afectados ya que continuarán con el adquirente y se mantendrá la antigüedad adquirida con el vendedor (36). En dicho tipo de transferencia, la ley no requiere conformidad al-

(33) DEVEALI, MARIO L., *La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo*, en DT, 1947-481; VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de Derecho del Trabajo* de su dirección, t. 5, p. 7, Bs. As., 1ª ed.; ALONSO OLEA, MANUEL y CASAS BAAMONDE, MARÍA E., *Derecho del Trabajo*, Univ. de Madrid, 1989, p. 367.

(34) Conf. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, FERMÍN, en VALVERDE, ANTONIO y otros, *Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid, p. 663.

(35) PÉREZ DE LOS COBOS, *op. cit.*, p. 650.

(36) Conf. Employment Standards Act, Ontario, 2000, Section 9.

guna del personal transferido operándose la transmisión en forma automática (37), y la continuidad abarca, en principio, las condiciones de trabajo provenientes de cualquier fuente, lo que incluye las originadas también en la voluntad de las partes, por lo que en caso de supresión con ocasión de la transferencia los trabajadores afectados podrían considerar extinguido el vínculo con derecho a indemnización (38), y lo propio acontecería en caso de verificarse una importante disminución patrimonial en la adquirente respecto del transmitente (39).

Sin embargo, la obligación de mantenimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos de trabajo y que se tenían en la empresa de origen, a veces es susceptible de provocar ciertos problemas, particularmente en los casos de disimilitud de regímenes convencionales entre la empresa de origen y la sucesora o adquirente. Situación similar se aprecia haberse planteado también en España donde, como se verá seguidamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia no parecen haber arribado a un puerto común.

La transmisión parcial de empresa no originaría mayores inconvenientes cuando la unidad productiva autónoma (establecimiento) transferido pasa a constituir una nueva empresa, ya que la persona jurídica constituida "*ad-hoc*" (el nuevo titular de empresa) se subroga en la posición contractual del predecesor y el convenio que venía siendo aplicado a la unidad transferida se mantiene y sigue aplicando en sus mismos términos. La circunstancia de la pertenencia de la nueva empresa a un grupo, no tendría en principio mayor incidencia para su cambio, aun cuando, según se viera en el capítulo pertinente, el tema parecería ofrecer en España espacio para el debate derivado de las doctrinas que propugnan la uniformización hacia adentro del mismo. El problema se presentaría más complejo, en cambio, en los supuestos en que la filialización consistiera en la transmisión de la unidad transferida por medio de *absorción* de la misma por parte de una empresa ya existente y que

(37) CNTrab., sala VII, 31/5/2006, "Valenzuela, Karina c. Publimed S.A."

(38) CNTrab., sala VII, 21/8/1997, "Silvera, Miguel y otro c. International Communication Systems Incorporated suc. argentina y otro".

(39) CNTrab., sala VIII, 28/9/2007, "Iglesias, Omar c. Aluar Aluminio Argentino S.A.".

se rige por un convenio colectivo de trabajo diferente, sin que existieran motivos funcionales suficientes que justificaren contar con una dispar regulación convencional a partir de la transmisión.

En el país hispano, la determinación del status colectivo aplicable a los trabajadores transmitidos ha resultado particularmente problemática, según reseña Pérez de los Cobos, ya que la cohabitación en el seno de una misma empresa de dos estatutos colectivos distintos parecería chocar con el principio de la eficacia general del convenio previsto en el art. 82, 3 del ET (40). La doctrina predominante se inclinaba por considerar dicha situación como un supuesto de conflicto por "concurrencia de convenios" y que debía ser zanjado de acuerdo con la regla a tal efecto establecida por el art. 3.3 del Estatuto de los Trabajadores para los conflictos de normas (la aplicación de la norma más favorable apreciada en su conjunto y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables). Ello es, la *"homogeneización" convencional* (41). De acuerdo con dicha tesitura, los trabajadores afectados por la transmisión quedarían sometidos al convenio más favorable entre los "concurrentes".

Frente a dicha posición se planteó otra distinta que defendía la tesis de la *"cohabitación"* o disimilitud de convenios de modo temporal, ello es, hasta que decayera en su vigencia el convenio correspondiente a la unidad productiva autónoma transferida. En el campo judicial, el Tribunal Central del Trabajo hubo de pronunciarse a favor del mantenimiento del convenio colectivo de procedencia (42), disimilitud que debería mantenerse hasta que venciera el término de vigencia del convenio colectivo de la unidad transferida. Señaló allí también el Tribunal, que nada obligaba a proceder a una revisión automática del convenio.

El Tribunal Central, según se aprecia, hubo de inclinarse por la tesis contraria a la de la homogeneización forzada de convenios.

(40) *Op. cit.*, p. 651.

(41) Así, v.gr., ALBIOL MONTESINOS, I., *Aspectos laborales de la transmisión de empresas*, Madrid, 1984, ps. 116/118; VALVERDE, MARTÍN, *Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo*, en *Comentarios a las leyes laborales* (E. BORRAJO, dir.), t. XII, vol. 2, Madrid, 1985 p. 69; CAMPS RUIZ, LUIS M., *La sucesión de empresa*, RT nº 81, p. 89, MONEREO PÉREZ, I., *Las relaciones laborales en la fusión y escisión de Sociedades*, R.L. 1987, nº 8, p. 202.

(42) STCT del 30/6/1983, STCT del 15/1/1986 (A/537).

Quienes han defendido la corriente de opinión recogida en dichos pronunciamientos (43) han señalado varios argumentos en su apoyatura: (i) que no se estaría estrictamente, según sostienen, ante un supuesto de concurrencia normativa convencional ya que no mediarían zonas de intersección común en los elementos que configuran los respectivos ámbitos de aplicación; (ii) que la subrogación establecida en la ley respecto de los derechos y obligaciones laborales del anterior titular de la empresa significa que lo que se asume son "los mismos" que obligaban al empresario anterior, no menos, pero tampoco más, y señalan que la normativa de dicho país (como tampoco lo hace en nuestro medio el art. 225, LCT) no establece distingo alguno en función de la mayor o menor favorabilidad del convenio de origen, y lo único que se prevé (por sus efectos) es su obligatoriedad para el nuevo titular de la empresa; (iii) que la inalteración del convenio colectivo de origen resultaría más respetuosa con el principio de estabilidad en el empleo en sentido pleno; (iv) finalmente, que ello se compadecería mejor, también, con la Directiva 77/187 CEE en cuanto prescribiera que las condiciones de trabajo nacidas de un convenio colectivo se conservarán después del traspaso en los mismos términos, los que se aplicarían al cedente hasta la fecha de entrada en vigor o de aplicación de otro convenio, de donde entienden que dicha normativa se habría expedido a favor de la cohabitación de regímenes convencionales mientras perdure la vigencia del convenio de la empresa absorbida. En definitiva, que lo que la Directiva garantiza sería el respeto del bloque normativo anterior, mas no la aplicación del bloque más favorable al trabajador (44).

De todas formas, cabrá señalarlo, la cuestión en la materia no parecería definitivamente zanjada, ya que el debate habría continuado tanto en el ámbito doctrinal como en la jurisprudencia (45).

---

(43) V.gr., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *op. cit.*, ps. 652/54.

(44) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *op. cit.*; íd. SALA FRANCO, TOMÁS y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La homogeneización de los estatutos laborales en los supuestos de fusión por absorción*, Poder Judicial, 1988, nº 9, ps. 167/68.

(45) VALDÉS DAL RE, FERNANDO, *Problemas de determinación del convenio aplicable en la transmisión de empresas*, RL. 1986, t. I, ps. 15 y sigtes.; CAMPS RUIZ, LUIS M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Valencia, 1997, p. 74; íd., PÉREZ DE LOS COBOS, F., *Filialización - Grupos de Empresas, op. cit.*, p. 652, íd. RIVERO LAMAS, JUAN, quien señala que, por el contrario, la tendencia jurisprudencial sería la de establecer un tratamiento jurídico uniforme, *op. cit.*, p. 63.

En nuestro país, y al igual que lo que sucede en España, la ley no establece un modelo de solución específico para dirimir dicha misma cuestión (46), y ha sido la jurisprudencia la que habría elaborado algunas pautas para la resolución de determinados aspectos en ciertas condiciones. También en nuestro medio la transferencia parcial de empresa (establecimiento) puede, en ocasiones, implicar una modificación en el régimen jurídico aplicable a los trabajadores que acompañan la transmisión, que puede abarcar tanto al régimen convencional, como incluso el estatutario, tal como acontece cuando la sucesora o adquirente deseare modificar el rubro o tipo de explotación ¡Y y ni qué decir si la unidad transferida (establecimiento) con su respectivo régimen convencional, pasa, por virtud del traspaso, a constituir una pieza que se integra a una empresa u otro establecimiento mayor que desarrolla una actividad principal distinta, y respecto de los cuales aquélla pasa a revestir condición meramente auxiliar o accesoria! Cabría recordar que autorizada doctrina y asimismo nuestros tribunales han señalado en general que regiría una suerte de principio de *unicidad de régimen convencional* siempre que no medien unidades diferenciables y separables, según el cual, en inicio, y salvo que se dedique a explotaciones suficiente y netamente separables y diferenciables, cada empresa se rige por un único régimen convencional. Para la determinación del régimen convencional a aplicar, cuando en una misma empresa se llevan a cabo más de una actividad, la jurisprudencia dominante se ha inclinado por la tesis (47) de la *"homogeneización"* o "uniformización convencional", mandando tomar en consideración al efecto el régimen convencional que corresponde a la actividad principal de la empresa o establecimiento (48), y tomando también como núcleo o unidad autónoma, al establecimiento (49). De lo contrario, y componiéndose de unidades de explotación autónomas (establecimientos) de actividad específica y diferenciable,

(46) Aun cuando sí habría una referencia —aunque de impropia definición— en la última parte del art. 230, LCT, en casos de cesión o transferencia a favor del Estado.

(47) Que ha sido más de una vez objeto de disputas.

(48) Conf. CNTrab., fallo plenario *in re* "Risso, Luis P. c. Química La Estrella", 22/3/1957, DT, 1957-733; KROTOSCHIN, ERNESTO, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., 1962, vol. II, núm. 70 b, ps. 759/761.

(49) CNTrab., fallo plenario, *in re* "Alba, Angélica y otros c. Unión Tranviarios Automotor, UTA", 14/6/1971, DT, 1971-452 y sigtes.

cada establecimiento mantendría el régimen convencional propio y atinente, aún después del traspaso (50).

Nótese que la norma del art. 225, LCT, dispone la *subrogación ope-legis del titular* y el mantenimiento de los contratos de trabajo del personal afectado, lo cual significa los mismos contratos y su continuación en los mismos términos que se poseían con el anterior titular. Los mismos términos, pero no dice "lo más favorable", lo que significa no menos condiciones que las que se tenían, pero tampoco más, por lo que en determinados supuestos, la modificación de régimen convencional susceptible de acontecer por virtud de las pautas anteriormente indicadas, podría determinar una consecuencial disminución de beneficios objetivamente cuantificables, si el nuevo convenio no fuera más favorable en determinados aspectos (51).

Además del mantenimiento del contrato con el nuevo titular, la legislación establece un segundo nivel de protección, el cual consiste en la determinación de una *solidaridad pasiva ex-lege* entre los sujetos que operan la transmisión y derivada de un hecho lícito. En efecto, en cuanto al contenido de la protección establecida en la normativa a favor de los trabajadores transmitidos, tanto en España como en nuestro país se prescribe un régimen especial de responsabilidad solidaria de transmitente y sucesor o adquirente derivada de un acto jurídico ajustado a derecho, aun cuando la normación hispánica resultaría de menor extensión temporal, habida cuenta la limitación en el tiempo que allí se contempla (art. 44, ET). Más limitada se advertiría la protección española, en términos comparativos respecto de nuestro país, en cuanto al alcance material o contenido, si se agregara a la ecuación lo establecido por la jurisprudencia elaborada por tribunales de nuestro país en torno a dicha misma temática (52), desde que, de acuerdo con ella, la solidaridad en nuestro medio se extendería también a las obligaciones

(50) KROTOSCHIN, E., *op. cit.*; íd., DEVEALI, MARIO L., *Aplicación simultánea de varios convenios colectivos*, DT, 1957-240.

(51) En igual sentido, CANDAL, PABLO, *La regulación jurídico-laboral de la transmisión de empresas* en *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, ps. 632/33.

(52) Así, v.gr., la doctrina establecida por la CNTrab. en el fallo plenario "Baglieri, Osvaldo D. c. Nemec y Cía. S.R.L." del 8/8/1997.

relativas a vínculos ya extinguidos al momento de la transferencia, e incluso a las transferencias en supuestos de privatización (53).

Lo expuesto significa una limitación *"hacia futuro"* de la responsabilidad del transmitente, habida cuenta que, de acuerdo a la ley, el mismo ha de responder por las obligaciones nacidas con anterioridad a la operación del traspaso, y aun por las que se originan del mismo, pero no por las que se generen con ulterioridad, limitación ésta que, al decir de Pérez de los Cobos, constituye uno de los principales alicientes de los procesos de "filialización", y que resulta de la segregación (54). Se trataría de una *limitación lícita*, por lo que sólo el cesionario deberá responder por las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, y así hubo de ser señalado por la jurisprudencia española en ese mismo sentido (55) al igual que los tribunales de nuestro país (56). Ello, claro está, en tanto y en cuanto la operación de transferencia hubiere resultado lícita, ello es, que como medio de concreción de un proceso de filialización no concurrieran en ella elementos que permitan afirmar la existencia de un fraude a la ley en el marco del art. 14, LCT. En tal sentido, la sucesión de empresa al socaire del art. 225, no debería haber sido utilizada para obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él —la desvirtuación de los derechos de los trabajadores afectados—. La jurisprudencia hispánica tuvo ocasión de señalar a dicho mismo respecto que los fenómenos de sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa deben "ser examinados con cuidado y adoptarse las medidas adecuadas cuando exista la evidencia de que, a través de la sucesión, se persigue eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos a éstos" (57).

---

(53) CSJN, 27/12/1996, "Di Tullio, Nilda en autos 'González, Carlos c. Entel'". Fallos 319:3071.

(54) PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO, *Filialización. Grupos de empresa, op. cit.*, p. 654.

(55) STS, 9/7/1989 (A/5123), STS, 24/9/1987 (A/6392); STS, 27/6/1988 (A/5474), STS, 19/7/1988 (A/6187).

(56) CNTrab., sala III, 30/3/2007, "Aráoz, Walter c. Av. La Plata 7 S.R.L."; íd., 5/12/2005, "González Manrique, Roberto c. Gerpe Brenlla, Manuel y otros"; íd., sala X, 14/6/2005, "Espíndola , Jorge c. Sosa, José y otro"; íd., sala II, 13/4/2007, "Arribillaga, Carlos c. IECSA S.A."; íd., sala I, 28/9/2006, "López, Pedro y otros"; íd., sala IV, 29/9/2006, "Juárez, Roque c. La Cabaña S.A. y otros"; íd., sala VIII, 30/11/2007, "López, Analía c. Dolisa S.A. y otro".

(57) STS, 24/7/1989 (A/5908) y 27/10/1994 (A/8530).

De todos modos, han recordado también que no cabe de suyo una presunción de fraude por el solo hecho de la operación, ni tampoco por la mera pertenencia al grupo, sino que en todo caso debe analizarse la operación en su conjunto y en cada caso concreto para determinar si en el mismo concurre o no un fraude laboral (58). Ello, por cuanto la transmisión y creación de empresas, constituciones, son actos jurídicos que el derecho general expresamente admite y otorga reconocimiento, como manifestación de la libertad de empresa que ampara el art. 14 de la Ley Fundamental, y como materia objeto de expresa reglamentación en la ley mercantil sustantiva en la materia.

En el caso de transferencia no fraudulenta o delictiva, juegan a su respecto los principios generales que rigen la relación intersubjetiva de los agentes pasivos de la solidaridad, por lo que el pago hecho por el deudor principal (aquel con el cual se estableciera la obligación exigible) extingue la obligación y libera al codeudor solidario subsidiario, mientras que el pago hecho por el deudor subsidiario si bien extingue también la obligación, no libera totalmente al deudor principal que pasa a quedar obligado frente al subsidiario, por el derecho que asiste a este último para reclamar al solidario por la repetición de lo abonado en garantía (solidaridad) (59).

La solidaridad no cabría ser considerada abarcando al deudor subsidiario en caso de sanciones, habida cuenta el carácter personalísimo que asume la responsabilidad nacida de una infracción administrativa (60) y la aplicación de las reglas propias de derecho penal que conlleva todo régimen punitivo. En cambio, respecto de la obligación de extender las correspondientes certificaciones de servicios y aportes la jurisprudencia evidenciaría soluciones no del todo uniformes en torno a los alcances de la solidaridad, ya que en ocasiones se ha admitido la misma en cabeza de la adquirente res-

(58) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *op. cit.*, p. 645, íd. p. 655.

(59) MARTÍNEZ LUCAS, JOSÉ ANTONIO, *La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social*, en *Descentralización Productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo*, MTAS, "X Congreso Nacional...", *op. cit.*, p. 625; véase asimismo, GUIBOURG, RICARDO, *Las obligaciones solidarias en el Derecho Laboral*, en LT XXVI-969; íd. VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Responsabilidad del adquirente de un establecimiento respecto de las obligaciones laborales devengadas a favor del personal desvinculado al momento de la transferencia*, TySS, 1995-240.

(60) En igual sentido, MARTÍNEZ LUCAS, J., *op. cit.*, p. 624.

pecto de las registraciones anteriores a la fecha de transferencia (61), mientras que en otras hubo de ser considerada improcedente, con base a tratarse de circunstancias habidas con anterioridad y que por tanto, no pudieron ser objeto de asiento en sus registros (62).

Por último, la expuesta es un clase de solidaridad específica que corresponde al supuesto concreto considerado (transmisión total o parcial de empresa), pero que resulta distinta a la que corresponde al supuesto de grupos de empresas, y en cuanto a esto último se refiere, alguna jurisprudencia ha señalado que la solidaridad del art. 31, LCT, no es aplicable si sólo se da una transferencia de paquetes accionarios a favor de una empresa, sin trasmisión de empresa (63).

D. LA CESIÓN DE PERSONAL HACIA LAS NUEVAS EMPRESAS CREADAS "AD HOC" U OTRAS YA EXISTENTES DENTRO DEL GRUPO

Otro de los mecanismos susceptibles de ser llevados a cabo en el marco de los procesos de descentralización, a través del mecanismo de filialización, es el de transmisión de los contratos de trabajo del personal de una sociedad a otra titular de una empresa o establecimiento para continuar su desempeño en la misma. Dicha entidad puede resultar nueva, creada como parte de dicho proceso, o bien ya existente.

El art. 229 de la LCT admite dicha posibilidad, la que de comienzos, y salvo hipótesis de fraude, debe considerarse lícita. Dicha cesión puede resultar temporal o definitiva. A diferencia del supuesto ya analizado, aquí hay transferencia de la relación laboral sin trans-

(61) CNTrab., sala IX, 28/11/2006, "Buttiner, Leticia c. Reifschneider Argentina S.A. y otros"; sala III, 15/6/2007, "Ayala, Miguel c. Mota Lagleyse Manada, Celia y otro" —vínculo extinguido con anterioridad—.

(62) Respecto de cesión del contrato: CNTrab., sala VIII, 29/8/2003, "Etchegaray Sarate, Ana c. Aguas Dadone de Argentina S.A. y otro".

(63) CNTrab., sala V, 29/12/1998, "Argentieri, Sergio c. Atlántica Cía. Arg. de seguros S.A. y otro", TySS, 1999-683; íd., sala III, 23/12/2002, "De Stefano, Roberto c. Ricardo De Luca Publicidad S.A. y otro". Por el contrario, otros fallos han considerado que la transferencia de paquetes accionarios sí se enmarca en los arts. 225 a 228 LCT: CNTrab., sala I, 7/7/2006, "Ponce, Ramón y otros c. Materfer S.A.y otros".

ferencia del establecimiento (64), y es el establecimiento "quien cede" los trabajadores.

Al igual que lo que acontece en el supuesto de transmisión de establecimiento, aquí también media una *"subrogación" ex-lege* en la figura del empleador, y la continuación del mismo contrato en los mismos términos que se tenían con el anterior titular, sólo que aquí, y a diferencia de aquello, se aduna una exigencia allá no requerida, que es la de que medie *consentimiento* de parte del dependiente, y quien puede negarse sin necesidad, en principio, de alegar perjuicios actuales o futuros (65). El consentimiento, según han dicho los tribunales, debe prestarse en forma expresa y por escrito, y no puede ser suplido por el mero hecho de continuar laborando (arts. 12 y 58 LCT y 919 Cód. Civil) (66). Según Vázquez Vialard, se trataría, de acuerdo con ello, de "un negocio jurídico complejo de carácter triangular" (67).

Operado el mismo, la transmisión determina, al igual que el supuesto visto anteriormente, una continuidad de la relación con un nuevo sujeto empleador conservando el trabajador todos sus derechos derivados de su antigüedad, condición y categoría profesional, y una responsabilidad solidaria entre los sujetos empleadores intervinientes en la transmisión por las obligaciones nacidas con anterioridad. Se trata igualmente de una solidaridad *limitada "ad futurum"* para el empleador transmitente salvo que la cesión hubiere sido efectivizada con fraude a la ley (art. 14 LCT) (68).

---

(64) LÓPEZ, JUSTO, *op. cit.*, t. II, p. 876.

(65) CENTENO, NORBERTO D., *La transferencia del contrato de trabajo en la LCT*, LT, XXV-769; íd. SCBuenos Aires, 21/5/2002, "Vázquez, Pedro c. Juan Cincotta S.A."; CNTrab., sala VII, 10/8/1998, "González, Rodolfo R. c. Cía. Interamericana de Automóviles S.A.", DT, 1999-A, 78; íd., sala VI, 13/6/1995, "Reynoso, Jorge c. Termas Villavicencio S.A.", DT, 1995-B, 2083; íd., sala VI, 20/2/1987, "Galíndez Soneida, Ana c. Pavarolo, René Jerónimo", DT, 1987-A, 709.

(66) CNTrab., sala VI, 12/11/2004, "Farfor, José c. Helvens S.A. y otro".

(67) VÁZQUEZ VIALARD, A., *Tratado, op. cit.*, t. 5, p. 43.

(68) En igual sentido, LÓPEZ, JUSTO, *op. cit.*, t. II, p. 878; ETALA, CARLOS, *Contrato de Trabajo*, Astrea, Bs. As., 2002, p. 584; HERRERA, ENRIQUE, *Ley de Contrato de Trabajo*, ALTAMIRA GIGENA (coordinador), Ed. Astrea, Bs. As., 1981, t. II, p. 355; FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, Bs. As., 1990, t. II, p. 972; GUISADO, HÉCTOR, *op. cit.*, p. 814.

E. POSIBLES DEBERES DE INFORMACIÓN VINCULADOS A PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN POR FORMACIÓN DE GRUPOS ECONÓMICOS

Uno de los interrogantes que en este terreno parece concitar la atención de los ius laboralistas es el de si existiría, o no, un deber de información en cabeza de los titulares de las empresas cuando las mismas han de operar procesos de reorganización tendientes a la conformación, o ampliación de un grupo o conjunto económico empresarial (v.gr. a través de mecanismos de Escisión societaria y Filialización en algunas de sus formas), o incluso los procesos inversos de reducción o restricción de los mismos. A nuestro modo de ver, la respuesta al interrogante resultaría afirmativa.

Una de las limitaciones que han venido siendo reconocidas por el derecho laboral moderno respecto de los poderes de organización y dirección del empleador (dentro de las cuales se encuentran los de llevar a cabo procesos de reorganización de la empresa), ha sido la de reconocer la existencia de un *derecho de información* (o su contracara, un deber de proporcionar información) a favor de los trabajadores y/o sus representantes respecto de diversas manifestaciones del citado poder jerárquico.

El fundamento último de dicho reconocimiento se halla en la base misma de las facultades del empleador: las mismas no constituyen una facultación absoluta y totalmente discrecional, como ningún derecho reconocido en la ley positiva lo es, sino limitada y con un sentido y finalidad específicos. La evolución histórica misma de la disciplina jurídica laboral pone en evidencia dicha misma lógica: sucesiva aparición de reglas admitiendo poderes jerárquicos en cabeza de la figura del empleador, pero que al mismo tiempo han ido configurando su régimen jurídico sometiéndolo a límites, y recortando alcances que en sus inicios aparecieran dotados de una mayor extensión e intensidad. En dicho contexto de limitación, algunas de las restricciones establecidas hubieron de constituirse como limitaciones de tipo *indirecto* e intensidad circunscripta, mas no por ello dejar de configurar restricciones, ya que, como García Murcia sostiene, operan como tales desde que suponen la ruptura de una "total unilateralidad" de ciertas decisiones (69). Y el dere-

(69) GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, p. 195.

cho de información de los trabajadores (o el correlativo deber del empleador) acerca de aspectos atinentes a la organización y reorganización de la empresa no parecería, sino, ser justamente una de dichas formas indirectas de restricción a la ejercitación de los poderes jerárquicos admitidos por la legislación.

Los poderes jerárquicos del empresario en la relación con los trabajadores, se hallan subordinados respecto al fin común de la empresa (*finis operis*), y así lo revelan, entre otros, los condicionantes establecidos por los arts. 65 y 68 en cuanto mandan una ejercitación funcional y con debido atendimiento a los fines de la empresa, y la consideración de las exigencias de la organización del trabajo de la empresa, respectivamente (70), todo lo cual revela que dichos poderes no se justifican por los fines personales (*finis operantium*) del empresario, sino por el fin inmediato y común de la empresa. El reconocimiento que el Derecho del Trabajo hace de la existencia de la autoridad, y los consiguientes poderes jerárquicos, ha sido, según López, principalmente *para limitarla* y proteger al trabajador de su uso arbitrario (71), y esa misma subordinación a los fines de la empresa o bien común de la misma, es la que explica la existencia de ciertos deberes que se imponen al trabajador (deber de solidaridad, de realización de horas extraordinarias en determinadas situaciones, etc.), como ciertos deberes de comunicación o información y varios otros más que se establecen, a su vez, en cabeza del empresario.

El deber de buena fe que también pesa sobre las partes y en cuanto impone, entre otras, una actuación con suficiente "claridad", de expresar sin reticencias toda circunstancia esencial capaz de alterar o impedir el contrato, constituiría junto con lo anterior, el sustento último sobre el cual reposaría la citada obligación informativa.

Gran parte de las legislaciones en el derecho comparado han establecido, luego del reconocimiento de facultades jerárquicas a favor del titular de la empresa, la existencia de determinadas facultades y formas de participación y conocimiento a favor de los destinatarios de aquellas ejercitaciones y que, conforme refiere Trueba,

(70) LÓPEZ, JUSTO, en LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada,* t. I, p. 85, Bs. As., 2ª ed.

(71) LÓPEZ, JUSTO, *op. cit.* en nota anterior.

evidenciarían un cambio en la concepción en torno a la empresa ya que de la idea de ver a la misma como un "patrimonio exclusivo" del patrono se ha pasado progresivamente a la de un ámbito en la que "participan" trabajadores y empresarios (72). Vázquez Vialard ha señalado en dicho mismo sentido que el derecho de información de los trabajadores constituye un objetivo básico de las relaciones laborales y un importante aspecto en la tarea de recrear el concepto de la empresa como *comunidad de personas* (73). Dicho deber de publicidad o transparencia acerca de las cuestiones significativas de la vida de la empresa no constituyen, sino, una forma también de participación de los trabajadores en la marcha de la misma.

En el plano de los antecedentes y documentos internacionales, la OIT hubo de aprobar en 1952 una *Recomendación* vinculada precisamente a este temática, y lo propio aconteció en 1967 con una nueva *Recomendación* sobre la *"comunicación dentro de la empresa"*, para una difusión e intercambio rápido de informaciones sobre diferentes aspectos de la vida de la empresa. En el ámbito de la Comunidad europea, se registran también antecedentes en la materia, y con rango normativo, tal como aconteciera con la Directiva 77/187 CEE, art. 6º, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de ellos (recuérdese que la filialización o constitución de nuevas sociedades articuladas en grupos y con transferencias de personal son productoras de dichos procesos). Dicha norma previó, en efecto, un procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores del empresario cedente y del cesionario, con un deber de comunicación de la decisión de transmisión a favor de aquéllos o, en su defecto, de los trabajadores a afectar, y que debía efectivizarse con antelación al traspaso. Dicha información debía incluir la fecha prevista del traspaso, sus motivos, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales que tendría para los trabajadores y las medidas previstas a su respecto (art. 6.1). En cuanto a dichas medidas se refiere, la normativa previó, entre otras cosas, que las mismas deberían ser objeto de *Consulta* con los representantes de los trabajadores con vistas a alcanzar un

(72) TRUEBA. URBINA, ALBERTO y otro, *Comentario a la ley Federal del Trabajo*, Ed Porrúa, Mexico, 1991, p. 30.

(73) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *El derecho de los trabajadores a la información, presupuestos básicos y estructuración*, TySS, 1986-493.

acuerdo (6.2). La circunstancia de la pertenencia de una empresa a un grupo o conjunto empresarial y el hecho de que la decisión de traspaso haya sido adoptada por una empresa que la controla no obstaba al necesario cumplimiento de las garantías citadas (6.4). Las Directivas 94/95 y 98/50 CEE de 29 de junio han resultado también complementos normativos en otros aspectos de igual materia. Otro antecedente que cabría citar en el tema, y también en el ámbito europeo, sería la Directiva 2001/23 CEE del 12 de marzo. La misma estableció, en igual linea, y para los supuestos de transmisión o sucesión de empresa (téngase presente, nuevamente, que dicho mecanismo muchas veces opera como una de las vías de los procesos de reorganización por filialización), la obligación, tanto en cabeza del transmitente cuanto del cesionario, de informar a los representantes de los trabajadores afectados por el traspaso, acerca de dicha operación y con antelación a su efectivización, consignando las fechas previstas para tal fin, causas, consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso y las medidas previstas respecto de los trabajadores (art. 7º). En España, la ley 10/1997 también se reflejaría como antecedente a considerar en la temática, y lo propio de apreciaría respecto del art. 64.1.5 del ET, en cuanto reconoce a los representantes de los trabajadores la facultad de emitir un informe previo a la implementación por el empresario de las decisiones en los casos de Fusión, absorción o modificación del *status* jurídico de la empresa cuando supongan cualquier incidencia que afecte el volumen de empleo (74).

Algunos antecedentes y disposiciones de nuestro derecho interno, aún cuando mayormente en forma indirecta, permitirían advertir también alguna recepción normativa vinculada a la temática que nos ocupa, especialmente cuando se tiene en cuenta que los procesos de transformación y de constitución de grupos económicos o de concentración, así como los de descentralización productiva, pueden en ocasiones formar parte de procesos de reorganización o de reestructuración empresarial.

(1) En el *Acuerdo Marco para el Empleo, la Producción y la Equidad Social* del año 1994, celebrado entre el Gobierno Nacional, representantes de los trabajadores y del sector empresario, se propició el reconocimiento de un *derecho de información* de los traba-

(74) RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, FERMÍN, *op. cit.*, 6ª ed., p. 665.

jadores, a través de la asociación sindical que los representa, que debería contener información sobre la evolución de la empresa y de las innovaciones tecnológicas y *organizativas* relacionadas con los contratos de trabajo, así como un compromiso del Gobierno de preparar un proyecto de ley instituyendo en cabeza de las empresas, otra obligación de información consistente en la elaboración periódica de una *balance social.*

(2) Con arreglo a ello mismo, algún tiempo después, el capítulo 8 de la LCT, en un articulado sin numeración incorporado por la ley 24.576 instituyó un deber de información en cabeza del empleador, y a favor de la agrupación sindical representativa de los trabajadores, entre cuyos contenidos se encuentra el de proporcionar información acerca de las *innovaciones organizativas* que se lleven a cabo por la empresa. Tal prescripción, en caso que las innovaciones citadas pudieren importar una descentralización productiva o de constitución de grupos económicos (v.gr. por procesos de contratación o subcontratación; descentralización por escisión o filialización; descentralización por externalización de tareas o de personal, etc), permitiría concluir en la existencia de una carga de proporcionar la correspondiente información de tales circunstancias a la respectiva entidad gremial.

(3) La ley 25.250 —luego sustituida en el tema por la ley 25.877— instituyó también una obligación de información por parte de las empresas, mandando la elaboración del citado *balance social* en los casos de empresas con más de 500 trabajadores, el cual debería ser preparado en forma anual y proporcionado a la representación sindical, y donde deberían ser consignados diversos datos relativos a la situación y evolución de la empresa. Entre la información a proporcionar se consignó la obligación de incluir los programas y planes relativos a innovaciones tecnológicas y organizacionales que pudieran significar una modificación de la dotación del personal, traslado de las instalaciones, etc. (art. 18, ley cit.). La reglamentación de dicha disposición establecida por el decreto 1171/2000 y la resolución del Ministerio de Trabajo 23/2001 precisó los contenidos y materias a incluir en el citado documento.

La ley 25.877, que derogó y reemplazó en el tema a la anterior, redujo el umbral que torna operativa la obligación antedicha a las empresas con más de 300 trabajadores, debiéndose presentar el *ba-*

lance social ante la representación sindical y también ante la autoridad pública (Ministerio de Trabajo nacional) (art. 25, ley cit.). De igual modo fueron ampliados los contenidos de la información a brindar, e incluyéndose más específicamente, la relativa a *tercerizaciones y subcontrataciones,* además de los programas de *innovaciones tecnológicas y organizacionales* que —al igual que lo que prescribiera la norma antecesora—, pueden repercutir sobre la plantilla de personal o modificar las condiciones de trabajo.

(4) Por su parte, y en la regulación atinente a los procesos de *crisis de empresa,* se han instituido distintas prescripciones que conllevan sendas obligaciones de información que atañen también a nuestra temática.

(4.i) La ley 24.013 (LNE), que instituyera una procedimentalización obligatoria previa en los supuestos de crisis de empresas en que se vislumbra la adopción de despidos o suspensiones colectivas por fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, dispuso la obligación por parte del empleador que iniciare el procedimiento, de informar acerca de dichas circunstancias y de presentar los elementos de acreditación correspondientes relativos a la situación de crisis (art. 100), de lo que se dará intervención y conocimiento a la entidad sindical pertinente, amén de la autoridad pública laboral (arts. 99 y 100, ley cit.). La reglamentación dispuesta por el decreto 2072/94 precisó y amplió los contenidos de la información a proporcionar por la empresa relativa a acciones propuestas para la superación de la situación de crisis, estableciendo la obligación de informar acerca de planes de movilidad funcional, *reconversión productiva y cambios organizacionales, recolocación* interna o externa de los trabajadores excedentes, reformulación de modalidades operativas, ayudas a los trabajadores excedentes para la realización de emprendimientos productivos, etc. (art. 1º). Por dicha misma reglamentación se dispuso la creación de una dependencia dentro del ámbito de la autoridad laboral estatal ("Unidad de tratamiento de situaciones de crisis") que también podría recabar información, además de la realización de investigaciones, en dicha misma materia.

(4.ii) También se advertiría presente una obligación informativa en el marco de procedimientos de crisis, en lo dispuesto por el

dec. 328/88 (75). Si bien en dicha normativa la obligación informativa (que se estableció con carácter previo a la adopción de suspensiones, reducciones de jornada o despidos por causas económicas o falta o disminución de trabajo) se estableció en cabeza de la empresa respecto de la autoridad laboral estatal, también se estableció la realización de un trámite procedimental de negociación por la empresa con la representación sindical de los trabajadores, requiriéndose opinión escrita a esta última en relación a la iniciación procedimental efectuada por la empresa. Entre la información a brindar por el empleador se contempló la de indicar las medidas adoptadas para la superación o disminución de los efectos de la crisis.

(4.iii) El decreto 264/02 que reinstaló la vigencia de la norma anterior estableció la necesidad de un procedimiento previo a los supuestos de despidos sin causa justificada, consistente en la obligación de información y de tramitar el procedimiento del decreto 328, en los casos de despidos *menores* (inferiores a los parámetros previstos por la ley 24.013 para tornar obligatoria la tramitación preventiva de crisis).

El decreto 265/02, por su parte, que amplió los contenidos de la información a brindar en los procedimientos de crisis por el empleador, dispuso también la aplicación del trámite previsto por el dec. 328/88 para dicha clase de procesos, cuando las medidas previstas a aplicar no alcanzaren los parámetros mínimos establecidos por la ley 24.013 para la tramitación del procedimiento preventivo de crisis.

(4.iv) La ley 25.250, modificatoria en el aspecto de la ley 23.546 y luego reemplazada por la ley 25.877, instituyó también en el ámbito de los procesos de crisis, obligaciones de información en cabeza de las empresas. En tal sentido, se prescribió que antes o durante la tramitación de un procedimiento preventivo de crisis regulado por la ley 24.013 (LNE), la empresa iniciadora del trámite debe informar *a sus trabajadores* y a la *representación sindical,* acerca de las causas y consecuencias de la crisis, así como también la obligación de informar a los representantes sindicales, durante el trámite de dicho procedimiento, acerca del mantenimiento del empleo, mo-

(75) De dudosa "resucitación" legal por los decretos 264/02 y 265/02, por encima de la derogación implícita general, que supuso el dictado de la ley 24.013 (art. 159).

vilidad funcional, innovación tecnológica, *reconversión productiva y cambio organizacional, recolocación interna o externa de los trabajadores,* régimen de ayudas para la recolocación y para la creación de emprendimientos productivos por parte de los trabajadores excedentes (inciso 4, punto 5, apartado A, ley 23.546, modif. por ley 25.250).

(4.v) La ley 25.877, de *reforma laboral* y derogatoria de la anterior, contempló también una obligación de información en cabeza de las empresas en situación de crisis, mandando proporcionar información relativa a planes para el mantenimiento del empleo, movilidad funcional, *innovaciones tecnológicas y organizacionales, reubicación interna o externa de los trabajadores afectados,* así como sobre programas de apoyo a la generación de micro emprendimientos (art. 20).

(4.vi) También en el marco de situaciones de crisis de empresas, y respecto de los procesos judiciales de concurso preventivo mercantil iniciados conforme a la ley 24.522, se contempla obligaciones informativas que atañen también a nuestra materia. La ley 25.250 modificatoria del art. 4º, punto 5, apartado B, de la ley 23.546 y luego la ley 25.877 que reemplazó a la ley 25.250, contemplaron que en el trámite de la negociación de los convenios colectivos de trabajo de crisis (art. 20, ley 24.522), la empresa deberá informar a la representación sindical de los trabajadores acerca de diversas circunstancias, y entre las cuales se encuentra la información relativa a las repercusiones de la crisis sobre el empleo, así como la relativa a la rehabilitación de la actividad productiva.

(5) En la regulación relativa a las *pequeñas empresas,* es dable también apreciar la existencia de obligaciones de información atinentes a los aspectos que nos ocupan.

En tal sentido, la ley 24.467 establece que cuando las empresas de esa tipología decidieren iniciar procesos de *reestructuración de las plantillas de personal* por razones *tecnológicas, organizativas o de mercado,* podrán proponer a la agrupación sindical signataria del convenio colectivo de trabajo vigente la modificación de contenidos de la regulación colectiva o estatutaria aplicables, y que a tal efecto, la asociación sindical tendrá derecho a que se le proporcione la *información* necesaria que justifique la proposición de las pequeñas empresas en ese sentido (art. 97, ley cit.)

(6) Otras normas instituyen, a su vez, una obligación de información por parte del empleador *respecto de las autoridades públicas.*

(6.i) Así, en los casos de descentralización productiva en cuya virtud una empresa recibiere prestaciones de servicios por parte de trabajadores de otra, la Resolución General AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) 899/2000, y luego la que le reemplazara, la Res. 1891/2005, establecieron que la empresa recipiendaria deberá requerir a la prestataria de los servicios, y con carácter previo al inicio de los mismos, distintos datos y documentación relativa a los dependientes de la contratista, todo lo cual, junto con la identificación de la empleadora respectiva, deberán ser conservados por la empresa recipiendaria y puestos a disposición de la autoridad estatal competente a cargo de la fiscalización de las cotizaciones impositivas y de la seguridad social.

(6.ii) También se aprecia la existencia de una obligación informativa de individualizar ante la autoridad estatal a la empresa matriz o principal, en determinados supuestos de contratación de bienes.

En tal sentido, la Res. Gral. de AFIP 1557/2003 estableció un régimen de retención en la fuente de determinadas cotizaciones destinadas a la Seguridad Social que se recaudan sobre vales alimentarios y/o cajas de alimentos que las empresas podían otorgar a su personal de conformidad con lo previsto por el art. 4º de la ley 24.700 (76). A tal fin, las empresas contratistas, proveedoras de dichos bienes, son colocadas como agentes de percepción e información, debiendo retener directamente sobre el monto total de los vales alimentarios y/o cajas alimentarios contratados por la empresa matriz o principal, el valor de la cotización respectiva y proceder al depósito correspondiente con destino a la seguridad social informando los datos de individualización pertinente de la empresa matriz o principal. En dicho supuesto, es la empresa contratista, proveedora de los bienes, quien debe informar a la autoridad estatal acerca de la individualización de la empresa principal o matriz que contrata la provisión de los bienes.

(76) Actualmente, en vías de eliminación y transformación por virtud de lo establecido por la ley 26.341.

La norma anterior fue luego modificada y ampliada por la Res. Gral. AFIP 1606/2003.

(6.iii) En otras ocasiones se observa una obligación de informar por parte de la empresa principal los datos de individualización de la contratista o subcontratista, además de los suyos propios.

Así, respecto de determinados supuestos de descentralización productiva, la Res. Gral. AFIP 1556/2003 estableció también una obligación de informar ante la autoridad estatal por parte de las empresas que contraten o subcontraten la provisión de servicios de limpieza de inmuebles no destinados a casa habitación, además de una obligación de percepción en la fuente de determinadas cotizaciones de la seguridad social.

En tal caso, es la empresa principal quien se halla obligada a brindar información individualizante respecto de su contratista o subcontratista, además de la suya propia, frente a la autoridad estatal.

Un esquema similar fue instituido también para los supuestos de contratación o subcontratación de obras o servicios correspondientes a la construcción de inmuebles a través de la Res. Gral. D.G.I. 4052.

Otro tanto hizo la ley 25.345 (arts. 17 y sigtes.) de Prevención de la Evasión Fiscal. En virtud de la misma, las empresas de la industria de la construcción en general, y las empresas concesionarias de servicios públicos, deben proceder a determinar y retener de los montos que deben abonar a sus empresas contratistas o subcontratistas de la industria de la construcción, el importe correspondiente a determinadas cotizaciones de la seguridad social, importe que, junto con la necesidad de brindar la información individualizante correspondiente, deberá proceder a depositar con destino al régimen respectivo de la seguridad social.

Algo análogo en materia de información aparece establecido respecto de la contratación o subcontratación de servicios de investigación y seguridad por la Res. Gral. AFIP 1769, y lo propio adviértese ocurrir también con la Res. Gral. AFIP 1784 (régimen general de retención).

(7) También se observa una obligación informativa de la principal respecto de sus contratistas o subcontratistas, en los casos de contratación de la *provisión de servicios eventuales* conforme lo dispuesto en su momento por el decreto 342/92 (arts. 13 y sigtes.) y luego por el que le derogara y sustituyera, el decreto 1694/06 y en el dec. 2086/94; y lo propio se hizo en la Res. Gral. DGI 3983/1995 y su complementaria 4003/95, entre otras.

Capítulo XI

Sobre la necesidad de eventuales modificaciones por vía legislativa

En el terreno laboral, la inserción de los fenómenos de descentralización o externalización dentro de los conjuntos económicos parecería provocar más interrogantes que certezas a la hora del análisis de las técnicas de protección existentes.

a) El nivel de protección vigente en la materia evidenciaría un proceso histórico de *estrechamiento*, y de doble vía. Por un lado, y en cuanto a la descentralización de actividades (vía subcontratación), se refiere, por las sucesivas modificaciones operadas en el art. 30, LCT, relativo a los fenómenos de externalización, donde hubo de pasarse de un sistema de solidaridad amplia y automática, tal como se preveía en su texto originario —y plurales cambios normativos y jurisprudenciales mediante—, a una idea actual que, literalmente apreciada, llevaría a concluir que la solidaridad sólo surgiría por omisión de control (1). Por el otro, por la modificación operada, a su vez, en el art. 31 de igual cuerpo legal en lo que al desenvolvimiento de grupos económicos se refiere (art. 33 del texto primitivo), habida cuenta la restricción producida con la introducción de una *condición* a la que hubo de quedar subordinada la procedencia de la protección, cambiando la técnica del tratamiento para pasar así, y al igual que en el caso anterior, de una solidaridad automática a una "solidaridad *condicionada*".

b) Por otra parte, y en cuanto a la creación de grupos económicos en sí, la regla general de "separación" societaria basada en el

(1) Véase Ackerman, Mario E., *Antes y después de Rodríguez*, DL, 2001-1-191 y sigtes.; íd., Lorenzetti, Ricardo L., *op. cit.*, p. 114.

principio de la personalidad no ha dejado de concitar críticas e inquietudes. En el derecho hispano, Baylos y Collado (2) señalan que los grupos de empresas estarían permanentemente instalados en las relaciones laborales actuales beneficiándose por partida doble de la *"identidad anómala"* que tendrían y que le permitirían una indeterminación de los criterios clásicos de imputación jurídica y de una cierta situación de "anomia" respecto de la normativa laboral que —al igual que lo que acontece en nuestro medio— no habría establecido una regulación completa de ese fenómeno en su específica repercusión en las relaciones de trabajo.

c) Los problemas jurídicos laborales que resultarían dable advertir en la experiencia son variados. Uno de ellos, en los supuestos de descentralización productiva o de personal entre empresas integrantes de un mismo conjunto económico, es el del *"empleador aparente"*: no siempre resulta fácil al trabajador fijar con precisión quién adopta frente a él la calidad de sujeto empleador y, consecuentemente, exigirle el cumplimiento de las obligaciones que le afectan. La identificación del real empleador no es otra cosa que determinar a quién corresponde la responsabilidad empresarial de acuerdo a lo establecido en el sistema jurídico laboral, el de la seguridad social y el propio contrato individual de trabajo (3). Existiría pues, en dicho aspecto, una necesidad de buscar mecanismos de protección del trabajador para la búsqueda del "auténtico responsable" empresarial a fin de que, identificado, responda a sus obligaciones.

La problemática en el punto hace, pues, referencia a la "realidad" de la prestación laboral simultáneamente o sucesiva a favor de varias empresas del grupo, o, cuando prestándola a sólo una del grupo, éste funciona con criterios de concentración.

Porque habría allí *un cambio del "tipo" de empleador*, de su posición jurídica a través de una nueva estructuración organizativa de la empresa y de una configuración diferente del poder de dirección, no acompañada por la legislación. En efecto, el derecho del trabajo

(2) BAYLOS, ANTONIO y COLLADO, LUIS, Introducción a *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, 1994, p. 16.

(3) PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, 5ª ed., Madrid, 1997, p. 709.

se mostraría actualmente *atado por las formas jurídicas tradicionales,* como la estrecha e impropia definición del sujeto "empleador" que establece nuestra legislación y en la que no tendría literal cabida el conjunto económico como unidad, y así también, y sin perjuicio de ello, por la ya vista noción de la *"personalidad jurídica",* produciéndose una *disociación* entre dicho concepto, concebido como la seña de identidad de la subjetividad actuante en el tráfico jurídico, y la realidad del *empresario efectivo,* o de la sustancia real del poder organizativo que no coincide con aquélla (4).

Según Vardaro, mientras la "empresa" (en el conjunto) tiende a configurarse como un *procedimiento,* las sociedades que forman parte del grupo lo hacen como *las fases* de ese procedimiento (5). Dicha imagen resultaría útil para apreciar la fórmula organizativa y el eventual grado de autonomía funcional de las respectivas empresas que compondrían el grupo como "partes de un todo", una actividad que persigue "un fin unitario", una "globalidad funcional" propia de una noción que trascendería la correspondiente a cada sociedad que participa en el conjunto del grupo (6).

d) La unidad sustancial existente, por una parte, en el tipo de grupos o "conjuntos de empresas" que la doctrina y jurisprudencia consideraran como presupuesto de hecho del artículo 31 de la LCT y, por otra parte, el principio de independencia jurídica que dichas empresas ostentarían entre sí, resultarían generadoras de cierta *"tensión"* entre la realidad económica y su cobertura jurídica.

Dicha misma tensión, que se ha presentado también en el derecho comparado, situarían al jurista —según refiere Camps Ruiz— frente a la difícil disyuntiva de *respetar el dato formal de la personalidad jurídica* (opción que le llevaría al tratamiento de las cuestiones a partir de la premisa de que cada sociedad es independiente de las demás, ignorando pues las vinculaciones de fondo existentes entre ellas), *o de conceder relevancia jurídica a las relaciones específicas que se establecen entre las sociedades integrantes del grupo*

(4) ZANELLI, P., *Gruppi di imprese fra vecchie e nuove regole,* in ricordo di *Gaetano Vardano,* Milano, 1991, 40-41, cit. por BAYLOS y COLLADO, *op. cit.,* p. 14.

(5) VARDARO, G., *Prima e dopo la persona giurídica...,* *op. cit.,* p. 341; BAYLOS, A. y COLLADO, L., *op. cit.,* p. 14.

(6) BAYLOS y COLLADO, *op. cit.,* ps. 14/15.

(lo que le llevaría al tratamiento de aquellos problemas a partir del entendimiento de que se está ante una "realidad unitaria", a pesar de la diversidad o independencia de los entes societarios) (7). En estricto sentido, ni una ni otra solución parecerían compatibilizarse, no obstante, con criterios objetivos de equidad y más parecería apropiada la búsqueda de una respuesta intermedia que equilibrare ambas esferas de interés sin desmedro del adecuado respeto del principio de protección que inspira toda la disciplina jurídica del trabajo.

Sin embargo, tal como ya se dijera, en nuestro medio y al igual que lo que acontece en el extranjero, para resolver dicha disyuntiva y afrontar la problemática antes indicada, el jurista ha venido contando hasta ahora *con escasa ayuda de parte del legislador* (8): la disciplina jurídico-laboral de los grupos de sociedades ha tenido en nuestro país una elaboración más doctrinaria y jurisprudencial que estrictamente normativa.

Han mediado, sí, expresiones puntuales de regulación en alguna cuestión. En la legislación extranjera resulta dable apreciar, así, atisbos aislados de regulación en el ámbito laboral de algunos aspectos o manifestaciones atinentes a los grupos de empresas en el sentido antes indicado. Según se viera en el capítulo pertinente, en España, v.gr., el Real Decreto ley 1/1992 y la ley 22/1992, de regulación de medidas de fomento de la contratación indefinida, establecieron que a dichos efectos habría de considerarse a los vínculos laborales mantenidos con las empresas de un grupo *como una sola relación laboral*, y al grupo de empresas como *una misma* y *sola empresa unitaria*, ocurriéndose para la delimitación del concepto de "grupo" al criterio de la "dirección unitaria", a la "unidad de decisión", en cuya virtud cualquiera de las empresas "controla directa e indirectamente a las demás" (9), y al concepto de "control" de empresa dominada por una dominante previsto en el Código de Comercio (10). Similar consideración como *unidad* aparece en el derecho fiscal francés donde la legislación hubo de ocuparse de señalar, a partir del principio de "realidad", que los grupos de interés económico se encuentran

(7) CAMPS RUIZ, LUIS M., *Problemática...*, *op. cit.*, p. 88.

(8) CAMPS RUIZ, LUIS M, *op. cit.*, p. 89.

(9) Art. 4º, ley 22/1992.

(10) Art. 42, apart. 1, Cód. hispano.

sometidos a un régimen fiscal análogo al de las sociedades de personas (11). En una condición no normativa, sino a nivel de *Recomendaciones*, se han ensayado igualmente en el ámbito internacional experiencias tendientes a una ordenación de algunas manifestaciones de dicha misma fenomenología para su consideración unitaria, tales como la de grupos de empresas de dimensión internacional (12) y, en ocasiones, con alguna tonalidad normativa (13).

En nuestro país, en materia fiscal hubieron de darse también y de antaño algunas expresiones normativas puntuales, pero tampoco orgánicas o sistémicas, considerándose así, v.gr., a las empresas integrantes de un grupo como *una unidad* a los fines de la tributación, y ello, también a partir del presupuesto de "control" o subordinación empresarial (14). Lo mismo advertiríase en otras disposiciones del ámbito mercantil con regulaciones específicas, aún cuando tampoco orgánicas, para la consideración de grupos de sociedades como una "unidad" aún cuando en determinados supuestos y también sólo a determinados efectos (15).

e) En el terreno laboral, y sin dudas por la circunstancia de tratarse de un fenómeno relativamente reciente, al menos en sus proyecciones actuales, y además, eminentemente dinámico y en franca evolución, no ha mediado aún una regulación que de un modo *sistematizado y orgánico* brindara respuesta adecuada a la policromática diversidad de cuestiones que suscita dicho fenómeno habiéndose limitado, como toda ordenación, a la vigencia de lo establecido en su momento, y restricciones modificativas mediante,

(11) GUYENOT, JEAN, *op. cit.*, p. 29.

(12) Así, v.gr., los llamados *Códigos de buena conducta para empresas multinacionales*, para intentar erradicar algunas prácticas abusivas y hacer cumplir a las mismas la legislación laboral de cada país de acogida.

(13) Tal, v.gr., la Directiva comunitaria 94/95 CEE del 22/9/1994, y su consecuente en el derecho hispano, la ley 10/1997.

(14) V.gr., art. 8º, decreto 18.229/43; arts. 12 y 13 decreto 14.341; art. 71 de la ley 11.682 —impuestos a los réditos—; art. 92, decreto 6188/52; art. 5º, de la ley 12.143 —impuesto a las ventas—; decreto 24.671/45 —impuestos internos—; íd., arts. 3º y 92 ley de impuestos internos; art. 12 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires —impuesto inmobiliario—, etc.

(15) V.gr., art. 161 de la ley 24.522, sobre extensión de la quiebra a la controlante en caso de sociedades controladas, en el supuesto de "desvío indebido" del interés social de la controlada; íd. el art. 174 para los casos de "grupos económicos" conformados en relación de sociedades controladas.

por el precepto contenido en el art. 31, LCT. Tampoco hubo de ser instituida respuesta normativa especial y sistémica alguna cuando dicho fenómeno pudiera dar cobijo, a su vez, a la realización de descentralizaciones, a lo interno o externo del agrupamiento, por parte de algunas de las empresas del mismo. No existiría tampoco una respuesta *sistémica* que pudiere contemplar soluciones o tratamientos que contemplaren los distintos ámbitos de ordenamiento normativo en que los grupos se desenvuelven, y que en consecuencia atiendan en sus debidos alcances las distintas circunstancias e intereses en juego, sin soslayo de una apropiada protección, al propio tiempo, de los derechos de trabajadores involucrados.

En nuestro derecho, el art. 31, LCT, ha constituido una aspiración reguladora puntual intentando dar una respuesta de protección *limitada* a la fenomenología de los conjuntos económicos y siguiendo un sentido algo similar a lo acaecido en otras legislaciones, considerando a determinados grupos de empresas y en determinadas circunstancias de excepción, como a una *unidad.* No hay, empero, y como se señalara, una regulación más sistematizada y orgánica que contemplara con mayor amplitud dicho fenómeno en todas las manifestaciones o proyecciones que es susceptible de alcanzar, tal como ocurriría con las contrataciones de descentralización entre empresas del mismo grupo y varias otras más, y que pudiera dar respuesta a la prolicromática diversidad de cuestiones que suscitarían en la práctica dichos agrupamientos.

El dictado de normas reguladoras y definidoras en la temática parecería ser un paso necesario para brindar una mayor claridad y certeza, aun cuando no parece ser tarea exenta de dificultades. La abundante literatura producida tanto en el derecho comparado como el nacional, contrastaría con la relativamente escasa cantidad de normas que se refieren concretamente al tema. Los autores concordarían que el grupo, la unidad económica o empresaria con diversidad de sujetos jurídicamente independientes, requeriría un tratamiento diferenciado respecto de la sociedad comercial de funcionamiento aislado y autónomo, pero lo cierto es que la cristalización en normas positivas encontraría las dificultades e imprecisiones que derivan de la vastedad de tipos posibles y de la mutabilidad de la realidad que se pretendería comprender (16). Ninguna noción

(16) MANÓVIL, R., *op. cit.* ps. 163/64.

del grupo parecería poder tener un valor universal, porque debería ajustarse al tipo objetivo y finalidad de la ley que utilice el concepto para atribuirle consecuencias jurídicas (17). Los ángulos del enfoque de los grupos suelen variar según la finalidad: la protección del patrimonio de la sociedad dominada; la garantía de los acreedores; la protección de los trabajadores, la tutela de los socios externos, los deberes de información y contabilidad; el funcionamiento orgánico; la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica (18).

La *atribución de efectos al grupo* exige dar buenas pautas para definirlo, tarea sumamente difícil, bueno es reconocerlo, y que rara vez parece conformar a los doctrinarios. Ni siquiera en el derecho alemán, que es donde con mayor amplitud y rigor se ha regulado el fenómeno de los vínculos intersocietarios y el agrupamiento, existe total conformidad y certeza acerca de cuál sería el o los elementos a partir de los cuales se generan sus efectos.

f) Como se dijo antes, la problemática advertible ni siquiera se ceñiría a escasos y comunes aspectos sino que resultaría *compleja*, una problemática plural y diversa: además de las cuestiones relativas a la identificación del destinatario de la imputación de las responsabilidades propias de la condición de "empleador", o la propia determinación de dicha calidad, se presentarían otras cuestiones también dignas de atención, tal como la determinación de la exigibilidad de ciertos derechos vinculados a la dimensión de la empresa, de ser considerada un "todo unitario" o no; el régimen jurídico aplicable a las externalizaciones de personal para ponerlos a disposición de otras empresas del mismo grupo; el régimen aplicable en casos de vinculación sucesiva del personal; los fenómenos de reestructuración y reconversión de empresas y el régimen a aplicar en los procesos de crisis; el régimen jurídico convencional aplicable al personal de las distintas empresas en caso de descentralización; lo mismo, en lo relativo al régimen legal a aplicar cuando se tratare de esquemas de agrupamientos internacionales de empresas en que mediare descentralización con externalizaciones de personal,

(17) PAVONE LA ROSA, MARIO, *Controllo e grupo della fenomenología dei collegamenti societari*, Il Diritto Fallimentare e delle societá commerciale, enero-abril, 1985 ps. 15/16.

(18) MANÓVIL, R., *op. cit.*

y que supondrían la necesidad —no sencilla— de resolución de problemáticas vinculadas a conflictos de leyes y jurisdicciones de derecho internacional privado (19); la determinación de las reglas de representación sindical del personal en dichos supuestos; las unidades adecuadas para la negociación colectiva, etc. (20).

Todo ello, y como se dijo, no parece resultar posible de resolver adecuadamente con el material normativo existente.

Dado el esquema vigente en nuestra ley laboral, en que falta una definición legal acerca de qué debe entenderse por grupo o "conjunto económico permanente" o conjunto de empresas, amén de la errónea alusión a empresas con personalidad jurídica, y donde rige como principio la regla de la "separación" o independencia societaria proveniente de la ley general, donde la noción específica de la ley acerca de la figura del empleador no logra aprehender debidamente al concepto de "grupos de empresas", y donde la norma reguladora del supuesto concreto (el art. 31, LCT) no contiene una prescripción o mandato que atribuyera o extendiera específicamente dicha condición de *"empleador"* al "grupo", parecería que si un intento de aproximación quisiera instituirse hacia una solución minimamente orgánica y debidamente contemplativa de los distintos aspectos, y con una adecuada protección del trabajo subordinado, no muchos otros caminos existirían, sino que ello fuere resuelto por ***vía del legislador***, a través de una *reforma del mecanismo legal existente.*

g) Por otra parte, y atento a hallarse involucrados aspectos con indudable repercusión en otras ramas del ordenamiento, el abordaje de la cuestión debería hacerse a partir de un enfoque ***multidisciplinario*** que procure abarcar la dispar problemática, la diversidad de supuestos o tipologías, intereses en juego y relaciones jurídicas que se hallarían comprometidas.

En efecto, la idea de una necesidad regulatoria más amplia y orgánica para dicha clase de fenómeno no es, por otra parte, nueva ni propia del derecho laboral pues ha sido esbozada en otros órdenes

(19) Véase, GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN en VALVERDE, M., RODRÍGUEZ SAÑUDO-GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo,* Madrid, 2ª ed., p. 196.

(20) En igual sentido, CAMPS RUIZ, LUIS M., *Problemática ..., op. cit.*, ps. 88/89.

también. Se ha hablado, así, y también, desde la perspectiva misma de la economía, acerca de la necesidad de desarrollo de un nuevo marco jurídico institucional de regulación de la actividad económica como consecuencia del creciente protagonismo de los grupos de empresas, de las transformaciones que generan en los propios mercados y del material conflictivo que en determinados momentos puede generarse a partir de dicha transformación de los sistemas productivos (21).

La tarea, por cierto, no parece sencilla, habida cuenta la distinta fenomenología a abarcar para lograr una regulación debidamente comprensiva. Se trata de una problemática compleja y que debería ser abordada como tal y no con visiones reduccionistas o meramente parciales. Todo parecería indicar que sería preciso un desarrollo mayor de investigaciones sociológicas, económicas y jurídicas que permita reunir las informaciones necesarias para elaborar una base conceptual que permitiese apreciar las posibilidades de formular normas más abarcativas sobre el tema.

Y, como dicen Baylos y Collado, uno de los primeros problemas consistirá en encontrar una definición legal lo suficientemente comprensiva de las múltiples variables que pueden adoptar estas empresas de estructura compleja compuestas de personas jurídicas formalmente independientes y autónomas (22).

h) Mientras tanto ello así no acontezca, podría comenzarse al menos en el campo laboral por establecerse *nuevas definiciones* más actuales en torno a la figura del "empleador", de cara a los fenómenos de pluralidad de entidades articuladas, como así también establecerse una mayor precisión o definición en lo relativo al tipo de articulación o relacionamiento que debería considerarse comprendido en el supuesto legal contemplado en la regulación protectora. Otro aspecto que podría mejorarse en la técnica normativa sería la de suprimir la inadecuada referencia a una supuesta "personalidad jurídica propia" respecto de las "empresas", como así también, y como se dijo, que en la definición de la figura del empleador contenida en el art. 26 se contemple también la hipótesis

(21) F. GALGANO, *Las instituciones de la economía capitalista,* 1990, cit. por ARAGÓN MEDINA, JORGE, *Los grupos, op. cit.,* p. 41.

(22) *Op. cit.,* p. 15.

del *"conjunto de personas jurídicas"* para salvar los inconvenientes que actualmente presenta la atribución de responsabilidad en el contexto de agrupamientos.

Del mismo modo, podría mejorarse la técnica en cuanto a la determinación del supuesto de hecho de configuración para precisarlo en torno a la situación del dominio, sin recurrir a conceptos vagos y confusos como los actuales de la "administración" de una empresa por otra.

i) Otro de los aspectos que podrían ser contemplados al efecto, hacia la determinación del sujeto empleador en los casos de grupos de empresas, podría ser, bajo ciertas condiciones, la de *atribución de personalidad jurídica* a los grupos permanentes de sociedades titulares de empresas, aun cuando, como se viera, se trata de un aspecto que aún hoy es materia de disputas en parte de la doctrina nacional comparada.

De todos modos, y según se viera, algunos ejemplos se perfilaron en ese sentido. En Europa, según se señalara en el capítulo respectivo, y siguiendo el precedente francés del *groupement d'intérét économique (GIE)* regulada por ordenanza del 23/9/1967, la Comunidad Económica Europea aprobó el reglamento 2137/85 que permitió y reguló la constitución de agrupaciones de interés económico en el ámbito comunitario para los supuestos que las mismas superaran el marco de un Estado miembro, y que se denominaron Agrupaciones Europeas de Interés Económico (AEIE), y fueron *dotadas de personalidad jurídica propia.* Se trata de agrupamientos establecidos con vocación de permanencia, uniéndose diversas sociedades para su actuación en el mercado por tiempo indefinido. El reglamento 2137/85 del 25/7/1985 estableció a los fines de la protección de los terceros que los miembros de dichos agrupamientos responderían ilimitada y solidariamente de las deudas del mismo, incluidas las fiscales y de seguridad social, debiendo tener las agrupaciones un órgano jurídicamente diferenciado respecto de sus miembros. También en España, la ley 12/1991 de agrupaciones de interés económico dota a las mismas de personalidad jurídica propia. En nuestro medio, y aun cuando no constituyen sujetos con personalidad jurídica, en el ámbito tributario de la seguridad social, no obstante, algunas normas reglamentarias han reconocido "cierto" carácter de sujeto a determinados agrupamientos, las

uniones transitorias de empresas, aún cuando sólo a determinados efectos (23).

j) Dicha modificación del esquema normativo en el aspecto podría llevarse a cabo sin perjuicio de reanalizarse al propio tiempo la conveniencia del mantenimiento de la consecuencia jurídica protectiva establecida en la formación específica (art. 31, LCT), al menos en lo que a la idea del fraude refiriérese, por el carácter superfluo que tendría a ese respecto habida cuenta el principio general contenido en el art. 14, LCT, como así también una mayor definición de sus condicionantes, particularmente en lo relativo a la "*conducción temeraria*", pudiendo reemplazarse, al efecto, dicha locución por la de "*culpa grave*" en la conducción negocial. Podría también eventualmente considerarse la posibilidad de sustitución de la actual protección por una nueva y distinta consecuencia, o bien establecer *formas complementarias* de protección en conjunto con ella.

En efecto, en cuanto a eso último se refiere, las *técnicas de protección* instituidas en nuestro ordenamiento, tanto respecto de las formas de descentralización de que se ocupan los arts. 29 y 30, LCT, cuanto del trabajo en el seno de un conjunto económico del que se ocupa el art. 31, podrían ser asimismo *complementadas* por otras. Aun cuando siempre las técnicas utilizadas en el derecho comparado deben ser analizadas cuidadosamente y estudiar debidamente, y en forma previa, las posibilidades concretas de su utilización en nuestro medio, algunas experiencias del derecho comparado podrían, tal vez, también servir de guía para un diseño en ese sentido respecto de algunas formas de descentralización operadas dentro de grupos de empresas.

j.1) En tal sentido, en la legislación de otros países se observa una corriente normativa destinada a colocar ciertas formas de descentralización (subcontrataciones) bajo el control de las autoridades públicas para proteger los intereses de los trabajadores involucrados. Uno de los instrumentos utilizados para ello, en algunos casos, ha sido el de establecer ciertos deberes de *información*, o bien, la

(23) Así, v.gr., la Res. Gral. AFIP 1984/04, que instituyera en cabeza de empleadores un régimen especial de retenciones para el ingreso de cotizaciones a la seguridad social, colocando a las mismas como sujeto obligado de retención y otras más en igual sentido.

"registración", y en otros se ha ido más allá aún estableciéndose la exigencia de *"autorización"* por el cual el acuerdo de subcontratación recibe reconocimiento legal sólo si se cumplen determinadas condiciones. Ambas formas tienden a garantizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador por las partes contratantes respecto de los trabajadores interesados y la seguridad social (24). Las exigencias instituidas en nuestra ley en su art. 29 para la celebración de subcontrataciones de personal, así como las demás prescriptas por vía reglamentaria y resoluciones del organismo fiscal en materia de determinación de mecanismos de recaudación en cabeza de las empresas usuarias (25), parecerían significar un paso en ese sentido.

Los recaudos para la registración de ciertas formas de externalización varían en las distintas legislaciones que han instituido mecanismos como el del tipo, aún cuando se hallan en línea con la idea de establecer un mínimo de aseguramiento de la efectiva satisfacción de las obligaciones frente a los trabajadores y los entes de la seguridad social establecidas por las leyes y el propio contrato individual. Así, v.gr., se exige a veces el depósito o la constitución de *garantías dinerarias o reales* suficientes del fiel cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social por la subcontratista reembolsables a la misma con posterioridad a la finalización del contrato y mediando la acreditación de la cancelación de todos los débitos respectivos. Otros modos de garantización también han sido contemplados en igual sentido (26). En los países que no han instituido sistemas de registración como el señalado, o que lo han instituido en su momento pero sin dichas clases de exigencias de garantización, se ha tendido a un *reforzamiento del poder de las instancias de control* (policía del trabajo y de la seguridad social) de las

(24) Conf. OIT, Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª reunión, 1997, Informe VI (1) *Trabajo en régimen de subcontratación*, OIT, 1995, ps. 48 y sigtes.

(25) Dec. 342/92, modif. por dec. 2086/94 (contratación de empresas de servicios eventuales) y sustituido por dec. 1694/06; ídem, Res. Gral. AFIP 4003/95; íd. ley 25.345 (arts. 17 y sigtes; retención a contratistas y subcontratistas de la industria de la construcción), Res. Gral. AFIP 1556/03 (rég. de retención en contratación de prestadores de servicios de limpieza de inmuebles); Res. Gral. AFIP 757/00; íd., Res. Gral. AFIP 1769/04 (régimen de retención en contratación y subcontratación de servicios de investigación y seguridad) y su modificatoria Res. Gral. 1845/05; íd., Res. Gral. AFIP 1881/05.

(26) Conf. OIT, Informe cit., p. 49; íd., p. 56.

autoridades públicas, aspecto éste que parecería ser, empero, una asignatura pendiente y sólo parcialmente desarrollada en nuestro medio.

j.2) Otra de las técnicas de "complementación" protectora que resulta dable apreciar en otros países, es la de exigir en ciertos contratos de descentralización, algunos deberes de información a favor de los trabajadores, tal como brindar *especificaciones* o detalles relativos a las condiciones de trabajo de los trabajadores a subcontratar. Así, la legislación de algunos países requiere que en el contrato entre las empresas (usuaria/subcontratista) queden claramente estipuladas las condiciones en que se llevarán a cabo por los trabajadores las labores acordadas, y en ocasiones se ha ido más allá, disponiéndose la necesidad de suscribir un contrato especial *tripartito* (empresa usuaria, subcontratista, trabajadores implicados) con el objeto de definir las condiciones y la duración del trabajo. Ello ocurre v.gr., en las legislaciones de Bélgica, de China, y de otros países (27).

k) Una nueva regulación, o una reformulación normativa del esquema actual podría provenir primariamente de la esfera del Estado, mas no únicamente. En tal sentido, los propios trabajadores a través de sus organizaciones representativas y por medio de esa otra fuente peculiar y sustantiva de la disciplina, que es el instrumento de la negociación colectiva, resultarían susceptibles de desempeñar también un papel fundamental en el desarrollo de los factores ordenadores de compensación y protección frente a dicha problemática compleja. De hecho, en distintos países los convenios colectivos parecerían haber sido muy útiles, entre otros aspectos, para aumentar el control a nivel de las grandes empresas, las cua-

(27) V.gr., legislación de Bélgica, conf. B. NYSSEN, *Contract Labour, quand apparences peuvent être trompeuses,* enero de 1995, p. 23, cit. por OIT, Informe de la Conferencia Internacional del trabajo, 85ª Reunión, *op. cit.*, p. 53. Igualmente en China, la *Labor Contract Law*, según la reforma operada con vigencia a partir del 1/1/2008, establece igualmente que en el contrato entre la contratista y el principal deberán especificarse los detalles de los contratos de trabajo del personal que se desempeñará en el marco de dicha contratación, como así también la obligación de la contratista de notificar a los trabajadores los contenidos de los contratos con la empresa principal relativos a sus desempeños. Instituye, asimismo, otra obligación similar, en cabeza de la empresa principal, especificando los requerimientos de la labor a realizar, capacitación a brindar, aspectos económicos, jornada, etc (arts. 59, 60 y 62, ley cit.).

les serían, por otra parte, los actores frecuentes de los contratos de descentralización (28).

l) El establecimiento de normaciones más específicas relativas a *derechos de información* y *consulta* de los trabajadores de las empresas articuladas grupalmente podría constituir, asimismo, un mecanismo complementario y de especial significación en igual camino (29).

Algunas formas, pues, en torno a un fenómeno tan actual y complejo.

(28) Conf. OIT, Informe cit., p. 65.

(29) En el ámbito europeo se han dado ya experiencias en ese camino. Según se viera, la Directiva 94/95 CEE del 22 de septiembre de 1994, y en España, v.gr., la ley 10/1997 dictada en consecuencia de aquélla, hubieron de establecer normaciones en tal sentido respecto de grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Capítulo XII

Epílogo

Nada novedoso resultaría afirmar que el fenómeno de los grupos de empresas integradas en relaciones de asimetría o dominio suele constituir una problemática decididamente compleja para el Derecho del Trabajo y generadora de una pluralidad de desafíos. La naturaleza de éste, llamado muchas veces a enfrentarse con el ordenamiento tradicional, explica sus singularidades y dan lugar a que el mismo sea, además de una rama particular del árbol jurídico, una nueva forma de contemplar el fenómeno jurídico en su integridad.

Decía Guyenot que los grupos económicos se insertan en un movimiento general de concentración de empresas, renunciando a una parte de libertad económica por transmisión de poderes a un agrupamiento del cual vienen a ser miembros. De esa manera, se crea una concentración de poder económico en la escala de sus actividades, para acrecentar, por intermedio del grupo, el peso de sus propias empresas (1), pudiendo producir o distribuir más racionalmente, a mejor costo y a mayores destinatarios, tanto en su propio interés como en interés de la comunidad. Los mismos han sido llevados al primer plano de la escena jurídica, han alcanzado un rango que por momentos los iguala con las sociedades comerciales (2). Más aún, por el impulso que han dado a sus empresas, han contribuido a acentuar la cantidad de numerosas formas nuevas, societarias y contractuales, de grupos y de convenios económicos.

---

(1) Guyenot, Jean-Pierre, *Los grupos de intereses económicos*, prólogo, ps. 11/12, Ed. Ejea , Bs. As., 1973.

(2) Guyenot, *op. cit.*, p. 14, refiriéndose a las agrupaciones de interés económico.

Mas, como también refiere, esa libertad no es una libertad concebible sin freno ni finalidad útil económica y socialmente.

La libertad de empresa, y sus derivaciones, las nuevas formas de organización empresarial, se inscriben en un orden económico, recogen un principio de organización de la actividad económica. Bien se ha sostenido a su respecto que más que un fin es un medio y que, como tal, se justificará en todo caso por sus virtudes instrumentales, lo que presupone y exige una valoración según resultados, pero al mismo tiempo también la ineludible necesidad de contemplar al mismo tiempo el debido resguardo de los derechos que amparan las relaciones de trabajo, y el debido respeto y promoción de la dignidad humana del trabajador.

La necesidad de adaptación a los cambios estructurales producidos en la economía, ha llevado a la búsqueda de nuevas formas organizativas y procesos, entre cuyas técnicas se han incluido nuevas modalidades de descentralización productiva, tales como las de filialización y otras formas de constitución de grupos, además de las modalidades tradicionales, para dotar a la organización última, que es la empresa, y ahora de grupo, de una dimensión más apropiada y permitir una más eficiente segmentación o distribución de parte de su ciclo productivo originario, al mismo tiempo que una mayor capacidad de adaptación y ajuste a los cambios en el mercado.

No resulta infrecuente advertir que, al propio tiempo, dichas organizaciones llevan luego a cabo subsecuentes procesos de descentralización, esta vez, dentro de los tipos tradicionales o comunes, tanto hacia fuera como hacia adentro del propio grupo, y todo ello con las consiguientes implicancias que son susceptibles de producir en los distintos ámbitos que son abarcados por ello, entre los cuales, y no menor, se encuentra el del trabajo subordinado de quienes se desempeñan en el marco de dichos fenómenos.

Sin embargo, y pese a tratarse de procesos cada vez más frecuentes y de peculiares vertientes, escaso ha sido hasta ahora el aporte del legislador para un tratamiento más amplio y actual de los mismos y susceptible de considerar los distintos factores y campos de las disciplinas científicas alcanzados por ello, viéndose los intérpretes forzados a operar con el escueto material normativo existente, y apreciándose, en ocasiones, soluciones tanto de unos y otros espectros en franca desarmonización entre sí.

El derecho laboral, como toda disciplina científica, no es algo estático, sino dinámico. Su estudio exige vastas incursiones en el terreno de los hechos, pero se realiza a partir y en función de un sistema normativo, y que, como tal, no puede prescindir de los principios que inspiran cada una de las ramas que integran su árbol, ni de la necesidad de armonización que debería existir entre las mismas. Bien señaló Unamuno, que "a todos nos enseñan lo que es ciencia, y lo olvidamos al mismo tiempo que lo estamos aprendiendo, en un solo acto. Olvidamos que la ciencia es algo vivo, en vías de formación siempre, con su fondo formado y eterno y su continuo proceso de cambio" (3).

Tanto la descentralización, como el fenómeno de los grupos de empresas (que muchas veces pueden resultar como parte de estrategias de descentralización, aunque no necesariamente), constituyen una realidad compleja para la disciplina jurídica del trabajo y una modificación de sus presupuestos tradicionales puesto que a su través hubo de producirse una sustitución del paradigma organizativo de la empresa y su reemplazo por uno nuevo. Pero además de ello, hubo de generarle una realidad de múltiple problemática, tal como la atinente a las posibilidades o no de la consideración subjetiva del grupo a determinados efectos; o la del análisis de sus efectos en torno a la determinación subsecuente de los regímenes convencionales a aplicar hacia adentro; la determinación de los ámbitos y niveles de negociación colectiva y varias cuestiones más, y con proyecciones también en otras múltiples disciplinas, y en todo lo cual es dable advertir la inexistencia de una concepción unitaria del Derecho y una marcada imprecisión conceptual en torno a aspectos esenciales de dichos fenómenos.

Independencia o pluralidad jurídica con una cierta unidad económica y de dirección parecerían constituir, por encima de las variedades de definición, aspectos caracterizantes de la configuración de los agrupamientos. Los modos de constitución, según ha sido visto, pueden resultar igualmente variados, pasando incluso por aquellos que significan una modificación de la estructura interna de la empresa, tales como los mecanismos de Escisión y Fusión, y con la paradoja de que fenómenos tradicionalmente considerados

(3) DE UNAMUNO, MIGUEL, *La tradición eterna*, en "Obras Selectas", Madrid, 1956 p. 50.

como de segregación o desconcentración, pudieren operar para la consumación de fenómenos de concentración empresarial globalmente apreciados.

El abordaje realizado por el legislador laboral a su respecto parecería por momentos opaco, amén de impreciso en su técnica y tal vez merecedor de una mejora preceptiva. Mientras tanto, las normas generales de protección se advertirían más apropiadas para el tratamiento de los supuestos de colisión, al menos en lo concerniente a uno de los presupuestos de operatividad al que la legislación condiciona la operatividad de la respuesta, y que sería en las hipótesis de fraude a la ley. No obstante, las modernas concepciones elaboradas en torno de uno de los presupuestos de configuración de los grupos, cual es la noción de dominio, han llevado a un ensanchamiento de los espacios de aplicación permitiendo una extensión de sus alcances hasta fenómenos antes no abarcados por su protección, ni tampoco abarcados por la que provenía de los supuestos tradicionales de descentralización, como los son los de franquicia comercial.

Una cosa resulta sí clara en lo jurídico, y es que, por distintos que sean los cursos de manifestación de la descentralización, y especialmente en lo vinculado a la constitución de los grupos de empresas, cuanto el funcionamiento de los grupos en sí, resultan todos ellos fenómenos expresamente admitidos por el Derecho, perfectamente legítimos, como del mismo modo lo son el principio de la personalidad e independencia jurídicas, y con amparo constitucional en lo establecido por los artículos 14 y 17 de la Ley Fundamental. A punto tal es así, que se trata de fenómenos reconocidos y la propia normativa, incluida la laboral, dedica una regulación expresa a su respecto, de modo que la prescindencia de los mismos o, como hemos referido en otra parte, la "separación de la separación" jurídica, debe ser considerada como un excepcionamiento a una regla o principio establecido y también protegido por el orden jurídico, y que sólo cede cuando se presentan, a su vez, los presupuestos o condicionantes a los que se subordinan, en su caso, las protecciones instituidas tanto por el legislador laboral como por el general.

Es otro aspecto también claro en lo jurídico, pero no siempre bien recordado, que en el esquema normativo vigente la consecuencia específica que el derecho laboral establece en su ámbito,

para los supuestos de transgresión de los límites que rigen el desenvolvimiento de los grupos de empresas, es el de la *extensión solidaria* de responsabilidad hacia las demás entidades miembro, lo que significa una responsabilidad no directa sino refleja, pero sin establecer al grupo, ni a las demás empresas, como empleadoras de los sujetos eventualmente afectados. Ello, sin perjuicio, cierto está, de la eventual consideración —de presentarse sus presupuestos— de lo prescripto por la norma protectiva general en materia de fraude a la ley laboral.

Empresas subordinadas y relacionadas

Por Ricardo Arturo Foglia

~

"Si el derecho tiene por objeto, como lo creo,
hacer reinar el orden en la sociedad,
el verdadero progreso del derecho
consiste en dar nuevas reglas,
sólo con el fin de asegurar
un orden mejor"

Georges Ripert ("*Evolución*
y progreso del derecho")

Capítulo I

Marco general: la integridad del orden jurídico

El sistema jurídico no constituye una serie de disciplinas estancas, sino que las parcelaciones o diferenciaciones por ramas, han sido creadas por el hombre con una finalidad metodológica para posibilitar el análisis de un sistema complejo, dada la finita capacidad de intelección de los seres humanos.

Dicho sistema jurídico no es estático sino dinámico, ya que está en continua interrelación entre sí y con el entorno social al cual se dirige y al cual está destinado (1).

Kalinowski (2) expresa que: "*...la esfera jurídica se caracteriza por un encadenamiento inhabitual de analogías de toda especie. Esto se explica por la pluralidad de los entes jurídicos: entes que tienen significaciones normativas, reglas, sus signos, partes de bienes que ellas determinan, permisos para actuar o/y para no actuar que ellas confieren, actos conformes a esas reglas, hombres que cumplen esos actos... y por las numerosas relaciones de causalidad, de similitud de funciones y de similitud de relaciones que existen entre ellas. Al descubrir esas relaciones vemos que la pluralidad de los entes jurídicos no constituyen un caos sino que se organiza como un cosmos...*".

---

(1) Ripert, Georges, *Evolución y progreso del derecho*, en "La crisis del derecho", p. 27, Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Bs. As., 1961, expresa que "El derecho es un perpetuo devenir. La concepción estática del derecho ha sido sustituida por una concepción dinámica de la creación continua".

(2) Kalinoswski, Georges, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, p. 56, Ed. Abeledo Perrot, 1982.

Según Werner Golschmidt en el mundo jurídico se advierten tres dimensiones, una normológica, otra dikelógica y una sociológica, según se considere el régimen normativo, el valor justicia o la realidad social.

De esta manera el sistema normativo, parte del sistema jurídico es una integridad relacional de disposiciones emanadas de la autoridad competente con la finalidad de posibilitar la coexistencia pacífica y armónica de los hombres, lo cual no implica lucha para conseguir las mismas (3).

De allí que las disposiciones jurídicas deben respetar, para ser consideradas como tales, la dignidad esencial de la persona humana. Como se expresa en la Encíclica Pacem in Terris (4): *"En toda convivencia humana y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío y que por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes que dimanan directamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Esos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables, y no pueden renunciarse por ningún concepto...".*

Para ello, y como punto de partida a efectos de tender a dicha finalidad trascendente, las normas, deben ser generales, esto es igualmente aplicables a todos los estados de hecho del mismo tipo, salvo que el caso a regular sea de índole individual e inquebrantable; esto es, que si bien pueden ser derogadas por otras normas generales, no es admisible apartarse de ellas en un caso individual.

Como expresara, la división del derecho en ramas es simplemente una cuestión cognoscitiva, destinada a facilitar el estudio de las diversas relaciones comprendidas buscando un común denominador conceptual, pero en modo alguno implica la divisibilidad y separabilidad del orden jurídico.

---

(3) Sobre esta cuestión RUDOLPH VON IHERING expresa, en "La lucha por el derecho", p. 51, Ed. Fabián Di Plácido, 1998 —traducción de Adolfo Posada—, que "La idea del derecho encierra una antítesis que se traduce de esta idea, de la que completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el termino del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo".

(4) Nros. 9 y 10.

Las normas no son aisladas, sino que están inmersas en el universo más vasto del orden jurídico. Por ello, no es necesario que se remitan expresamente a otras piezas del sistema normativo, sino parten de la base, implícita, de los conceptos establecidos por disposiciones diferentes, que la enmarcan, explican y le dan sentido.

Adviértase que si cada norma debiera contemplar todas las situaciones posibles, omitiendo el resto del sistema normativo, como si fueran autónomas y autosuficientes, se deberían dictar disposiciones gigantescas y omnicomprensivas, trasformando al orden legal en un verdadero gigante incomprensible.

En tal sentido, el art. 15 del Cód. Civil expresa que: "*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad e insuficiencia de la leyes*", y el art. 16, que complementa a la anterior norma, agrega que: "*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*".

Dichas normas dan cuenta de la unidad esencial del orden jurídico a la cual me he referido más arriba.

Capítulo II

Cosmovisión y orden jurídico

Como todo análisis implica necesariamente una cosmovisión de quien efectúa el mismo, sigo a Vázquez Vialard en el sentido que, el destinatario y artífice del derecho es el hombre, que se encuentra en el centro de las relaciones jurídicas.

En tal sentido expresa (1): *"En el caso, formulamos el análisis desde la perspectiva según la cual el hombre —criatura a la que se le ha conferido una dignidad que lo coloca por encima de las cosas y a igual nivel que los otros, sus hermanos— es el sujeto y protagonista de la historia. Ésta corresponde al recorrido que todos hacemos en razón de nuestra vocación como seres humanos, la que nos plantea la necesidad de alcanzar el fin que nos ha sido propuesto. Se trata de un ser social, por lo que su desarrollo (o sea el despliegue de las aptitudes que tiene y que se hallan como arrolladas) le requiere vivir (convivir) con otros. En virtud de ello, integra diversos grupos (comunidades) en función de la finalidad de cada uno de éstos, los que tienen como objetivo brindarle, a diversos niveles —no sólo económico— un clima propicio para lograr su desarrollo en la línea de su propia naturaleza. El hecho de ser persona, lo convierte en el principal responsable de su propia vida. Si bien el otro que conviene con él y los diversos grupos sociales que integra, deben ayudarle en su crecimiento humano, ello en modo alguno puede desvirtuar esa responsabilidad".*

---

(1) Vázquez Vialard, Antonio, en *Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo*, en Rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social, p. 50, marzo 1995, Ed. Interoceánicas.

Capítulo III

El principio protectorio y su vigencia concreta en el ámbito especifico del Derecho del Trabajo

Como señala Vázquez Vialard (1) el derecho del trabajo "*...constituye una reacción contra la injusticia que, en la práctica, significó dejar librada la relación de trabajo a una concepción individualista del derecho civil... A tal fin esa nueva rama jurídica adoptó algunas técnicas que fueron desarrollándose a través del tiempo, con el objeto de asegurar el cumplimiento de mínimos inderogables en una relación entre personas con desigual capacidad de diálogo que se incorporan al negocio jurídico*".

Tal es el principio protectorio que establece: "*En derecho del trabajo no es aplicable el criterio según el cual la norma debe tomar en cuenta la igualdad jurídica entre las partes. Al contrario, como ya se ha indicado, tiene un carácter tuitivo del empleado, a fin de asegurar una igualdad sustantiva y real; a tal efecto debe tenerse en cuenta el desnivel de su capacidad de negociación*" (2).

Como expresara Justo López (3), si bien la palabra principio tiene diversas acepciones, de lo que aquí se trata es de principios del conocimiento hacia la "*...dirección de la conducta específicamen-*

---

(1) Vázquez Vialard, Antonio, en *Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo*, en Rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social, p. 55, marzo 1995, Ed. Interoceánicas.

(2) Vázquez Vialard, Antonio, en *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, t. 1, p. 119, núm. 33, Ed. Astrea, 1999.

(3) Desgrabación de la reunión de fecha 19 de marzo de 1998 de la sección de Derecho del Trabajo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

te humana: es el conocimiento u obrar más propiamente llamado práctico o directivo en el campo de las acciones específicamente humanas (inteligentes y libres), llamadas también actos humanos".

Ahora bien, como todo principio de naturaleza enunciativa respecto de la teleología y destinatarios subsumidos por un sistema jurídico, el derecho del trabajo necesita de disposiciones concretas tendientes a obtener el logro de los fines y de la tutela general dispuesta.

Para ello nuestra disciplina (derecho del trabajo) recurre a medios prácticos, algunos de factura propia (principio de pago a cuenta, irrenunciabilidad, protección del trabajador en situaciones ajenas al empleador, etc.) y otros adoptados de otras materias, como del derecho comercial (concepto de empresa, responsabilidad de director o socios, libros de comercio, etc.), penal (aplicación de la norma más favorable, delitos contemplados por la LRT, etc.), administrativo (gratuidad de los procedimientos), y civil (régimen de nulidades, presunciones legales, solidaridad, privilegios, etc.) entre otras ramas del saber jurídico.

Me referiré brevemente a los instrumentos más destacados a los efectos del derecho del trabajo, sin dejar de señalar la armonía especial entre todas ellas.

El más relevante y que surge como una consecuencia *inmediata y necesaria* del principio protector, es la regla de la irrenunciabilidad (art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo), por la cual las partes de la relación no pueden pactar la renuncia, en perjuicio del dependiente, de ciertas cuestiones de la vinculación que configuran el orden público laboral, cuya finalidad es proteger a quien se considera, y en los hechos es, la parte más débil de la relación a través de la fijación de pisos mínimos o techos máximos según sea el caso. De esta manera se aparta del principio de la autonomía de la voluntad que en el Derecho Civil es la regla, que, en el derecho del trabajo, pasa a ser la excepción (4).

---

(4) En derecho civil el principio es el de la renuncia. El art. 872 del Cód. Civil expresa: *"Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser objeto de una renuncia".*

Otra *"arma jurídica"* a la que recurre el derecho del trabajo, y que tampoco le es específica, es la nulidad, la que, a diferencia del sistema civil, puede ser invocada por el propio autor del acto nulo conforme surge del art. 14 de la Ley de Contrato de Trabajo. En cambio en el campo del derecho civil, rige el principio establecido en el segundo apartado del art. 1047 del Código Civil que señala que la nulidad *"Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba"*.

También pueden señalarse, en esa dirección, los principios de *"in dubio pro operario"* (art. 9º de la Ley de Contrato de Trabajo), de conservación del empleo (art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo), de primacía de la realidad (art. 22 de la Ley de Contrato de Trabajo), la tarifación indemnizatoria, etc.

Toda dicha estructura tiene por finalidad primordial combatir el fraude y la simulación como forma de elusión, de salida, del régimen protectorio establecido por las normas del derecho del trabajo, y como resultado de la experiencia recogida a través del tiempo. A través de ello el derecho del trabajo promueve la dignidad de las personas.

De esta manera se configura una suerte de *"sistema constitutivo propio"*, y relacionado ya que no luce desligado del resto del ordenamiento jurídico, sino que se conjuga con el mismo en la medida que sus principios no sean incompatibles con los enmarcados por el ámbito tutelar (5).

(5) Arts. 1º y 11, LCT.

Capítulo IV

La adopción de la responsabilidad solidaria por el derecho del trabajo

El derecho del trabajo, adoptando una institución propia del derecho civil, extiende la responsabilidad a terceros que, si bien no son parte de la vinculación, inciden en el decurso de la relación laboral ya que, de alguna forma reciben los frutos de la misma, aunque no contratan directamente la fuerza de trabajo.

De esta forma, trasvasa del derecho civil, al derecho del trabajo la responsabilidad solidaria.

Tal es lo que hacen los artículos 29, 29 bis, 30, 31, 225 y ss. y 229 de la LCT.

A través de dicho mecanismo jurídico, el derecho del trabajo busca dos efectos: uno, combatir posibles fraudes derivados de la utilización de interpósitas personas insolventes, y otro, y a mi juicio más relevante, ya que, excepto el caso del art. 31 LCT la solidaridad luce desligada del fraude, ofrecer al acreedor laboral un mayor respaldo patrimonial, al ampliar el espectro deudor.

Capítulo V

Breves referencias a la solidaridad en el derecho civil

Efectuaré algunas breves consideraciones sobre la solidaridad en el derecho civil, ya que el derecho del trabajo se limita a imponerla sin modificar su contenido regulado por la referida rama del derecho (1).

El tema de la solidaridad se inscribe dentro del más amplio espectro de la pluralidad subjetiva obligacional, por cuanto si hay un solo deudor y un solo acreedor la obligación debe cumplirse por entero (pagarse) en forma indivisible, para extinguir la misma (arts. 673, 740, 742 747, 748, 751 a 755, y 570 del Código Civil).

Como señala Llambías (2): "*Son obligaciones de sujeto plural las que corresponden a varios acreedores, o pesan sobre varios deudores, con respecto a una sola prestación debida y en razón de una causa única*". El citado autor (3) agrega, refiriéndose a las obligaciones de sujeto plural, que hay dos tipos de pluralidad, la disyunta y la conjunta. Hay pluralidad disyunta cuando "*...la presencia de varios acreedores o deudores, es excluyente entre sí, de manera que la obligación de uno descarta la del otro...*". En cambio, la segunda —plura-

(1) Para un análisis más extenso de la cuestión, puede verse a Foglia, Ricardo A., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada*, dirigida por Jorge Rodríguez Mancini, ps. 281 y sigtes., Ed. La Ley, 2008.

(2) Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, t. II, p. 387, núm. 1073, Ed. Perrot, 1970.

(3) Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, t. II, p. 388, núm. 1074, Ed. Perrot, 1970.

lidad conjunta— se configura "*...cuando hay concurrencia de acreedores o deudores en una misma obligación*".

En la pluralidad disyunta no hay pluralidad simultánea de acreedores, sino simplemente concurrencia transitoria de eventuales acreedores o deudores, por cuanto cuando se efectivice la elección el deudor o el acreedor, queda singularmente determinado resultando únicamente el elegido obligado activa o pasivamente. Mientras tanto la situación está latente. Se trata de una obligación de sujeto indeterminado, pero determinable (4).

El Código Civil no trata de este tipo de obligaciones, habiendo asumido la doctrina posturas diferentes (5).

---

(4) CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, t. 2, p. 171, Ed. Librería Editora Platense, 1980.

(5) Para algunos autores este tipo de obligaciones se encuentra sometido al régimen de la solidaridad por cuanto la prestación es exigible por cualquier acreedor a cualquier deudor sin limitación alguna. En tal sentido SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones*, p. 399, núm. 1021, Ed. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1935; BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones*, t. I, núm. 629, Ed. La Ley, 2008; REZZÓNICO, LUIS M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, t. I, p. 587, Buenos Aires, 1961; COLMO, ALFREDO, *De las obligaciones en general*, p. 315, núm. 448, Buenos Aires, 1961. Para otro sector de la doctrina se trata de un tipo obligacional diferente a las solidarias —aunque se apliquen con salvedades sus principios— por cuanto los sujetos no resultan acreedores o deudores hasta tanto se formule la elección y una vez realizada la misma no hay cuestiones de distribución, por cuanto sólo el elegido debe soportar toda la deuda o, en su caso sólo él será acreedor de la obligación. Se trataría de una condición suspensiva. Por esta interpretación se inclinan LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, t. II, p. 393, núm. 1083, Ed. Perrot, 1970; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, t. 2, p. 171, Ed. Librería Editora Platense, 1980; BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, vol. V, p. 132, núm. 125, Buenos Aires, 1955-1958. Por su parte Ameal (AMEAL, OSCAR, *Código Civil y Leyes Complementarias - Comentado, anotado y concordado*, dirigido por AUGUSTO C. BELLUSCIO, t. 3, p. 254, núm. 11, Ed. Astrea, 1994) señala que en el caso de la disyunción activa: "*Puede ocurrir que se haya pactado que los acreedores decidirán entre ellos quién será el beneficiario del crédito. En tal supuesto el deudor, si la determinación no es practicada en tiempo propio, debe intimar a los acreedores a realizar la elección y, en caso negativo, puede consignar en pago lo debido (art. 757, incs. 1 y 4)*". Y agrega, refiriéndose a la disyunción pasiva, que en este caso cualquier deudor "*...puede cancelar la obligación por cuanto todos disfrutan de ius solvendi y, en caso de negativa del acreedor, tienen derecho a pagar por consignación (art. 757, inc. 1)*". De todos modos, y si no se individualiza al deudor y ninguno paga, el acreedor puede reclamar el crédito a cualquiera de ellos.

En la pluralidad conjunta los acreedores o los deudores, o ambos, son concurrentes, de modo tal que todos resultan acreedores o deudores *ab initio* del vínculo obligacional. Cada grupo plural es acreedor o deudor, sea por su parte, que puede ser igual o desigual, sea por el todo (6).

El derecho civil aborda el tema de las obligaciones de sujetos conjuntos desde dos ángulos: uno que hace hincapié en la naturaleza física de la prestación debida, y otro en la naturaleza del vínculo, en la forma de obligarse entre las partes.

A su vez cada uno de estos grupos reconoce dos subespecies. En el primer caso (divisibilidad) según la prestación sea física o materialmente divisible (obligaciones divisibles) o indivisible (obligaciones indivisibles) y en el segundo supuesto (mancomunación) según que el vínculo sea divisible (obligaciones simplemente mancomunadas) o no lo sea (obligaciones solidarias).

Nuestro Código Civil regula ambas cuestiones, divisibilidad y mancomunación, en forma separada, como si no tuvieran puntos de contacto entre sí (7).

Lo cual no es exacto ya que los efectos de las obligaciones simplemente mancomunadas con prestación divisible son iguales a los de las obligaciones divisibles, conforme los arts. 675, 693, 677, 678, 694, 698 y 696 del Cód. Civil y las obligaciones solidarias pueden tener por objeto tanto prestaciones divisibles como indivisibles (art. 668 del Cód. Civil).

De ello cabe colegir que el principio general es el de divisibilidad de las obligaciones con dos excepciones, la indivisibilidad (que tiene en cuenta la naturaleza física de la prestación) y la manco-

(6) Como señalan CAZEAUX y TRIGO REPRESAS (*Derecho de las obligaciones*, t. 2, p. 6, Ed. Librería Editora Platense, 1980): *"En la pluralidad conjunta, si se trata del aspecto activo, todos los acreedores concurren los unos con los otros en el crédito: sus derechos coexisten. El mismo principio se aplica al supuesto de deudores conjuntos. Esta pluralidad se enuncia por medio de la conjunción 'y'..."*

(7) A las obligaciones divisibles-indivisibles las trata en el acápite referido a las obligaciones según su objeto, y a las mancomunadas el Código Civil las ubica en el acápite referido a las obligaciones con relación a las personas.

munación solidaria que apunta a la naturaleza jurídica del vínculo habido entre las partes (8).

Como señaláramos, ambas especies de obligaciones de sujeto plural tienen dos enfoques diferentes según el elemento central adoptado para la diferenciación.

En las obligaciones divisibles-indivisibles se tiene en cuenta la naturaleza material o física de la prestación, y según sea ésta será la obligación. En las mancomunadas es el vínculo entre las partes acreedora-deudora —no la naturaleza de la prestación— el elemento que define su encuadramiento obligacional.

A diferencia de ello, la mancomunación implica una "*deformación*", legal o convencional, de la naturaleza de la prestación. Por eso se señala que la misma, mancomunación, hace al vínculo, mientras la divisibilidad-indivisibilidad a la prestación en sí. De esta manera las obligaciones mancomunadas pueden tener por objeto tanto prestaciones divisibles como indivisibles. En esta especie obligacional se prescinde de la naturaleza de objeto y se pone el acento en la naturaleza del vínculo habido entre las partes, que es el que determinará las dos subespecies que admite esta categoría obligacional: la simple y la solidaria (9).

La ley de contrato de trabajo impone esta última en las normas a las cuales me he referido precedentemente.

El art. 699 del Cód. Civil define a esta especie obligacional expresando: "*La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud de título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores*".

La solidaridad es un caso de excepción dentro del régimen de las obligaciones de sujeto plural —el principio general es el de la divisibilidad— y a su vez también es de excepción dentro del siste-

(8) SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones*, p. 314, núm. 805, Ed. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1935.

(9) El art. 690 del Cód. Civil expresa: "*La obligación que tiene más de un acreedor o más de un deudor, y cuyo objeto es una sola prestación, es obligación mancomunada, que puede o no ser solidaria*".

ma de la mancomunación en el que el principio es el de la simple mancomunación y la misma sólo reconoce dos fuentes, la ley y el contrato.

La solidaridad puede ser de acreedores de deudores o mixta, sin embargo la más relevante, y en particular a los efectos de nuestro trabajo, es la solidaridad de deudores. Como expresa Borda (10): "La *solidaridad pasiva (que es la forma más frecuente e importante de la solidaridad) tiene por objeto asegurar al acreedor el pago de su crédito, poniéndolo a cubierto contra la posible insolvencia de alguno de los deudores: importa, por tanto, una garantía personal, una fianza. Tiene además, para el acreedor, la gran ventaja de que, en caso de incumplimiento, no se verá obligado a intentar tantos juicios como deudores haya (como tendría que hacerlo si la obligación fuera simplemente mancomunada), sino que le bastará con demandar a uno de ellos por el total*".

Como se ve la solidaridad aumenta el espectro de deudores, y por ende de patrimonios, a los cuales el acreedor puede recurrir frente al incumplimiento de la obligación. El acreedor tiene más activos de los cuales puede asirse en caso de incumplimiento, facilitando el cobro y aumentado las posibilidades de satisfacción del crédito.

(10) BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones*, t. I, núm. 585, Ed. La Ley, 2008.

Capítulo VI

Distintas formas de recepción de la solidaridad en la Ley de Contrato de Trabajo. El caso del artículo 31 LCT

Tal como dijera, para evitar las *pantallas* que se transformen en un mecanismo o una oportunidad de evasión de las normas protectorias, y fundamentalmente para paliar la eventual insolvencia del deudor original frente al trabajador-acreedor, el derecho del trabajo recurre a la solidaridad como medio de ampliar el universo deudor.

Ahora bien, la normativa laboral recepciona a la solidaridad de dos maneras diferentes.

En los arts. 29, 29 bis, 30 y 225 y sigtes. y 229, LCT la solidaridad luce desligada de la conducta fraudulenta del deudor para con los intereses del trabajador-acreedor. Es decir que, si bien el trasfondo de la norma, esto es su finalidad implícita, es evitar dicha posibilidad, la misma no surge exteriorizada en los textos normativos, los que, simplemente se limitan a imponer dicho mecanismo jurídico cuando se configuran los presupuestos de hecho descriptos en el tipo legal.

No se requiere una intención culposa (en el sentido amplio esto abarcativo de la culpa y del dolo) del agente, sino solamente es menester la configuración de las situaciones fácticas a las que se refiere cada norma para que surja la responsabilidad solidaria.

Así en el caso del art. 29 LCT, acreditada la interposición de personas, quien utilizó la prestación del trabajador, es su empleador y el intermediario, responsable solidario.

El artículo 29 bis LCT, por su parte, establece la responsabilidad solidaria de la empresa que contrata trabajadores para realizar tareas eventuales a través de una empresa (empresa de servicios eventuales) habilitada al efecto por la autoridad de aplicación, respecto de las obligaciones laborales y de la seguridad social que la primera tuviera respecto de los trabajadores que prestan dichos servicios.

El art. 30 LCT regula la responsabilidad del cedente y del contratante frente a los trabajadores del cesionario o contratista, cuando se configuran los recados que la norma determina. Dicha norma, en el párrafo cuarto expresa: *"El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios, y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social".*

El art. 225 responsabiliza en forma solidaria al transmitente y al adquirente de un establecimiento respecto de las obligaciones laborales y de la seguridad social, que el primero tuviera con sus trabajadores *"...al tiempo de la transferencia, aun aquellas que se originen con motivo de la misma".*

El art. 229 señala que en caso de cesión del personal, sin el establecimiento, el *"...cedente y cesionario responden por todas las obligaciones resultantes de la relación de trabajo cedida".*

Se constituye así, una suerte de extensión objetiva de responsabilidad, ya que la falta de dolo o de culpa no exime al tercero ajeno a relación sustancia de su posición de deudor frente al trabajador, así como tampoco lo exime la solvencia económica, el respaldo patrimonial para afrontar sus compromisos, o las garantías de quien resulta ser deudor principal.

A diferencia de ello, el art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo, exige como condición para la extensión de la responsabilidad solidaria a los integrantes del conjunto económico permanente *"...maniobras fraudulentas o conducción temeraria..."*, esto es el elemento subjetivo resulta expresamente requerido por el texto legal.

CAPÍTULO VII

EL ART. 31 LCT

SUMARIO: A. Precisiones preliminares.— B. Antecedentes.— C. La reforma de la ley 21.297.— D. Requisitos.— E. Análisis de los requisitos objetivos. 1) Primer requisito objetivo: se trate de empresas relacionadas o subordinadas; a) Los participantes (empresas); b) La autonomía de los partícipes; c) La relación entre los integrantes del grupo (subordinación o relación); i) Empresas subordinadas; ii) Empresas relacionadas; d) La naturaleza económica de la actividad; 2) Segundo requisito objetivo: existencia deudas de causa laboral y/o con la seguridad social respecto de los trabajadores de cualquiera de ellas.— F. Análisis de los requisitos subjetivos. 1) Primer requisito subjetivo: las maniobras fraudulentas; 2) Segundo requisito subjetivo: la conducción temeraria.— G. Consecuencia legal.

A. PRECISIONES PRELIMINARES

A efectos de establecer un criterio de diferenciación respecto de la situación que plantea el art. 31 LCT, cabe señalar que el art. 29 LCT configura una situación empresaria de intermediación, el 29 bis y el 30 LCT de tercerización de trabajos o servicios y de transferencia, sea del establecimiento o del personal, los arts. 225 y 229 LCT.

El común denominador de todos esos supuestos que las entidades que intervienen en el negocio jurídico laboral son independientes entre sí, es decir cada una de ellas, además de tener su propia individualidad, tienen autonomía funcional y jurídica, excepto en el caso del art. 225 LCT en el que se configura una situación de continuidad jurídica, esto es se trata de la misma empresa, cuando en los casos de los arts. 29, 29 bis, 30 y 229 LCT, hay dos unidades productivas jurídicamente diferenciadas.

Así el intermediario, el cedente, el contratante y el transferente del personal tienen no sólo intereses diversos respecto de su contraparte contractual, es decir, respecto del usuario, cesionario y contratista, sino que no constituyen un conjunto, sino una individualidad operativa cada uno con sus propios objetivos, intereses e individualidad jurídica. Ellos, a su vez, pueden ser tanto personas físicas como jurídicas.

En cambio el art. 31 LCT, bajo las denominaciones de "*empresas subordinadas o relacionadas*" contempla supuestos de concentración empresaria, pero manteniendo cada una de las unidades que integran el grupo, su propia individualidad sea que las mismas, todas o algunas de sus integrantes, tengan o no personalidad jurídica propia. Puede suceder que, si algunas de las situaciones descriptas en el párrafo precedente, constituyeran un conjunto económico, estarían subsumidas por la normativa del art. 31 LCT.

A su vez cabe distinguir este supuesto de la concentración empresaria de la fusión, ya que en este caso "*...dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva; o cuando una ya existente se incorpora a otra y/u otras que, sin liquidarse, son disueltas*" (art. 82 LS).

Como expresa Roitman (1): "*La nota característica es que dejan de existir una pluralidad de personas jurídicas para confundirse en una sola, por lo que se trata del máximo grado posible de concentración empresaria*".

La norma del art. 31 LCT sólo sería aplicable si la nueva sociedad resultante luego de la fusión, integra, a su vez, un conjunto económico.

Diferente es el caso de la escisión. Ello acaece cuando "*I.- una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad. II.- una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas. III.- una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades*" (art. 88 LS).

(1) ROITMAN, HORACIO, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, t. 2, ps. 233/4, Ed. La Ley, 2006

Como se advierte, desde el punto de vista organizativo, la escisión es lo opuesto a la fusión, ya que el primero implica una concertación empresaria mientras que la escisión importa un fenómeno de descentralización.

Romano (2) expresa que: *"La escisión consiste en el desmembramiento parcial o total del patrimonio de una sociedad, que es distribuido entre una o varias sociedades, atribuyéndose los socios de la sociedad escindente el carácter de socios de la sociedad escicionaria".*

Tanto la posibilidad del control, como las vinculaciones empresariales son un mecanismo lícito de concentración empresaria.

La legislación comercial argentina no contiene una regulación específica de los denominados grupos societarios, hecho éste que no se traduce en una completa omisión sobre el tema, ya que la normativa contiene disposiciones que implican un reconocimiento del fenómeno, con la finalidad de evitar el ejercicio abusivo del fenómeno, esto es, el abuso a través de la utilización de las relaciones entre sociedades (3).

La misma contempla, en el art. 33 de la Ley de Sociedades 19.550, el caso de las sociedades controladas y a las sociedades vinculadas.

Respecto de las sociedades controladas, la primera parte del artículo citado expresa (4) que son consideradas controlantes, aque-

(2) ROMANO, ALBERTO ANTONIO, *Código de Comercio comentado y anotado*, t. III, p. 209, núm. 2, Ed. La Ley, 2006.

(3) Sobre el particular expresa Roitman, Horacio, Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada, t. 1, p. 537, Ed. La Ley, 2006 que: *"El fenómeno del agrupamiento no ha sido ignorado por el legislador argentino, que lo ha reconocido en forma indirecta, con el propósito de evitar las desviaciones que por modo de las ficciones intersocietarias se producen. La finalidad ha sido preservar las facultades de contralor estatal, evitar la evasión impositiva y resguardar la esencia de los institutos societarios en beneficio de sus socios, los terceros contratantes y la comunidad en general (en tanto cada sociedad es potencial fuente de trabajo y de producción o de servicios)".*

(4) Dice la primera parte del art. 33 LS: *"Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias.*

llas sociedades que, en forma directa o por interpósita sociedad: 1) forme la voluntad social en las asambleas o reuniones de socios, o 2) ejerza influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

El solo hecho del control no autoriza a extender a la controlante la responsabilidad de la controlada, ya que es necesario un indebido apartamiento del interés social de la controlada a favor de la controlante.

Son vinculadas (5) cuando una sociedad participa, de cualquier forma, en el capital de otra, exigiendo diversos recaudos cuando la participación supera al 10% del capital. Si la misma participación, es del 10% al 25% del capital, la normativa exige la indicación de la clase y grado de participación en diferentes instrumentos contables: arts. 62, 63 incs. 1 b) y d), 64, 65 y 66 inc. c) de la LS.

Si la participación supera el 25% del capital, la sociedad que participe deberá comunicárselo a la otra *"a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho"*. La finalidad de la disposición es que los socios de la controlada tomen conocimiento del hecho. La norma no prevé sanción para el caso de no efectuarse dicha comunicación.

La LS prevé también, otro tipo de limitaciones generales como las contenidas en el art. 30 LS que exige que: *"Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones"*, y el 31 LS que determina, en el primer párrafo, que: *"Ninguna sociedad excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa*

---

2) Ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades".

(5) La segunda parte del art. 33 LS expresa: *"Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la Sección IX de este capítulo, cuando una participe en más del diez por ciento (10%) del capital de la otra. La sociedad que participe en más del veinticinco por ciento (25%) del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho".*

el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas".

A diferencia de ello, la normativa laboral contiene una regulación expresa del fenómeno de concentración empresaria, en el art. 31 LCT, que sanciona con la responsabilidad solidaria cuando *"hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria".*

La norma de art. 31 LCT, como se verá, tiene un espectro mayor que el previsto por la Ley de Sociedades ya que excede el hecho del control y vinculación societaria al que se refiere el art. 33 de la referida ley.

Respecto de la norma del art. 31 LCT y como señala Vázquez Vialard (6): *"Dadas ciertas vinculaciones, no ya entre personas físicas, sino jurídicas, que aun poseyendo su propia identidad societaria mantienen relaciones por medio de las cuales se da una cierta 'dependencia,' el legislador laboral ha adoptado un mecanismo a través del cual extiende las responsabilidades laborales de las 'periféricas,' denominadas filiales, o simplemente hermanas, a las que actúan como 'centro'".*

B. ANTECEDENTES

En nuestro país, antes de la sanción en el año 1974 de la LCT, la jurisprudencia mayoritaria no admitía la responsabilidad de los holdings o pool de empresas por entender que los mismos no tenían personalidad jurídica propia y, por ende, no podían ser sujetos de derecho (7).

Este criterio es modificado legislativamente cuando, en el año 1974, el art. 33 de la LCT reguló expresamente la situación de la siguiente manera: *"Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo*

(6) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Antonio Vázquez Vialard, t. 2, p. 363, Ed. Astrea, 1982.

(7) CNTrab., sala III, 30/3/1996, Rep. La Ley, XXVII-347, sum. 81. Como ilustrativo de la tesitura minoritaria puede verse CNTrab., sala V, "Salonia, Antonio c. Abril Educativa", 22/5/1975.

la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un grupo industrial, comercial o de cualquier otro orden, de carácter permanente, accidental, o para la realización de obras o trabajos determinados, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores, y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables".

Para soslayar el criterio jurisprudencial existente hasta ese entonces, respecto de la carencia de personalidad jurídica del grupo, la norma se refería únicamente a "*empresas*", de forma tal que el citado requisito (personalidad jurídica) dejó de tener vigencia, teniendo en cuenta la redacción del artículo 5º de la LCT (8).

Como se advierte la norma establecía una responsabilidad solidaria de naturaleza objetiva de los integrantes del grupo, ya que, a diferencia del actual artículo 31, no exigía una culpabilidad determinada, así como también abarcaba tanto a los conjuntos permanentes como a los accidentales.

Las fuentes de la citada disposición legal fue el art. 2.2 de la Consolidación de Leyes del Trabajo brasilera (ley 5889/73). Cabe agregar que el art. 3.2 de la ley 5889/73 sobre trabajo rural del mismo país también contemplaba, aunque de una manera diferente, la cuestión de los grupos empresariales agropecuarios.

La primera de las normas expresa: "*Siempre que una o más empresas, aun manteniendo cada una de ellas su propia personalidad jurídica, estuviere bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo un grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, a los fines de la relación de trabajo, la empresa principal y cada una de las subordinadas serán solidariamente responsables".*

A su vez el art. 3.2 de la ley sobre trabajo rural expresa: *"Siempre que una o más empresas, manteniendo aun cada una de ellas su propia personalidad jurídica, estuviere bajo la dirección, control o administración de otra, o también cuando, teniendo cada una su autonomía, integren un grupo económico o financiero rural, serán*

(8) El primer párrafo del art. 5º LCT expresa: *"A los fines de esta ley, se entiende como 'empresa' la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos".*

responsables solidariamente por las obligaciones derivadas de la relación de empleo".

Cabe agregar que, a su vez, la fuente de ambas disposiciones legales fue el art. 1º de la ley 435 del 17 de mayo de 1937 que expresaba: "*Siempre que una o más empresas, teniendo aun, cada una de ellas personalidad jurídica propia estuvieren bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo un grupo industrial o comercial, para los efectos de la legislación laboral, serán solidariamente responsables la empresa principal y cada una de las subordinadas. Párrafo único: esta solidaridad no se dará entre las empresas subordinadas, ni directamente, ni por intermedio de la empresa principal, a no ser para el único fin de que se consideren todas ellas como un mismo empleador".*

C. La reforma de la ley 21.297

En el año 1976 la ley 21.297 reforma, entre otros, el art. 33 de la LCT que pasa a ser el actual art. 31 LCT.

El nuevo texto expresa: "*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".*

Como se advierte, la reforma restringió el alcance de la norma de tres maneras.

En primer lugar al agregar en el último párrafo, el requisito de "*maniobras fraudulentas o conducción temeraria*" que no estaba en la disposición original. En segundo lugar, al eliminar al grupo accidental, dejando dentro de la norma sólo al grupo permanente. Y en tercer lugar, al englobar a los diferentes grupos a los que se refería el art. 33 ("*grupo industrial, comercial o de cualquier otro orden*") en un concepto único de "*conjunto económico*", excluye de su ámbito a los conjuntos no económicos, como por ejemplo los formados por asociaciones de beneficencia o culturales o deportivas, entre otros.

D. REQUISITOS

El art. 31 LCT exige la concurrencia de dos requisitos objetivos y subjetivos.

Los primeros son que se trate de empresas relacionadas o subordinadas, conforme la caracterización de la norma, y que cualquiera de los integrantes del grupo registre deudas de causa laboral y/o con la seguridad social con los trabajadores de cualquiera de ellas.

Los segundos, esto es, los requisitos subjetivos, son que el grupo haya realizado maniobras fraudulentas o conducción temeraria destinadas a la elusión de las normas laborales o de la seguridad social.

Reunidos ambos extremos objetivos y uno de los dos recaudos subjetivos, emerge la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del conjunto económico.

Como señala Rodríguez Mancini (9): "*...debe prestarse atención a otras situaciones en las que la prestación del trabajador no está dirigida exclusivamente a uno de los componentes del grupo, sino que se desarrolla simultáneamente para más de una de las sociedades que lo componen. En tal caso, ya no estaremos frente a una sanción de solidaridad, sino simplemente frente a la figura —no descrita en el art. 26 LCT que define a los empleadores omitiendo el plural cuando se refiere a las personas jurídicas— de empleador colectivo, y todas las sociedades que han recibido estas prestaciones directas deberán ser sometidas a los deberes propios del empleador*".

E. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS

1) Primer requisito objetivo: se trate de empresas relacionadas o subordinadas

En cuanto a esta cuestión se presentan, a su vez, cuatro aspectos: a) los participantes (empresas); b) la autonomía técnica de los

(9) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *La solidaridad en el derecho del trabajo*, p. 107, Ed. Quórum.

mismos, c) la relación entre los integrantes del grupo (subordinación o relación) y d) la naturaleza económica de la actividad.

Consideraré cada aspecto separadamente.

a) Los participantes (empresas)

La norma exige que los integrantes el conjunto sean empresas, esto es, según la caracterización que efectúa de las mismas el art. 5º LCT, de una "*...organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos*".

Como el art. 31 se refiere a un "*conjunto económico*", la disposición no es aplicable a los conjuntos de empresas cuya finalidad es benéfica, las que quedan excluidas de la disposición legal, aunque constituya un conjunto ya que no tiene objeto económico. Me referiré a este aspecto más adelante.

Cabe advertir que el grupo previsto en la norma es más extenso que el contemplado en la legislación comercial, ya que se identifica independientemente de la forma societaria que adquieran los integrantes del conjunto. De esta manera, y conforme el art. 31 LCT, el control puede ser ejercido por una o varias personas físicas o jurídicas indistintamente o por una conjunción de unas y otras. Basta que sean empresa en el sentido del art. 5º LCT.

Como señala Ragusa (10): "*Aquí es donde aparece más clara la diferenciación entre el supuesto del art. 31 y la teoría de penetración, ya que esta norma no intenta descorrer el velo, sino tutelar los derechos del trabajador en función de una realidad económica existente entre sociedades distintas*".

b) La autonomía de los partícipes

Según nuestra norma la esencia del grupo es que se conforme con unidades económicas autónomas desde el punto de vista téc-

(10) RAGUSA, Azucena Beatriz, *Los grupos de empresas* en "Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo", p. 499, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007.

nico, independientemente que algunos o todos los integrantes del grupo tengan personalidad jurídica propia.

En el caso del art. 31 LCT la personalidad jurídica diferenciada no es un valladar para la aplicación de la norma; por el contrario, la disposición legal prevé esa situación, que resulta indiferente a los efectos del tipo normativo. En tal sentido el artículo citado señala, expresamente, "***aunque** tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia*" (el destacado me pertenece).

De esta manera, y conforme el art. 31 LCT, la autonomía jurídica no resulta un dato relevante, por cuanto lo que importa a los efectos de la misma, es que cada una de las unidades integrantes del grupo constituya una empresa en sí misma en los términos del art. 5º LCT. Esto es que constituyan una "*...organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos*".

Ahora bien, teniendo en cuenta la forma actual de la estructura productiva, que tiende a la descentralización, este requisito luce añejo, ya que una gran empresa puede estar conformada por varios establecimientos equiparables a una empresa, teniendo cada uno de ellos una amplia autonomía administrativa, técnica y de dirección, sin que por ello dicha unidad productiva integre un conjunto económico, ya que es parte de una unidad mayor empresarial en la cual está inserta.

Indudablemente la apreciación de esta circunstancia es fáctica, ya que si no hay dos o más empresas no hay conjunto económico (11).

c) La relación entre los integrantes del grupo (subordinación o relación)

La norma del art. 31 LCT contempla dos supuestos, uno de los cuales coincide en la idea subyacente del control, esto es que una de las empresas es principal y controladora de alguna manera, de

(11) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Pellegrino, Jorge c. High Band y otros", 23/11/1995, señaló que la aplicación del art. 31 LCT exige "..una muy cuidadosa ponderación de los presupuestos fácticos establecidos en la norma".

una o varias empresas controladas (relación vertical) y otro con la idea de la mera vinculación de las empresas integrantes del conjunto (relación horizontal).

i) Empresas subordinadas

El art. 31 LCT caracteriza a las empresas subordinadas como aquellas que están "*...bajo la dirección, control o administración de otras...*". Si bien utiliza el término plural "*otras*", también alcanza a la situación de control, dirección o administración de "*otra*".

Si bien la norma se refiere a tres situaciones (dirección, control y administración), el concepto abarcador de todas es la de dominación, entendido como la facultad de dirigir o subordinar a una empresa a las decisiones de otra. Ese poder, que se ejerce sobre los bienes de las empresas, se extiende también a la fuerza de trabajo vinculada a la empresa, explicando la condición de subordinados de los trabajadores respecto de decisiones que se adoptan fuera del ámbito de la empresa controlada. Y como señala Vázquez Vialard (12), la unidad económica se beneficia con el trabajo de los dependientes del conjunto independientemente de la unidad productiva a la que estén asignados.

Adviértase que la norma distingue entre la dirección y administración y el control, debiendo acordarse de que se trata de dos momentos de la misma realidad. El control se presenta como una dominación en potencia, en cambio la dirección o administración es la dominación ejercida en acto.

Por otra parte, se debe destacar que la norma laboral exige un efectivo ejercicio de la dominación ya que requiere de maniobras fraudulentas o la conducción temeraria. Esto es el mero hecho del control no torna aplicable la responsabilidad solidaria, si el mismo no se ejerce en el sentido indicado, esto es a través de actos concretos de dirección o administración. Con ello quiero señalar que la norma, desde este punto de vista, según mi criterio, resulta redundante.

(12) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Tratado de derecho del trabajo*, dirigido por Antonio Vázquez Vialard, t. 2, p. 365, Ed. Astrea, 1982.

En cuanto a las modalidades de dominación en el derecho comercial se advierten las siguientes modalidades, también aplicables a nuestra disciplina:

- *Control directo e indirecto*: el directo es el que ejerce el controlante por sí y sin intermediación, esto es en forma inmediata, independientemente del medio empleado; en cambio el control indirecto es que efectúa el controlante mediante personas interpuestas, a su vez controladas por el controlante. En este segundo supuesto hay una mediación entre el controlante y el controlado, mediación que es efectuada, a su vez, por una controlada.

- *Control interno y externo*: El primero se configura cuando un socio posee, independientemente del título, la cantidad de votos necesarios para imponer su voluntad social en las reuniones sociales o en las asambleas extraordinarias (art. 33, primer párrafo, LS). Puede ser que el controlante tenga el 51% o más de los votos, pero también puede configurarse esta hipótesis cuando posee menos de dicho porcentaje, siendo suficiente el mismo para ejercer el control. Cabe destacar que hay supuestos especiales en los que la LS exige una mayoría más rigurosa como, por ejemplo, el caso del art. 244 LS. El control externo, a su vez, puede ser de dos tipos: de derecho y de hecho. El control externo de derecho, se configura cuando los vínculos contractuales le dan al controlante una posición dominante respecto de la sociedad. La segunda especie, en cambio, se presenta a raíz de que las relaciones económicas entre ambos le otorga a una, una posición dominante respecto de la otra (ej. el único proveedor productos de un bien determinado).

ii) Empresas relacionadas

Como expresara, en este caso se configura una relación de naturaleza horizontal entre las empresas integrantes del conjunto.

Es el caso de las empresas vinculadas a las cuales me he referido precedentemente. Puede suceder que dichas empresas, sin una conducción centralizada, se vinculen de tal forma, que configuren una suerte de "*telaraña*" que puede resultar un canal apto para

eludir el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social. No hay una de ellas que prevalezca sobre las restantes, sin embargo esa vinculación puede ser utilizada para la evasión laboral o de la seguridad social, por ejemplo a través de la fragmentación de la antigüedad u otras maniobras similares que dieron lugar a la inserción de la norma en el texto legal.

d) La naturaleza económica de la actividad

Si bien el art. 5º LCT señala que la empresa puede tener *"fines económicos o benéficos"*, el art. 31 limita su ámbito de aplicación a los principios en cuanto expresa que las mismas deben constituir *"un conjunto económico de carácter permanente"*.

De esta forma quedan excluidos los conjuntos económicos integrados por empresas benéficas.

Queda la duda respecto de los conjuntos económicos integrados por empresas de ambos tipos. Entiendo que, en este caso, la norma del art. 31 LCT sí sería aplicable, por el carácter tuitivo de la norma, el principio del art. 9º LCT y el hecho que no sería razonable partir la norma, aplicándola respecto de algunos de los integrantes y excluyendo a otros del mismo grupo, de forma tal que el objeto económico de algunas debe privar sobre las restantes que quedarían atraídas por el carácter económico del conjunto que es el supuesto legal.

2) Segundo requisito objetivo: existencia de deudas de causa laboral y/o con la seguridad social respecto de los trabajadores de cualquiera de ellas

La norma exige, y limita su marco de aplicación, a la existencia de deudas con los trabajadores o con la seguridad social.

El art. 31 LCT expresa que la responsabilidad solidaria emerge respecto de las obligaciones existentes *"con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social"*.

De no existir éstas el precepto legal es inaplicable, ya que no se configura el daño que exige la disposición legal como condición de aplicación.

Ahora bien, adviértase que, respecto de los trabajadores, la disposición legal se refiere a *"las obligaciones contraídas... con sus trabajadores"*, sin especificar la naturaleza de las deudas. Si bien la redacción es criticable por su amplitud, parecería indudable que la norma se refiere únicamente a las deudas de causa u origen laboral excluyendo las restantes, esto es las de otra naturaleza diversa, que hubiere respecto de los trabajadores.

F. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS SUBJETIVOS

Los requisitos subjetivos son las maniobras fraudulentas o la conducción temeraria que derivan en la elusión de las normas laborales o de la seguridad social.

Basta que se configure uno de los dos supuestos previstos por la norma para que emerja la consecuencia legal: la responsabilidad solidaria de los integrantes del conjunto.

Me referiré a ambos supuestos separadamente.

1) Primer requisito subjetivo: las maniobras fraudulentas

Esta situación se encuentra comprendida dentro la disposición del art. 14 LCT.

Como expresa Ramírez Bosco (13): *"Técnicamente el procedimiento del fraude o de la simulación, consiste en desligar un tipo legal de la consecuencia jurídica que le corresponde, o si se quiere, en apartar la consecuencia jurídica que según la ley se sigue de un tipo legal determinado, por vía de sacar completo, de desfigurar o de reemplazar a ese tipo, para poner otro en su lugar que en realidad no coincide con los hechos. Lo que se busca con el tipo legal reemplazante es evitar que se advierta que a los hechos en cuestión, lo que los describe con exactitud es el tipo reemplazado y que por lo tanto la consecuencia jurídica prevista para este ultimo, que impone una responsabilidad laboral, debiera ser la que se sigue de esos hechos"*.

(13) RAMÍREZ BOSCO, LUIS ERNESTO, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada,* dirigida por RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, ps. 360/1, Ed. La Ley, 2008.

El efecto subjetivo que caracteriza al fraude es la intención deliberada de evitar la aplicación de un sistema normativo, acto de la voluntad que exige, necesariamente, el propósito de evadir el cumplimiento del plexo legal. Es la voluntad dirigida al fin evasivo.

Como se advierte, en este caso, el factor de atribución de responsabilidad subyacente es el dolo, esto es: "*El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro...*" (art. 1072, Cód. Civil). A su vez el art. 1075, Cód. Civil dice: "*Todo derecho puede ser materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona*".

En este caso los derechos conculcados son, en forma inmediata, los del trabajador y de la seguridad social, y mediatamente, a través de esta última evasión, nuevamente los del trabajador.

2) Segundo requisito subjetivo: la conducción temeraria

En este el factor de atribución es la culpa en sentido estricto, entendida como "*...la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiera a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*" (art. 512, Cód. Civil).

Indudablemente, y en esta hipótesis, la temeridad que provoca el incumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social demuestra una despreocupación respecto de un deber social, que justifica la respuesta legal rigurosa.

Si se configuraran ambos requisitos, el factor dolo absorbe a la culpa.

G. CONSECUENCIA LEGAL

Reunidos todos los recaudos descriptos, surge la consecuencia legal a través del mecanismo jurídico de la solidaridad.

Todos los integrantes del conjunto responden frente al trabajador y frente a la seguridad social por los incumplimientos habidos.

De esta manera, como expresan los dos primeros párrafos del art. 705 del Cód. Civil: "*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...*".

En cuanto a la acción de regreso entre los deudores, esto es la acción del que hubiere pagado contra los restantes integrantes del grupo que no lo hicieron o lo efectuaron en menor medida (cuestión de contribución), la misma no es posible si medió dolo (arts. 1081 y 1082, Cód. Civil); es el caso de las maniobras fraudulentas, en cambio es factible en el caso de la culpa (art. 1109, segundo párrafo, Cód. Civil), esto es en el supuesto de conducción temeraria. En cuanto a la parte que le corresponde a cada deudor en este último supuesto es de aplicación la regla del art. 689 del Cód. Civil (art. 717, Cód. Civil).

Las relaciones laborales en las U.T.E., en los contratos de colaboración empresaria y en los consorcios de cooperación

Por Carlos Alberto Etala

Capítulo I

Economía de mercado y agrupamiento de empresas

La economía de mercado que adquiriera un prodigioso desarrollo a partir de la llamada "Revolución Industrial" gestada en el Siglo XVIII, proceso que, impulsado por el fenomenal progreso de la ciencia y de la técnica, ha continuado en forma ininterrumpida hasta el presente, sufrió en su desenvolvimiento transformaciones sustanciales, tanto cuantitativas como cualitativas, destinadas a ampliar sus horizontes productivos y comerciales y optimizar su funcionamiento y rentabilidad.

Lo hizo, preferentemente, al ritmo del desarrollo del tipo jurídico societario de la sociedad anónima o sociedad por acciones y rápidamente se advirtió la necesidad de suscitar la vinculación y asociación de empresas con la finalidad de ampliar sus posibilidades de generar emprendimientos cada más ambiciosos en el campo de la producción de bienes, obras y servicios.

Durante un prolongado lapso nuestra legislación societaria y también la contractual no contuvieron ninguna previsión regulatoria respecto de los contratos de colaboración empresaria, con lo cual la cuestión quedaba remitida a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes con las limitaciones y pautas generales para delimitar su contenido.

No obstante, en el derecho comparado ya se habían recogido normativamente figuras como los "consorcios" (Italia), los "grupos de intereses económicos" (Francia) y las "sociedades de empresas" (España). En todos estos casos se trataba de contratos de coordinación entre empresas, desechando de plano la idea de dominación o subordina-

ción entre los contratantes. Asimismo, en algunas circunstancias estos contratos daban origen a una nueva sociedad o a un sujeto de derecho distinto de sus componentes, lo cual era de fundamental importancia en materia de responsabilidad hacia los terceros (1).

En nuestro país el reconocimiento de las "Uniones Transitorias de Empresas" y los "contratos de colaboración empresaria" constituyen productos directos del fenómeno económico conocido como *agrupación o concentración empresaria,* también denominado como *agrupación o agrupamiento de empresas* (2).

Como oportunamente lo señalara Fontanarrosa, el Código de Comercio argentino no define a la "empresa" y con muy poco cuidado en el empleo del vocablo, atribuyó a la palabra distintos significados. Por ejemplo, la hizo sinónimo de "compañía" (que es a su vez sinónimo de "sociedad", Libro II, Título III, art. 282), en los arts. 583, 744, 748 y 766; le dio el sentido de *objeto o finalidad* perseguidos por una sociedad, en los arts. 313 y 422 inc. 1º; la utilizó en la acepción de *acción, obra o designio criminal,* en el art. 554; y finalmente, indica con ella una *organización de medios y actividades,* en los arts. 8º inc. 5º, 162, 163, 184, 204, etc. Señala el mismo autor que esta última es la acepción que, por su índole específica, es la que más interesa al derecho comercial (3). Este último significado es el asimilado por la ley laboral que, en prácticamente la única definición de "empresa" que contiene el ordenamiento jurídico argentino, la describe como *"la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos"* (art. 5º, LCT).

Es, precisamente, esta característica de "organización" la que vincula a las "agrupaciones de colaboración" con las "uniones transitorias de empresas".

(1) BARBIERI, *Contratos de empresa,* Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 268.

(2) ESPER, MARIANO, *Uniones Transitorias de Empresas,* Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 31 y nota 78. Este autor, compartiendo la opinión de ALBERTO V. VERÓN, desecha la designación de "agrupamiento de sociedades", puesto que si sólo se incluyeran en el fenómeno a las sociedades, la UTE quedaría fuera de su alcance ya que no constituye una de éstas (art. 377, LSC).

(3) FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho comercial argentino (Parte general),* Zavalía Ed., 3ª ed., Buenos Aires, 1967, p. 179 y nota 10.

Capítulo II

El régimen jurídico de las relaciones laborales en el ámbito de las agrupaciones empresariales

Para determinar los efectos jurídicos de la celebración, desarrollo, extinción y responsabilidades en materia de relaciones laborales anudadas en estas agrupaciones empresarias, habrá que atender necesariamente no sólo a las normas comerciales que regulan su constitución y funcionamiento, sino también, desde luego, a las normas laborales que rigen la celebración de un contrato de trabajo y los derechos y deberes recíprocos de las partes que emergen de un contrato o relación de trabajo.

A modo de formulación introductoria puede señalarse que la problemática que suscita la gestación, desarrollo y extinción de relaciones laborales en este tipo de agrupamientos empresarios, puede sintetizarse en la resolución de dos tipos de cuestiones: a) la determinación de quién es el empleador de un trabajador que ha prestado servicios, para lo cual será necesario individualizar quién contrató al trabajador, a qué empresa se incorporó, quién abonó su remuneración y a quién aprovechó la prestación de su trabajo; b) la determinación de la responsabilidad laboral por los créditos que generó esa prestación de servicios, lo que incluye precisar si esa responsabilidad alcanza a un solo integrante del agrupamiento o a todo este agrupamiento, y, en su caso, si se trata de una responsabilidad solidaria o simplemente mancomunada.

Como el diseño jurídico de los agrupamientos empresarios que son motivo de nuestra consideración, es distinto, será necesario

analizar separadamente las relaciones individuales de trabajo tanto en las "agrupaciones de colaboración" como en las "uniones transitorias de empresas".

Capítulo III

Las agrupaciones de colaboración

Estas agrupaciones están reguladas por los arts. 367 a 376 de la ley de sociedades comerciales Nº 19.550 (LSC). Se encuentran legalmente definidas como un contrato de agrupación mediante el cual las sociedades constituidas en la República (también las constituidas en el extranjero) y los empresarios individuales domiciliados en ella podrán "establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades" (art. 367, párrafo primero, LSC). El contrato se otorga por instrumento público o privado y debe inscribirse (art. 369, ley 19.550). La duración de la agrupación no podrá exceder de diez (10) años (art. 369, inciso 2º, ley 19.550).

Estas agrupaciones no constituyen sociedades ni son sujetos de derechos (art. 367, párrafo segundo, ley citada).

La dirección y administración debe estar a cargo de una o más personas físicas designadas en el contrato o posteriormente por resolución de los participantes (art. 371, párrafo primero, LSC).

Los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación. Por las obligaciones que los representantes hubieran asumido por cuenta de un participante, responde éste solidariamente con el fondo común operativo de la agrupación que se integra, según el art. 372 de la misma ley, con las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran (art. 373, LSC).

Respecto de los empleados o trabajadores que prestan servicios, es necesario establecer las siguientes distinciones:

a) Cada sociedad o empresario individual que integra la agrupación debe responder por las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores según el respectivo régimen jurídico aplicable (LCT, estatuto particular, convenio colectivo de trabajo).

b) Las obligaciones laborales existentes respecto del personal contratado para la realización de labores comunes (por ejemplo, administración de la agrupación), dan lugar a la responsabilidad ilimitada y solidaria de los partícipes, siempre y cuando el interesado acredite haber interpelado en forma previa e infructuosa al administrador del grupo, según lo exige el art. 373, ley 19.550 (1).

c) Las sociedades y empresarios individuales que constituyen la agrupación están indudablemente relacionadas pero para estar encuadradas en el art. 31 LCT y ser solidariamente responsables con sus trabajadores y con los organismos de la seguridad social deben reunirse dos condiciones: 1) constituir un conjunto económico de carácter permanente (2); 2) la existencia de maniobras fraudulentas o conducción temeraria. Se podría sostener, sin embargo, que la ley comercial es más favorable para el trabajador, y, por consiguiente, resulta aplicable (art. 9º LCT), puesto que determina que los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación (art. 373, primera parte, LSC), sin exigir que el conjunto sea permanente ni la acreditación de maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

(1) MARTORELL, ERNESTO E., *Los agrupamientos y uniones empresarias de la ley 22.903 y su problemática laboral*, TySS, 1985-3.

(2) MARTORELL entiende que no pueden considerarse un conjunto económico de carácter permanente, porque la limitación en su duración impuesta por la ley indica que son formas de colaboración por coordinación cuya esencia es la transitoriedad; MARTORELLL, ERNESTO E., *Los agrupamientos y uniones empresarias de la ley 22.903 y su problemática laboral*, TySS, 1985-3.

Capítulo IV

La Unión Transitoria de Empresas

El art. 377 de la ley de sociedades comerciales Nº 19.550 establece que las sociedades constituidas en la República y los empresarios individuales domiciliados en ella, podrán, mediante un contrato de unión transitoria, reunirse para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto. El mismo artículo agrega que las sociedades constituidas en el extranjero pueden participar en tales acuerdos previo cumplimiento del art. 118, tercer párrafo, LSC (1). Como se advierte, la UTE reconoce un origen contractual pudiendo tratarse de un contrato bilateral o plurilateral (2). La norma legal es suficientemente amplia, por lo que, pueden constituir las UTE: sociedades comerciales, sociedades civiles, cooperativas, sociedades del Estado, sociedades mixtas y sociedades con participación estatal mayoritaria, sociedades irregulares, sociedades de hecho, sociedades constituidas en el extranjero si cumplieren los recaudos del art. 118 LSC y los empresarios individuales (3).

Cuando la ley se refiere a la ejecución de una "obra", ésta puede derivar de un contrato de obra pública o tratarse de una de carácter privado. La obra puede ser tanto material como intelectual pero debe estar concretada en forma precisa y la actividad respectiva sujeta a plazo, pues de otra forma estaríamos en presencia de un

---

(1) Este artículo de la LSC determina la ley aplicable a estas sociedades, su habilitación para realizar en el país actos aislados y estar en juicio y los recaudos que debe reunir para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente.

(2) Barbieri, *Contratos de empresa*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 275.

(3) Fernández Madrid, Juan Carlos, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, 3ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, t. II, p. 1078.

grupo económico con el objeto de realizar una determinada explotación *sine die*, lo que no diferiría de lo que constituye la finalidad de cualquier empresa (4).

La ley también menciona al "suministro" como objeto de la UTE La jurisprudencia ha brindado el respectivo concepto: "El suministro es el contrato por el cual una de las partes (suministrante) asume frente a la otra (suministrado) la obligación de cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término (determinado o indeterminado) en la medida que lo solicite y por un precio fijado o a fijarse" (5). De esta forma, el suministrante asegura al suministrado que durante la vigencia del contrato recibirá —según las modalidades pactadas— los bienes que son objeto de éste (6).

Las UTE no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho (7). Por tal razón se ha decidido judicialmente que cuando se dice que una UTE es el empleador, en realidad, lo que ello significa es que la relación existe con los integrantes de dicha UTE, quienes responden frente al dependiente (art. 378, incs. 6° y 8° de la ley 19.550). Ello es así porque conforme la normativa correspondiente (ley 22.903, modificatoria de la ley 19.550), las uniones transitorias de empresas no son sujetos de derecho ni configuran sociedades. Por tal razón, en ese caso, se legitimó el accionar del actor, quien demandó a título personal a quien integró la UTE (8).

Según el art. 378 de la misma ley, el contrato respectivo, que debe otorgarse por instrumento público o privado, debe contener la especificación de las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar o sufragar las actividades comunes (inciso 6º) y la proporción o método para determinar la participación de las empresas en la distribución

(4) FERNÁNDEZ MADRID, obra citada en nota anterior, t. II, p. 1078.

(5) CNCom., sala E, 30/03/1989, JA, 1990-II-150.

(6) FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos*, Ed. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 1999, p. 497.

(7) Según la normativa legal aplicable, las UTE no configuran sociedades ni son sujetos de derecho (CNTrab., sala II, 9/6/1999, "Sánchez Amuchástegui, Gustavo G. c. Empresa Diteco S.A. y otros s/despido", TySS, 2003-130).

(8) CNTrab., sala VII, 28/02/2001, "Ferreyra, Osvaldo del V. c. Ager S.R.L. s/despido", TySS, 2003-149.

de los resultados o en su caso, los ingresos o gastos de la unión (inciso 8º).

El art. 378 LSC determina que el contrato (constitutivo), que puede ser otorgado por instrumento público o privado, debe contener "el nombre y domicilio del representante" (inciso 7º). El art. 379 LSC se refiere a las facultades del representante. Expresa, en su primera parte, que: "El representante tendrá los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer obligaciones que hiciesen al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro".

Los trabajadores que prestan servicios para la "ejecución de la obra, servicio o suministro" pueden ser contratados por: a) cada uno de los empresarios individuales o sociedades que constituyen la UTE como una de las obligaciones asumidas en el contrato constitutivo para dar cumplimiento al aporte que se comprometió a prestar al grupo; b) por la misma UTE a través de su representante. En este último caso, si bien el representante es quien contrata a los trabajadores no es su empleador, ya que lo hace por cuenta y orden de la UTE quien asume como tal todos los deberes emergentes de un contrato de trabajo, en especial, el deber de registro del contrato o relación de trabajo (arts. 7º, ley 24.013 y 52 y 79, LCT) y el de cumplir debidamente con las normas laborales y de seguridad social pertinentes. En este caso, se plantea la discrepancia sobre si la UTE puede asumir la calidad de "empleadora" como tal o bien su representante, en rigor, contrata a los trabajadores en representación de un empleador múltiple constituido por las personas físicas o jurídicas que integran la UTE (9).

En un fallo judicial se ha distinguido la UTE de otras situaciones jurídicas que pueden dar lugar a confusión, por lo que resulta no sólo necesario sino también útil, efectuar el debido deslinde. Así se señaló, que no se trata del supuesto previsto por el art. 29 LCT, ya que no hay interposición de personas, puesto que la UTE no lo es; tampoco es de aplicación el art. 30 LCT pues no es un caso de con-

(9) Se ha decidido judicialmente que una UTE no puede ser considerada empleadora, puesto que el art. 26 LCT contempla la posibilidad de que asuma ese rol un ente de existencia ideal sin personalidad jurídica propia, pero no quien ni siquiera es sujeto de derecho (CNTrab., sala X, 12/12/2003, "Fitz Maurice, Mario D. c. Coconor S.A. UTE y otros", TySS, 2004-888).

tratación o subcontratación y, respecto del art. 31 LCT aun cuando se dé un caso de dirección y administración conjunta de parte de las actividades de las sociedades integrantes de la UTE, debería invocarse y acreditarse que dichas empresas constituyen un conjunto económico de carácter permanente, puesto que justamente se configura la situación contraria, ya que, como su nombre lo indica la unión es transitoria (10).

Por último, el art. 381 de la ley de sociedades determina que, salvo disposición en contrario del contrato, no se presume la solidaridad de las empresas por los actos y operaciones que deban desarrollar o ejecutar, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros. Esto significa que, salvo convención en contrario en el instrumento constitutivo y para el caso en que el empleo de trabajadores no haya sido asumido directamente por alguna de las sociedades o empresarios individuales que constituya la UTE, la obligación laboral de ésta es simplemente mancomunada y no solidaria y se divide en tantas partes iguales como deudores haya (art. 691, Cód. Civil) si en el instrumento constitutivo no se hubiera estipulado una división de las deudas en una proporción distinta (art. 692, mismo Código).

En tal sentido, se ha decidido que no corresponde hacer lugar a la solidaridad de las partes integrantes de la organización por las obligaciones laborales si no se pactó en el contrato de unión (11). Igualmente se resolvió que cuando una UTE es el empleador la relación se da con sus integrantes, quienes responden frente al dependiente en los términos acordados, por lo que no hay solidaridad entre ellos si no está estipulada y, de omitirse toda estipulación al respecto, responderán en partes iguales (12). Asimismo, se decidió judicialmente que no se impone la solidaridad de las empresas participantes de la UTE por los actos, operaciones y obligaciones de la organización frente a terceros, salvo que se haya pactado en el acuerdo (13). Del mismo modo se ha resuelto que si en el contrato

(10) CNTrab., sala III, 23/02/2004, "De la Parra, Jorge c. Huayqui S.A. y otro s/ despido", TySS, 2004-882.

(11) CNTrab., sala III, 23/02/2004, "De la Parra, Jorge c. Huayqui S.A. y otro s/ despido", TySS, 2004-882.

(12) CNTrab., sala III, 23/9/1997, "Díaz, Francisco E. c. Huarte S.A. y otros s/accidente ley 9688", TySS, 2003-138.

(13) CNTrab., sala III, 20/8/1999, "Rudzikas, Juan C. c. Expreso Victoria S.A. y otro s/despido", TySS, 2003-139.

celebrado entre las empresas integrantes de la UTE se establece la responsabilidad indivisible y solidaria de aquéllas sobre todos los efectos derivados de la licitación, adjudicación y contratación frente a la obra social licitante y nada se dice sobre el personal de cada una de ellas, ni se brinda ninguna pauta que permita extenderla a su respecto, no corresponde su admisión (14).

En sentido contrario, se decidió que si los actores prestaron servicios para todas las sociedades integrantes de la UTE, servicios que estaban directamente vinculados con el objeto para el cual se celebró el pertinente contrato de colaboración empresaria, debe considerarse que dichas sociedades actuaron como un empleador en los términos del art. 26 LCT y, por consiguiente, no resulta equitativo fraccionar la responsabilidad de cada una de ellas frente a los trabajadores, pues se trata de sendos contratos de trabajo celebrados por cada uno de los demandantes con un empleador múltiple, conjunto o plural en los términos del citado artículo 26 de la LCT (15).

(14) CNTrab., sala V, 28/12/2001, "Shamme, Jorge A. c. Tom Ema S.A. y otros s/ despido", TySS, 2003-140.

(15) CNTrab., sala V, 14/08/2006, "Parente, Rodolfo J. y otros c. Dota S.A. de transporte Automotor Sargento Cabral S.A. de transportes, Transporte Ideal San Justo S.A., UTE y otros", DT, 2006-B, 1841.

Capítulo V

Los consorcios de cooperación

Esta figura ha sido regulada por la ley 26.005. Los "consorcios de cooperación" son constituidos mediante un contrato celebrado entre personas físicas o jurídicas, domiciliadas o constituidas en la República Argentina, que establece "una organización común con la finalidad de facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros, definidas o no al momento de su constitución, a fin de mejorar o acrecentar sus resultados" (art. 1º, ley citada). El contrato constitutivo puede otorgarse por instrumento público o privado, inscribiéndose juntamente con la designación de sus representantes, en la Inspección General de Justicia o ante la autoridad de contralor que correspondiere, según la jurisdicción provincial. Si los contratos no se registraren, el consorcio tendrá los efectos de una sociedad de hecho (arts. 5º y 6º, ley 26.055). La falta de registro, entonces, por aplicación del art. 23 LSC, hará que los integrantes del consorcio de cooperación sean solidariamente responsables por las operaciones comunes, sin que puedan invocar el beneficio de excusión previsto por el art. 56 LSC ni las limitaciones que se funden en el contrato constitutivo.

El art. 2º de la misma ley declara categóricamente que los consorcios de cooperación "no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho. Tienen naturaleza contractual".

Es interesante, a nuestros efectos, que, según el art. 7º, ley 26.005, los contratos de formación de "consorcios de cooperación" deben contener "la denominación, integrada con la leyenda "Consorcio de Cooperación" (inciso 4º) y "la determinación del número de representantes del Consorcio, nombre, domicilio y demás datos per-

sonales... así como sus facultades, poderes y formas de actuación, en caso de que la representación sea plural" (inciso 11).

Lo expuesto significa que los empleados pueden ser contratados por: a) cada una de las personas físicas o jurídicas que constituyen el "consorcio de cooperación" como contribución a la "organización común" de éste; b) por el representante o representantes del consorcio que estuviese facultado para ello según el contrato constitutivo (art. 7º, inciso 11, ley 26.005) (1); c) si el representante o representantes no estuviere facultado para contratar trabajadores y no obstante ello, lo hiciere, el consorcio será responsable de sus deberes de empleador en tanto la prestación se convirtió en su beneficio (arts. 21, 22 y 36 LCT).

Respecto a la responsabilidad de los integrantes del consorcio, si en el contrato de constitución no se hubiera fijado la proporción en que cada participante se hace responsable de las obligaciones asumidas en nombre del consorcio, "se presume la solidaridad entre sus miembros" (art. 9º, ley 26.005). Lo expuesto significa que los integrantes del consorcio pueden haber convenido: a) que su responsabilidad sea simplemente mancomunada, vale decir, sólo en la proporción en que cada participante se hubiera obligado en el contrato constitutivo; b) la responsabilidad sea solidaria; c) en caso de omisión del contrato la responsabilidad será solidaria.

(1) FOGLIA señala, con razón, que no existe obstáculo para que los integrantes del consorcio sean considerados empleadores plurales de dichos trabajadores, ya que el art. 26 LCT determina que el empleador puede o no tener personalidad jurídica propia. En este caso el empleador no la tiene, tratándose, por ende de un empleador plural. Dichos trabajadores deben estar registrados como empleados del consorcio el que debe cumplir con las normas laborales y de la seguridad social; FOGLIA, RICARDO A. en RODRÍGUEZ MANCINI, *Ley de contrato de trabajo*, t. II, p. 211.

La contratación temporal de trabajadores por el contratista y/o subcontratista frente al principio de indeterminación del plazo del contrato de trabajo (art. 90 LCT)

Por Mario Ernesto Zuretti (h.)

Capítulo I

Introducción al tema

Con motivo de los cambios —cada vez más acelerados— que ocurren en el sistema de producción y, en consecuencia, en la organización empresaria y del trabajo, se plantea como paradigma común a la mayor parte de las teorías sobre adaptación de las empresas a los mismos, que éstas se concentren exclusivamente en aquellas actividades que hacen directamente a su objeto social y tercericen parte de las tareas que realizaban antes, contratando con otras (especializadas al efecto) la realización de labores que estas últimas pueden hacer con mayor dedicación y eficiencia —se trata de un modelo de empresa "red", modelo distinto al de producción serial o en masa, integral, que opera u operaba en general, en empresas de grandes dimensiones (llamado "fordista")—; configurándose así el fenómeno denominado "descentralización productiva".

Esto, que podría constituir un supuesto de fraude laboral, atiende —en muchos casos— a una necesidad impuesta por la actualidad debido a un aceptable grado de eficiencia a que está sujeta toda empresa, lo que le exige dedicarse a determinados aspectos en los que es capaz de alcanzar un cierto nivel de competitividad.

De esa manera la empresa principal se libera de la gestión de algunas tareas que no hacen a la finalidad del emprendimiento, sólo coadyuvan a lograr el objetivo fijado —producir determinados bienes o servicios—; lo que le permite dedicar más atención a otros sectores que sí hacen directamente al objeto social.

Como ejemplos de estas "tareas coadyuvantes" se pueden citar actividades como las de limpieza, vigilancia, mantenimiento, servi-

cios de informática, etc.; aunque tal vez las más usuales y clásicas son las dos primeras.

Se originan así, vínculos jurídicos entre la empresa principal, usuaria (contratante), y los contratistas y/o subcontratistas a cargo de realizar esas actividades coadyuvantes, celebrando entre ambos contratos de empresa civiles o comerciales. Contratos de empresa en el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por un precio determinado mediante una organización productiva de la que el contratista o subcontratista es titular.

En dichos vínculos se pueden plantear condicionamientos en la actividad de las empresas contratistas y/o subcontratistas por la existencia de sucesivos contratos comerciales y/o civiles ligados al volumen del trabajo necesario; lo que, por ende, se proyecta y actúa sobre las relaciones laborales involucradas.

Dentro del mencionado contexto de descentralización productiva, en ciertos sectores —como los antes citados— existen pues, empresas cuya actividad se concentra en la prestación de servicios para otras entidades.

En tales empresas de servicios la necesidad de contratación de mano de obra se encuentra absolutamente condicionada por el volumen de encargos exteriores, en tanto las variaciones de éstos influyen en esa necesidad de contratación.

En consecuencia, entre otras cuestiones, aparecen las relativas al modo o recurso utilizado por dichos contratistas o subcontratistas para relacionarse con sus trabajadores; cuestión que examinaré en este trabajo.

Capítulo II

Análisis del tema en el Derecho del Trabajo español

Sumario: A. Descentralización productiva y contratos para ejecución de obra o servicio determinados.— B. Legislación aplicable.— C. Criterios doctrinarios. 1) Tesis amplia. 2) Tesis restrictiva.— D. Criterios jurisprudenciales: 1) Jurisprudencia a favor de la limitación temporal del contrato vinculado con la duración de la contrata. a) Cesión ilegal; b) Fundamento de la limitación de la duración del contrato laboral a la duración de la contrata interempresarial; c) Competencia de los convenios colectivos en la determinación de la causa de la contratación temporal; 2) Jurisprudencia en contra de la limitación temporal del contrato vinculado con la duración de la contrata.— E. Algunas conclusiones sobre el tema en el Derecho del Trabajo español.

A. Descentralización productiva y contratos para ejecución de obra o servicio determinados

Teniendo en cuenta esos efectos producidos por la descentralización productiva, con empresas —en ciertos sectores de actividad (p. ej. limpieza, seguridad, mantenimiento, etc.)— cuyo objeto social se centra en la prestación de servicios para otras —empresas principales, usuarias—, con necesidad de mano de obra condicionada por el volumen de encargos exteriores, aparece en el Derecho Español el recurso al contrato para obra o servicio determinados.

Se plantea entonces, el tema relativo a si los trabajadores involucrados en tales prestaciones pueden estar vinculados por contratos temporales condicionados a la duración de la contrata; es decir, si es posible que la finalización del contrato para obra o servicio determinados se encuentre ligada a la terminación de la contrata civil o mercantil.

B. LEGISLACIÓN APLICABLE

De comienzo, considero conveniente mencionar el contexto normativo aplicable.

En tal sentido, en la legislación laboral española, dentro de los denominados contratos de duración determinada se encuentran:

1) Contrato para obra o servicio determinados.

2) Contrato eventual por circunstancias de la producción (circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos).

3) Contrato de interinidad. Para sustituir a trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo

(ver Real Decreto Nº 2720/1998, arts. 1º a 4º).

Asimismo, según el art. 15, 1. E. T. "...podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos...":

a) "...cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta.

Los convenios colectivos sectoriales, estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza..."

(ver también el citado Real Decreto Nº 2720/1998).

Repárese además que, el art. 49 E.T. sobre extinción del contrato, contempla expresamente como uno de los supuestos:

...b) "...por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario".

C. CRITERIOS DOCTRINARIOS

Me permito sistematizar los criterios doctrinarios españoles sobre el tema en dos grupos:

1) Tesis amplia

Cierta doctrina (1) y jurisprudencia españolas sostienen su conformidad acerca de la posibilidad de que la limitación temporal del contrato venga vinculada, no a la naturaleza del servicio o la obra contratada, sino a la necesidad temporal de mano de obra por parte del empresario contratante de la obra o servicio.

Ballester Pastor (2) destaca la perdida de causalidad en los contratos temporales vigentes en el ordenamiento jurídico español, atribuyéndola a: 1) que la instalación definitiva de la costumbre de la precariedad a partir de las modificaciones en la contratación temporal en 1984, el desempleo masivo y la supuesta rigidez organizativa y extintiva, hizo perder virtualidad a las modificaciones normativas en la década de 1990, que pretendían devolver causalidad a la contratación temporal; 2) la limitación de las reformas legales a aspectos meramente formales de la contratación temporal (consignar en el contrato de eventuales la causa determinante del contrato), lo que no pudo ser controlado; 3) la escasa incidencia de los pronunciamientos judiciales que, en general, analizan con flexibilidad la concurrencia de la causa en la contratación temporal en la Administración Pública; o analizan el factor causal "a mayor abundamiento", apuntando en lo fundamental, en cuanto a su improcedencia, a defectos meramente formales o temporales (exceso en los plazos).

Sanchez Torres (3) señala que se consolida una tendencia jurisprudencial con cierta continuidad desde 1996, por la cual el contra-

(1) CAMPS RUIZ, L. M., *La contratación laboral temporal*, Valencia, 1995; MUÑOZ CAMPOS, *Los contratos temporales en el reformado Estatuto de los Trabajadores*, R.L. núm. 11, 1985; RUIZ CASTILLO, *La duración del contrato de trabajo; estudio de su régimen legal y jurisprudencial*, Revista de Política Social, núm. 1138, 1983.

(2) BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, *El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural*, en "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudio en recuerdo de Francisco Blat Gimeno", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 383 y sigtes.

(3) SÁNCHEZ TORRES, ESTHER, *Los efectos de la descentralización productiva sobre el contrato de trabajo con la empresa contratista*, en "Descentralización productiva y

to de trabajo de obra o servicio se configuraría como la opción más flexible y, por tanto, aquélla por la que podrían optar todas aquellas empresas prestadoras de diversos servicios al amparo de una contrata o subcontrata.

Su justificación se centra en una calificación de la temporalidad de la causa contractual no desde parámetros materiales o intrínsecos, sino desde factores de mercado vinculados a las necesidades que para la empresa contratista aparecen cuando oferta una serie de servicios en un mercado cada vez más globalizado y competitivo, de forma que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quién asume la posición empresarial en ese contrato.

2) Tesis restrictiva

En cambio, sobre el tema, valiosa doctrina (4) sostiene que el recurso al contrato para obra o servicio determinados, dado su carácter causal, no depende de la voluntad concorde de las partes sino de la concurrencia de la causa objetiva legalmente prevista; y como son normas de derecho necesario su contravención genera una presunción favorable a la fijeza —contrato de trabajo por tiempo indeterminado— (art. 15. 1. y 3. ET).

Esta postura es más respetuosa con la naturaleza del propio contrato para obra o servicio determinados y responde a los principios del modelo legal a favor de la estabilidad en el empleo y la preferencia por la contratación indefinida —como en nuestro derecho positivo—.

Considera así, que el contrato para obra o servicio determinados debe estar nítidamente deslindado en cuanto a la obra o servicio contratado respecto de otras actividades, sin admitir la posibilidad

---

nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, ps. 425 y sigtes.

(4) SORIANO CORTES, DULCE, *La Duración de la Contrata o Subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo*, en "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo", X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, ps. 463 y sigtes.; y VICENTE PALACIO, MA. ARANTZAZU, *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

de condicionar la duración del contrato a la vigencia de la contrata, por entender que la temporalidad que exige el art. 15.1) ET viene ligada a la naturaleza de la obra o servicio y no a circunstancias ajenas a éstos.

De ese modo, dicho contrato no puede ser utilizado cuando la actividad a desempeñar por los trabajadores no está objetivamente limitada en el tiempo —estaríamos ante un acotamiento artificial de una actividad indefinida—; ni tampoco basta con consignar una causa de extinción como válida en el contrato para que sea admisible, ya que el juez, en todo caso, no va a quedar vinculado por la voluntad de las partes cuando ello no surja de los hechos.

Esta posición sostiene que, para un uso legítimo del contrato para obra o servicio determinados vinculando su duración con la de la contratación y/ o subcontratación, se deben analizar los dos elementos que configuran el objeto del contrato:

a) Elemento Material: obra o servicio con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa (art. 15, 1.a, ET). Consiste en que la obra o servicio goce de plena independencia y singularidad respecto de la actividad de la empresa, es decir, que sea posible su desgaje y la plena identificación de sus contornos (p.ej. sector de la construcción), pero también es propio de empresas que se dedican a la ejecución de obras o encargos por cuenta de otra persona, con especial protagonismo en el contexto de descentralización productiva, en que alcanzan un auge cada vez mayor, con repercusiones en la contratación y en la estabilidad en el empleo.

Así pues, Vicente Palacio (5) considera para una correcta utilización de este contrato de trabajo dos hipótesis:

i) *actividad contratada distinta de la actividad social de la empresa* —ciclo productivo de ésta— *y no permanente.* Si además de distinta no es permanente, no parece —según dicha autora— que exista impedimento en ese tipo de contratación, por cuanto concluirá una vez finalizada la obra o servicio contratado.

(5) Ver *op. cit.* en nota 4.

ii) *actividad distinta y permanente.* Cabe cuestionar su legitimidad ya que procedería una contratación indefinida (por tiempo indeterminado).

iii) *actividad contratada coincide con la de la empresa, pero se trata de necesidad temporal de mano de obra delimitada en el tiempo.* Es la posibilidad de contratación eventual por circunstancias de la producción (art. 15, 1.b. ET).

iv) *actividad contratada coincide con la de la empresa pero es una necesidad permanente.* Debe negarse la posibilidad de este contrato porque se viola el principio de causalidad de la contratación temporal.

En el art. 15 ET se introduce una precisión al referirse a la contratación de *una obra o servicio,* lo que establece necesidad de concretar y singularizar el objeto del contrato, *no admitiéndose contrataciones genéricas.* Por eso la necesidad que sea suficientemente identificada la obra o servicio (ver R.D. 2720/1998 y jurisprudencia).

b) Elemento Temporal: la actividad contratada, aunque de duración incierta está limitada en el tiempo (por la actividad misma o por la necesidad de la empresa).

El art. 15 1.a) ET prescribe que la obra o servicio objeto del contrato ha de ser de ejecución limitada en el tiempo, aunque sea en principio de duración incierta. En consecuencia, lo determinante no es el conocimiento de una fecha exacta concreta de finalización sino la certeza de que dicho contrato finaliza una vez concluida la obra o servicio contratado.

Por eso el contrato para obra o servicio determinados es un contrato sujeto a término (no condición) resolutorio (6).

De lo expuesto se puede advertir que las divergencias emergen en como puede ser entendida esa limitación temporal: 1) en sentido estricto: o sea limitación temporal referida a la actividad en sí misma considerada o; 2) en sentido amplio: lo que determinaría la

(6) Ver SORIANO CORTES y VICENTE PALACIO en *ops. cits.*, nota 4.

temporalidad no es la actividad misma sino la necesidad de la empresa.

Cruz Villalón y P. Rodríguez - Ramos Velasco (7) consideran que —la que denomino tesis amplia— no está exenta de riesgos ya que, en la práctica, ciertas formas de descentralización productiva pueden contribuir a potenciar la precarización en la contratación laboral. Si la duración de los contratos queda condicionada a la vigencia de la contrata, puede, de hecho, transformarse en una nueva causa de licitud de la contratación temporal, aunque el reclamo formal se haga al contrato para obra o servicio determinados consagrado en el art. 15 1.a) ET.

Estos autores, partiendo de que no hay una doctrina jurisprudencial uniforme, se inclinan por no encontrar justificada dicha posibilidad, especialmente cuando se trata de una sucesión de concesiones administrativas (8), en donde el trabajador ha sido contratado para tareas permanentes y el efecto subrogatorio entre las empresas adjudicatarias se da por supuesto.

En general, para la doctrina española resulta deseable que el legislador haga una referencia expresa a la duración de los contratos en supuestos de externalización, lo que conduciría a una mayor seguridad jurídica y claridad en esa modalidad de contratación.

D. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

1) Jurisprudencia a favor de la limitación temporal del contrato vinculado con la duración de la contrata

En este sentido, se pueden citar fallos como:

La SSTS de 28/2/1996 (Ar. 2738) consideró que la naturaleza temporal de los contratos se evidencia, en su contexto, no por el carácter de la actividad encomendada o convenida sino por la circunstancia de tiempo que expresamente se estipula. En el caso, las

(7) Ver *Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos*, en Revista de Derecho Social núm. 3, 1998.

(8) Casos que se verán en el pto. D.1).

actoras habían de llevar a cabo su trabajo en el tren de lavado mientras se realizaba el estudio de organización y de forma de gestión del mismo. Se trata de una condición resolutoria y para el Tribunal tal tipo de condición es susceptible de inclusión en el contrato como causa de extinción, de conformidad con las previsiones del art. 49 1 b) ET —en igual sentido STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23/1/1996 (R. A. 148)—.

La sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina del 15/1/1997, Ar. 497, es de los últimos fallos que desde diferentes perspectivas y con diversas conclusiones, abordan el tema de la posible legalidad o ilegalidad de los contratos temporales realizados en el marco de una contratación de obra o servicio.

La misma se refiere a las tareas de vigilancia y seguridad. Se trata de trabajadores que fueron contratados bajo la modalidad de obra o servicio determinados para desarrollar la actividad de vigilancia y seguridad de una central nuclear —que había asumido una empresa contratista de seguridad privada—, estipulándose como duración del contrato la de la propia contrata. A consecuencia de una reestructuración del servicio se redujeron los puestos a cubrir por determinados vigilantes, siendo afectados los reclamantes que formularon demanda por despido.

El Tribunal Supremo consideró que no se trata de un servicio determinado previsto por el art. 15 1.a) ET, pero llegó a admitir y justificar el recurso a esta figura por el hecho que, por parte de la empresa existe una necesidad de trabajo limitada en el tiempo y objetivamente definida, dado que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

Según la sentencia el problema se centra en determinar si el servicio objeto del contrato previsto en el art. 15 1.a) ET es por su naturaleza en relación con la actividad de la empresa, un servicio limitado temporalmente o si aun siendo un servicio que en principio tiene una duración permanente, puede ser objeto de un contrato de obra o servicio determinados cuando para el empresario la realización de ese servicio queda en la practica limitada en el tiempo, no por el carácter de aquél sino por las condiciones en que se ha pactado su realización con un tercero y por cuenta de éste. En el caso *el TS consideró que existe una necesidad de trabajo temporalmente*

limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es una limitación conocida por las partes al momento de contratar y opera, por tanto, como límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

Para el TS no es decisivo pues, el carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo ni que estemos ante una exigencia permanente de la empresa comitente, ni que la realización de este tipo de trabajos constituya la actividad normal de la empresa; sino que lo que interesa es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.

El Tribunal Supremo, consciente —sin embargo— del riesgo que suponen algunas formas de descentralización productiva para la estabilidad en el empleo, en dicha sentencia llega a la conclusión de admitir la cláusula de temporalidad pactada por dos razones: 1) Se puede entender que el servicio de seguridad para otra empresa es un trabajo con autonomía y sustantividad propia dentro de la esfera de actuación del empresario, pero aunque pueda cuestionarse que estemos ante un contrato de obra o servicio determinados en sentido estricto, desde un punto de vista sustancialista de la permanencia en el servicio, entiende que sí tendría acogida en el art. 49, b) o c) ET como condición resolutoria.

2) Se alude a diversos Convenios Colectivos aplicables a la actividad de vigilancia y seguridad, en que se reconoce la posibilidad de contratos de obra o servicio determinados pactados de acuerdo a la vigencia de la contrata, previendo la extinción de los contratos de trabajo tanto en supuestos de resolución total o parcial de la contrata (los representantes de los trabajadores admiten que las necesidades objetivas en atención a las características del trabajo en ese sector, justifican la limitación de la vigencia de los contratos).

Según Mercader Uguina (9) el mencionado fallo ha sido interpretado doctrinalmente como una posibilidad de que las partes puedan establecer causas de temporalidad distintas a las expresadas por el art. 15 ET, mediante las figuras del término resolutorio, y

(9) MERCADER UGUINA, JESÚS R., *La contratación temporal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 32 y sigtes.

más impropiamente, de la condición resolutoria, siempre que respondan a necesidades objetivas y justificadas, debiéndose otorgar a la negociación un papel principal en la delimitación de tales necesidades.

Por eso fue objeto de críticas por el riesgo que puede suponer el establecimiento de libres cláusulas de extinción de los contratos temporales.

Ballester Pastor (10) considera que la referencia al art. 49 ET en que parece sustentarse la legalidad de la fórmula contractual temporal utilizada, remite definitivamente a la casuística y a la oportunidad, como ocurría desde que el tema se planteó en los Tribunales y representa la tendencia descausalizadora de los contratos temporales estructurales, y en particular, de los estructurales indefinidos (obra y eventuales).

Esta autora, independientemente del tema en que el Tribunal Supremo resuelve el problema, identifica tres cuestiones centrales:

a) Cesión ilegal

El Tribunal Supremo reconoce que los supuestos de contrato temporal de duración coincidente con la duración de la contrata se encuentran en la frontera con la cesión ilegal de trabajadores, por lo que el análisis de su legalidad pasa por el estudio de los elementos concretos concurrentes en cada caso.

Me permito destacar en el punto la semejanza entre la empresa contratista, que contrata a sus trabajadores por el tiempo que dura la relación interempresarial, y la empresa cedente —suministradora— que recluta y contrata mano de obra con el único objeto de cederla (11).

La citada autora refiere que elementos como la existencia de infraestructura empresarial, capacidad directiva y organizativa del empresario contratista o la asunción de responsabilidades y riesgos son indicios de contrata legal, como lo ha señalado la jurispruden-

(10) Ver *op. cit.* en nota 2.

(11) Supuesto previsto por nuestro art. 29,1º y 2º párrs., LCT, en que se impone la solidaridad entre suministradora y usuaria.

cia. En este sentido, acota que ello podría explicar la diferencia en el contenido de las resoluciones judiciales entre las contratas en el sector de limpieza de edificios (empresas contratistas más precarias) y las de vigilancia.

Así pues, la jurisprudencia española se pronuncia sistemáticamente en contra de la licitud del contrato enmarcado en contrata de obras o servicios cuando se trata de empresas de limpieza, mientras que en el sector de vigilancia son más favorables a la licitud del mecanismo contractual temporal.

Es generalmente frecuente que en el sector de limpieza de edificios, los contratistas no dispongan de una infraestructura material y personal relevante, con apariciones y desapariciones frecuentes de empresas que viven lo que vive la contrata, y ese fenómeno no es tan reiterado en las empresas de vigilancia.

b) Fundamento de la limitación de la duración del contrato laboral a la duración de la contrata interempresarial

Otra cuestión central que identifica Ballester Pastor es que el pronunciamiento del Tribunal Superior del 15/1/1997 menciona dos fundamentos jurídicos: el art. 15, 1.a) ET y el art. 49, b) y c) ET.

Si bien no termina de pronunciarse ni a favor ni en contra de la aplicación del art. 15, 1.a) ET, pues considera que se podría cuestionar la existencia de un contrato de obra o servicio determinados en sentido estricto, no cabe duda que una contrata para servicios de seguridad para otra empresa tiene sustantividad y autonomía propia dentro de la esfera de actuación del empresario, y entonces se puede aplicar el art. 49 apartados b) o c) del ET como condición resolutoria, porque en cualquier caso no sería apreciable ningún abuso de derecho por parte del empresario al introducir esa cláusula.

Agrega que, en dos ocasiones el Tribunal Superior estableció la ilicitud de la contratación de obra por estar ligada a una actividad permanente, exigiendo la autonomía y sustantividad propia del contrato laboral de obra, lo que implicaba que debía existir una actividad, ajena al contrato, dotada de esa limitación temporal intrínseca. La referencia a un elemento fáctico independiente de la contratación y, consiguientemente, de la voluntad de las partes, es una garantía del mantenimiento de la causalidad.

La autora sostiene que independientemente de cuál sea su fundamento (el art. 49 ET y no el art. 15 ET), si resulta evidente que la actividad contratada tiene rasgos de permanencia, teóricamente y conforme a la interpretación sustancial utilizada por la jurisprudencia, no se admitiría la contratación de obra.

Con ese punto de partida, la contratación interempresarial proporciona el elemento de parcelación artificial que por acción de un instrumento igualmente artificial y externo, como es la duración de la contrata, admite —según el Tribunal Supremo— la contratación temporal sometida a condición o a término.

En concreto, con invocación del citado art. 49 ET se acumulan a los supuestos contemplados por el art. 15 ET, todos los que, sin suponer abuso de derecho, tengan a bien estipular las partes, con lo que se produce una desregulación de la causa de la contratación temporal.

c) Competencia de los convenios colectivos en la determinación de la causa de la contratación temporal

El fallo del Tribunal Supremo clarifica la limitada competencia de los Convenios Colectivos en lo que se refiere a la identificación de aquellos trabajos y tareas con sustantividad propia, y además, pueden tener una funcionalidad añadida relacionada con la valoración de la concurrencia o no de abuso de derecho.

En este sentido si el abuso de derecho era el único límite para el establecimiento de una contratación temporal de duración ligada a la duración de la contrata (art. 49 ET), el reconocimiento por parte del Convenio Colectivo de la contratación de obra para un supuesto determinado debe servir, a juicio del Tribunal, para valorar si concurre o no abuso de derecho.

En síntesis, Ballester Pastor vaticina que no parece que con dicho pronunciamiento del Tribunal Supremo del 15/1/1997 se producirá una modificación importante en los pronunciamientos judiciales, con referencia a la validez de las figuras contractuales temporales de duración coincidente a la contratación interempresarial, ya que la referencia al abuso de derecho como límite a la validez de la contratación obliga a análisis judiciales puntuales que previsiblemente

no variarán, al menos desde el punto de vista formal, con respecto a lo que hasta ese momento hacían los tribunales.

Otros fallos en este sentido:

En la misma línea jurisprudencial de la sentencia del Tribunal Supremo del 15/1/1997 (Ar. 497), se mencionan la STSJ de Aragón del 12/2/1997 (Ar. 766), que interpretó como circunstancia extintiva válida de un contrato para obra o servicio determinados, la finalización de la contrata. Se trataba de un supuesto de limpieza de edificios y locales, afirmándose en el fallo que el objeto del contrato de trabajo consistía en llevar a cabo el servicio de limpieza en unas determinadas instalaciones mientras durase la contrata, sin que pudiera entenderse que era un contrato en fraude a la ley, sino una determinación clara, lícita y perfectamente delimitada al imperio del art. 2º del R.D. núm. 2104/1984. También la STS del 25/6/1997 (Ar. 6133) citó la sentencia del TS 15/1/1997 (Ar. 497).

Cabe destacar que, con anterioridad al mencionado fallo, en reiteradas ocasiones tribunales españoles habían admitido la legalidad del contrato de obra para la realización de tareas de naturaleza permanente, invocando como fundamento razones de carácter presupuestario que podían impedir la contratación en estaciones sucesivas.

Así pues, la STS del 10/7/1994 (Ar. 5422), en un caso de trabajadores para la extinción de incendios forestales que prestaron servicios reiterados en campañas de verano articuladas por medio de contratos de obra, consideró que predominaba la característica de obra frente a la de fijo discontinuo porque la actividad dependía de factores ambientales cambiantes y, sobre todo, porque al tratarse de un servicio público dependía de variables disponibilidades presupuestarias y de planificaciones (en igual sentido TS del 3/11/1994 —Ar. 8590—).

La STSJ del País Vasco del 28/11/1995 (Ar. 4384) aceptó como válido el límite temporal del contrato para obra o servicio determinados vinculado a la duración de la concesión administrativa concedida por un Ayuntamiento. Entendió que, aunque el servicio de la concesión era permanente para el Ayuntamiento, no lo era para la empresa porque la intervención de ésta era temporal, ya que una

vez finalizada la concesión la realización del servicio podía ser adjudicada a otro empresario, no siendo defendible la idea de exigir que la empresa lleve a cabo una contratación indefinida, ya que los supuestos de concesiones administrativas son el paradigma de obra determinada perfectamente identificada, limitada en el tiempo pero de duración incierta.

Estos casos plantean un concepto de obra deslindado del acontecimiento fáctico constitutivo de la prestación.

No cabe soslayar que jurisprudencialmente se mencionan como *requisitos de validez del contrato de obra o servicio*: a) que la obra o servicio sea de duración incierta y presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa; b) que al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o servicio y, c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de dicha obra o servicio y no en tareas distintas (STSJ de Asturias de 16/1/1998 —Ar. 224—; STSJ Castilla La Mancha de 2/2/1998 —Ar. 1063—); *sin que deba olvidarse que se trata de un contrato temporal por lo que la valoración de dichos requisitos debe realizarse en base a criterios restrictivos.*

En esta reseña jurisprudencial se llega al caso de la STS del 18/12/1998, que trata de ayuda domiciliaria prestada por un Ayuntamiento, en la que el Tribunal Superior sostuvo que era claro que no existía un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada, dentro de un proceso con principio y fin, ni tampoco un servicio determinado interpretado como una prestación de hacer que concluye con su total realización; sin embargo se daba una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida, y ésa constituía una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que operaba, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se prestaba por encargo de un tercero y mientras se mantuviese éste.

Sánchez Torres (12) *considera que si bien el pronunciamiento restringió los supuestos de tal contratación laboral para el desarrollo de una actividad con sustantividad y autonomía material, continúa*

(12) Ver *op. cit.* en nota 3.

posibilitando que dicha extinción se materialice por las necesidades temporales para quien asume la posición empresarial, sin exigir ni concretar más límite que la prohibición del abuso de derecho.

Entiende que consolidó una tendencia jurisprudencial apuntada con cierta continuidad desde 1996, en desarrollo de la cual el contrato de trabajo de obra o servicio se configuraría como la opción contractual más flexible y, por tanto, aquélla por la que previsiblemente podrían optar todas aquellas empresas prestadoras de diversos servicios al amparo de una contrata o subcontrata.

Su justificación se centró en una calificación de la temporalidad de la causa contractual, no solo desde parámetros materiales o intrínsecos, sino desde factores de mercado vinculados a las necesidades que para la empresa contratista aparecen cuando oferta una serie de servicios en un mercado cada vez más globalizado y competitivo; por lo que *se pone el acento, como decisivo, en el carácter temporal de la actividad para quién asume la posición empresarial en ese contrato.*

Sostiene que el debate jurisprudencial y doctrinal en torno al objeto y alcance del contrato de obra o servicio se sitúa al margen de lo previsto por el art. 42 ET (13).

Interpreta la autora que la mencionada sentencia del TS del 18/12/1998 reconduce el debate al art. 15, 1.a) ET y omite cualquier referencia a la identificación temporal de ambos contratos en relación a la existencia de una condición resolutoria, cuando a su criterio la temporalidad de la necesidad empresarial, más que constituirse como elemento natural o consustancial configurador del contrato de obra o servicio, debe tenerse en cuenta a efectos de su posible extinción, por lo que pasa a actuar como elemento accidental del contrato, articulándose como condición resolutoria vinculada a las causas extintivas previstas por el art. 52 c) ET (causas económicas).

Así pues, los términos que utiliza el fallo ("...una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida...") lo asemejarían a la lógica de supuestos de aplicación del art. 52, c) ET.

(13) Similar a nuestro art. 30 LCT.

Concluye que si bien el fallo busca no desnaturalizar el componente material de esa modalidad contractual (actividad con sustantividad y autonomía propia), mantiene indefinición para garantizar un correcto control de la objetividad de la extinción del contrato como medio indispensable de no descausalizar la contratación temporal, más cuando la voluntad política y legislativa fomenta la contratación indefinida y la limitación de la contratación temporal, para una mayor estabilidad en el empleo.

Por su parte, Soriano Cortes (14) lo cuestiona en cuanto considera esos contratos sujetos a condición resolutoria pues, citando a Vicente Palacio, entiende que los contratos para obra o servicio determinados son contratos sujetos a término resolutorio, no a condición, en tanto estos últimos no son contratos temporales sino indefinidos sujetos a una posible causa de extinción vía condición resolutoria (art. 49, 1.b, ET); y afirma que: *a) el contrato para obra o servicio determinados no puede ser utilizado cuando la actividad de los trabajadores no está objetivamente limitada en el tiempo y, b) la causa de extinción no es admisible por estar acordada en el contrato sino que depende de que se corresponda con los hechos.*

2) Jurisprudencia en contra de la limitación temporal del contrato vinculado con la duración de la contrata

Mercader Uguina (15) señala que la jurisprudencia comenzó negando la posibilidad de considerar las contratas como de "obra o servicios determinados".

En ese sentido, el Tribunal Supremo en la STS del 26/9/1992 (Ar. 6816) entendió que no era causa justificativa de temporalidad, en el supuesto del art. 15, 1.a) ET, la identificación del local o de las instalaciones donde haya de prestarse el servicio sin hacerse mención en el contrato a su naturaleza temporal. En el caso la actividad pactada consistía en la limpieza realizada en un centro de trabajo ajeno, por lo que la expresa mención del centro de trabajo como lugar de la prestación de servicios no dota por sí

(14) Ver *op. cit.* en nota 4 y lo dicho al respecto en este trabajo en pto. C.2) Tesis restrictiva.

(15) Ver *op. cit.* en nota 9.

sola a ésta de autonomía y sustantividad propias, ni es expresiva de una actividad laboral de ejecución limitada en el tiempo, ya que la limpieza de un centro de trabajo responde a necesidades permanentes de la empresa que detenta el centro. Ello llevó a la conclusión que el trabajador era fijo de plantilla. Con el mismo criterio se resolvió en la STS del 17/3/1993 (Ar. 1866) y en la del 10/5/1993 (Ar. 4046).

Así se cuestionó la validez de una cláusula del contrato de trabajo que, al tiempo que calificaba como obra o servicio determinados la prestación de trabajo en la empresa o entidad comitente o contratante, consideraba la terminación del contrato o encargo de limpieza como causa de la resolución de la relación contractual de trabajo entre la empleada y la empresa contratista. El Tribunal decidió que la realización de una obra o servicio determinados exige un deslinde nítido de esa actividad respecto de otras, así como un acotamiento temporal limitado, aunque quizá incierto de la duración de tales prestaciones; y que esas circunstancias no concurren en la delimitación de un servicio de limpieza por remisión a la duración de la contrata (STS del 4/5/1995, Ar. 3746).

En la STS del 5/3/1986 (Ar. 1208), la SSTSJ Castilla - León (Valladolid) del 26/7/1995 (Ar. 2968) y la SSTSJ de Extremadura del 12/9/1995, se decidió que la figura del contrato para servicio determinado no es adecuada para la actividad de limpieza de edificios y locales, por cuanto la misma no concluye en sí sino que tiene proyección de futuro —seguirá realizándose por la misma persona o por otra u otro concesionario—; lo que impide la modalidad de contratación temporal.

En esa inteligencia el Tribunal Superior rechazó la posibilidad de cubrir con contratos para obra o servicio determinados, tareas en las que es incuestionable el carácter permanente del servicio contratado. Asimismo negó la posibilidad de vincular la duración de los contratos a la presencia del titular, ya que no es viable a tenor del art. 15 1.a) ET.

Es el caso de la STS del 30/11/1992 (Ar. 9292), en que el Tribunal Superior, a raíz de un supuesto planteo por la no incorporación de trabajadores a una nueva empresa concesionaria del servicio de conservación del alumbrado público en un determinado Ayunta-

miento, entendió que no podía aceptarse el carácter temporal de los contratos de trabajo de los demandantes como concertados para un servicio determinado, pues la actividad para la que fueron contratados tiene un carácter permanente incuestionable y por tanto no goza de la cualidad de duración limitada en el tiempo, requisito imprescindible para los contratos por obra o servicio determinados.

Además consideró que la nota de duración limitada en el tiempo por la presencia temporal de un titular empresarial —consecuencia de la concesión que dicho titular explota y que se continúa, dado el carácter permanente del servicio, mediante sucesivas contrataciones a nuevos titulares—, no puede ser en este caso trasladada a los contratos de trabajo que un titular concierta para atribuirles una duración igual a la de la concesión, porque no es viable por el art. 15.1) ET, que no autoriza a vincular la duración de estos contratos de trabajo a la presencia del titular. En igual sentido se puede citar la STS del 9/7/1987 (Ar. 5123).

Por su parte, en la STS del 10/5/1993 (Ar. 4046) se criticó que una trabajadora fuese contratada para una actividad normal y permanente de la empresa sin especificar la razón por la que se recurrió a mano de obra eventual.

La STSJ de Extremadura del 8/7/1996 (Ar. 2733) decidió que no podían encuadrar en tal supuesto contratos realizados con el Ayuntamiento de una localidad para la asistencia domiciliaria a personas necesitadas; en que se pretendía limitar esas contrataciones a la finalización del convenio (con apoyo presupuestario) entre dicho Ayuntamiento y el Instituto Nacional de Servicios Sociales, en tanto, sin perjuicio de esta circunstancia presupuestaria seguirían existiendo personas necesitadas de la referida asistencia; mientras que en la STSJ de Navarra del 21/2/1997 (Ar. 958) se consideró que la ocasionalidad y determinación no son notas predicables del servicio de comedor de un Colegio, por lo que no se puede condicionar la temporalidad de los contratos celebrados con los trabajadores a la finalización de la concesión de los mismos.

Con igual criterio la STSJ de Castilla La Mancha del 9/9/1997 (Ar. 5111) resolvió que la referencia a la duración de la contrata no es un acotamiento temporal admisible.

E. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL TEMA EN EL DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL

A partir del análisis de la reseña doctrinaria y jurisprudencial española desarrollada precedentemente sobre el tema, cabe inferir algunas conclusiones que sistematizaré en:

1) Al fijar la duración del contrato se puede constatar que existe una preferencia mayoritaria a favor de la naturaleza de la obra o servicio contratados, y no respecto del hecho subjetivo de la eventual necesidad temporal de mano de obra por parte de la empresa contratante o de la vigencia de la concesión o contrata.

2) El recurso al contrato para obra o servicio determinados, dado su carácter causal, no depende de la voluntad concorde de las partes sino de la concurrencia de la causa objetiva legalmente prevista. Como son normas de derecho necesario su contravención genera una presunción favorable a la fijeza (plazo indeterminado) (art. 15, 1 y 3, ET).

3) El criterio determinante para fijar la duración de los contratos de trabajo no ha de surgir de la voluntad de las propias empresas, sino de la naturaleza de la actividad y por la permanencia o no de ésta, debiendo cubrirse con contratos indefinidos aquellas tareas que manifiestan una clara continuidad. Tal criterio es acorde al principio de causalidad de la contratación temporal y el de estabilidad en el empleo que presiden el ordenamiento (español).

4) Se cuestiona el argumento de ser contratos sujetos a condición resolutoria pues, los contratos para obra o servicio determinados son contratos sujetos a término resolutorio —no a condición—, ya que estos últimos no son contratos temporales sino indefinidos, sujetos a una posible causa de extinción vía condición resolutoria (art. 49, 1.b, ET).

En general, se considera deseable que el legislador español hiciese una expresa referencia a la duración de los contratos en supuestos de externalización, lo que se proyectaría en una mayor seguridad jurídica y nitidez en la concertación, desarrollo y finalización de ese modo de contratación.

Capítulo III

Análisis del tema en el Derecho del Trabajo argentino

Sumario: A. Introducción.— B. Posibilidad que la empresa contratista y/o subcontratista contrate temporalmente trabajadores para prestar servicios que han sido convenidos por tiempo determinado; 1) Cuestión relativa a la modalidad de la relación y de la prestación del trabajo; 2) Jurisprudencia argentina sobre el tema.— C. Contratación de trabajadores por el contratista y/o subcontratista con cláusula que incorpora condición resolutoria.— D. El fin de la contratación y/o subcontratación como hipótesis de despido causado por falta de trabajo; 1) Aclaraciones previas; 2) Jurisprudencia argentina sobre el tema; 3) Análisis concreto del supuesto planteado.

A. Introducción

De comienzo cabe memorar que nuestro derecho laboral, como el español, parte de la protección de la estabilidad en el empleo (art. 14 bis CN) y principios como el de continuidad del contrato de trabajo y de indeterminación de la duración del mismo (arts. 10, 90 y concs., LCT; art. 27, ley 24.013).

Sentado ello, con respecto a los efectos que vinculaciones de contratación y/o subcontratación proyectan sobre las relaciones de trabajo, en particular de quienes prestan servicios temporales en empresas comitentes (usuarias), a nivel legislativo se puede citar el régimen especial —pero con un amplio ámbito de aplicación— de las empresas de servicios eventuales, que contempla para ciertos trabajadores de las mismas una modalidad de trabajo permanente y discontinuo (art. 29, 3º párr., LCT; art. 5º, dec. 1694/2006).

Por su parte, Convenios Colectivos de Trabajo de determinadas actividades dedicadas a la prestación de servicios para terceros —como en el caso de la seguridad—, establecen reglas específicas relativas a mayor amplitud de criterio en el ejercicio de la facultad patronal del *ius variandi*, en cuanto a la posibilidad del empleador de desplazar al personal de un lugar a otro dentro de un radio territorial razonable y funcional (1).

Vázquez Vialard (2) sostiene que esa particular regulación de tal facultad patronal —cambio del lugar de trabajo— no se basa tanto en razón de las modalidades de la actividad en cuestión —las mencionadas tareas de seguridad—, que se desarrolla en un lugar determinado; sino en la forma de contratación de dichas empresas de servicios con las usuarias, ya que, por lo común, se lo hace por un período determinado. Vencido el plazo concertado y de no renovarse el acuerdo, la contratista o subcontratista ve disminuida su demanda por lo que debe despedir a parte de su personal o reubicarlo en otros lugares de trabajo. Así pues, se suele hacer referencia a que tal amplitud de criterio para admitir cambios en ese tipo de contrato tiene como finalidad la continuidad de relaciones laborales que, normalmente, estarían sujetas a un tiempo más reducido.

Si bien se puede conjeturar como instrumento útil para la regulación de dichos vínculos laborales, la concertación en forma individual o colectiva de cláusulas al respecto, el prestigioso autor entiende que en nuestro ordenamiento jurídico el ámbito de la negociación colectiva —cfr. art. 7º, ley 14.250— y, en especial, el acuerdo privado —art. 7º LCT—, queda acotado por las disposiciones que según el ordenamiento son jerárquicamente superiores (3).

Cabe aclarar que la reforma introducida por la ley 24.467 al régimen laboral vigente en la pequeña empresa, en cuanto establece la disponibilidad colectiva, se halla reducida a algunos aspectos que no alcanzan al analizado (arts. 90 a 91).

Así entonces, el empleador sólo podría disponer unilateralmente el cambio de lugar de trabajo, horario o actividad —sin el respal-

(1) Ver p. ej. art. 13 del CCT 15/75; art. 13 del CCT 194/92.

(2) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *El ejercicio del "ius variandi" respecto de determinadas actividades*, pub. en LA LEY, 1997-E, 825 —nota a fallo—.

(3) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, en *op. cit.* nota 17, p. 827.

do legal mencionado—, si existe una razón objetiva atendible para ello, como lo es, la rescisión del contrato celebrado con la empresa que dispuso la tercerización y la finalidad de mantener las relaciones laborales de los trabajadores involucrados.

En el caso de rescisión del contrato comercial (por decisión de la empresa usuaria) surge la regla general, admitida por el Derecho del Trabajo, que le impone al empleador (contratista y/o subcontratista) el deber de ocupación, por lo que éste asume el riesgo de la explotación y, entonces —concluye el ilustrado autor—, en principio, *ello no lo liberaría de tener que rescindir la relación laboral con sus trabajadores y abonar las indemnizaciones por despido correspondientes* (4).

Por último, piensa que no habría inconveniente para que se contrate a un "*trabajador móvil*" (en forma permanente) a fin que se desempeñe como reemplazante en los distintos centros de trabajo que tiene el empleador, o realice tareas que no se desarrollan en un lugar fijo, ya que responden a pedidos (de carácter eventual) que se le formulan al contratista o subcontratista.

En síntesis, se desprende de lo expuesto que, a menos que una norma legal establezca, por ejemplo, un régimen de relación permanente discontinua (como el art. 29, 3º párrafo, LCT) para regular las vinculaciones de trabajadores que prestan servicios para contratistas o subcontratistas en empresas comitentes (usuarias), el mismo no puede ser creado por vía de convenio individual o colectivo; y entonces, en el supuesto de rescisión del contrato comercial por voluntad de la empresa usuaria, el contratista y/o subcontratista —que debe asumir el riesgo de la explotación— frente al deber de dar ocupación tendrá, en principio, que rescindir la relación laboral con sus trabajadores y hacerse cargo de las indemnizaciones correspondientes.

A partir del marco legislativo imperante en nuestro ordenamiento jurídico, considero que tal razonamiento luce irreprochable, por lo que desde dicha perspectiva analizaré los siguientes temas.

(4) VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO, op. cit. nota 17, ps. 827/828 y cita al pie núm. 11 de p. 828.

B. POSIBILIDAD QUE LA EMPRESA CONTRATISTA Y/O SUBCONTRATISTA CONTRATE TEMPORALMENTE TRABAJADORES PARA PRESTAR SERVICIOS QUE HAN SIDO CONVENIDOS POR TIEMPO DETERMINADO

Para Confalonieri (5) la respuesta correcta hay que buscarla por el lado de la caracterización de los servicios que se pretende brindar y las necesidades empresariales que se pretende cubrir con el recurso a los mecanismos de contratación o tercerización.

Si el servicio requerido por la destinataria de aquél es necesitado en forma permanente para poder llevar adelante su cometido, no resultaría justificado que la empresa que provee dicho servicio acuda a contrataciones temporales. De lo contrario estaría creando un mecanismo que terminaría por desnaturalizar casi por completo el principio de indeterminación del art. 90, 1ª parte, LCT.

Así pues, en el caso de la limpieza se infiere que es una necesidad permanente de cualquier emprendimiento empresarial.

En cambio cuando se trata de servicios de seguridad, la necesidad del destinatario puede o no ser permanente. Por ejemplo, es permanente en el supuesto de un banco o una casa de cambio; pero no en el de un local de venta de libros al público que solo lo necesita mientras se reparan las vidrieras rotas por una manifestación. En este caso se supone un hecho ocasional y sería válido que la empresa que suministra servicios de seguridad apelara a la contratación por tiempo determinado.

Según mi opinión y, a partir de lo mencionado en el cap. III.A, *el enfoque debe hacerse —sin soslayar las características de los servicios requeridos y las necesidades empresariales en juego antes descriptas—, priorizando la protección de la estabilidad en el empleo de los trabajadores involucrados, preservando principios como el de continuidad del contrato de trabajo y de indeterminación de su plazo (art. 14 bis CN; arts. 10, 90 y concs., LCT; art. 27, ley 24.013 y concs.).*

(5) CONFALONIERI, JUAN A. (H.), *Contrato de Trabajo Eventual*, Ed. Astrea, 2002, ps. 183 y sigtes.

La forma de vinculación de las empresas contratistas y/o subcontratistas con empresas principales a través de contratos de empresa civiles o comerciales por tiempo determinado, con posibilidades de renovación con la misma "usuaria", o bien de celebrar contratos con nuevos clientes, y la continuidad o no en tal sentido, hacen al riesgo empresario que se asume con la explotación, lo que no puede ser trasladado al trabajador ("ajenidad" con respecto a beneficios y riesgos de la actividad).

Entiendo que, por ejemplo, *la empresa contratista de limpieza o de seguridad, con una real infraestructura empresarial, capacidad organizativa, directiva, y solvencia* —diferente de una mera suministradora de mano de obra (art. 29, 1º y 2º párrs., LCT), que se descuenta no aparece y desaparece en el mercado para un único contrato comercial—, *tiene como objeto social brindar tales servicios con proyección de futuro, sea a una o varias empresas contratantes, en forma singular o conjunta, sea por una actividad aislada, acotada temporalmente o permanente; y entonces, el plantel de trabajadores que la integran y que son suministrados a las usuarias, a la luz de los preceptos antes citados, deben —en principio— estar relacionados mediante contratos de trabajo por tiempo indeterminado (art. 90, LCT).*

1) Cuestión relativa a la modalidad de la relación y de la prestación del trabajo

Considero que en tales supuestos (p.ej., tercerización respecto a la prestación de servicios de limpieza o vigilancia) no cabe discutir la modalidad —respecto a su duración— de la relación laboral contratista y/o subcontratista y trabajador, la que por lo antes expuesto, concluyo que debe ser un contrato de trabajo por tiempo indeterminado; sino que, por las circunstancias del mercado en que funcionan tales prestadoras de servicios, o bien las características de la actividad en cuestión, que pueden incidir en una mayor o menor necesidad de mano de obra en períodos determinados, *sí se podría enfocar el tema desde la perspectiva de la modalidad de la frecuencia de las prestaciones de esos trabajadores, en cuanto a la posibilidad de continuidad o no de las mismas,* como lo prevé expresamente la referida regulación legal de las Empresas de Servicios Eventuales (art. 29 "in fine", LCT, art. 5º, decreto 1694/2006).

Sin embargo, siguiendo la opinión antes citada de Vázquez Vialard (6), si no existe una fuente legal —como dicha normativa— en el tema, tal modalidad no se puede establecer por Convenio Colectivo de Trabajo o acuerdo individual (art. 7º, ley 14.250; art. 7º, LCT); mientras que en el caso de las pequeñas empresas, por el contenido de los arts. 90 y 91 de la ley 24.467, tampoco puede ser tema de disponibilidad convencional —ni el de la modalidad de la duración contractual, ni el de la frecuencia de las prestaciones laborales—.

Ante tal contexto legal vigente y, teniendo en cuenta los principios enunciados, aventuro —como hipótesis— que, *excepcionalmente y con criterio restrictivo* (7), *podría admitirse* (8) *que el contratista y/o subcontratista adopte esa modalidad contractual por tiempo determinado (plazo fijo, contrato eventual,* propiamente dicho o por obra o servicio determinado, arts. 90, 92, 99 LCT; arts. 72/74, ley 24.013) *según el caso; por ejemplo, en el supuesto de una licitación de servicios públicos acotada temporalmente; algún evento extraordinario (exposición, congreso u otro), etc.; pero siempre y cuando demuestre fehacientemente que no podía cubrirlo con su plantel permanente de trabajadores.*

2) Jurisprudencia argentina sobre el tema

Se pueden mencionar algunos fallos jurisprudenciales relativos al tema que fortalecen la postura —como principio general— de contratación de trabajadores por contratistas y/o subcontratistas de las actividades mencionadas bajo la modalidad de duración por tiempo indeterminado.

Vinculación por tiempo indeterminado entre trabajador y empresa contratista de servicios (de limpieza). Ius Variandi. Mutabilidad de lugar y turno de trabajo, como condición implícita de dicho contrato. No se admite la contratación del trabajador limitada temporalmente al tiempo de subsistencia del contrato entre su empleador y un tercero.

"...Es una consecuencia necesaria y razonable de la celebración de un contrato de trabajo entre un trabajador y una empresa de ser-

(6) Ver este trabajo, cap. III.A.

(7) Interpretación que corresponde por tratarse de una excepción a los principios en juego antes mencionados.

(8) Cuestión opinable, a evaluar en cada caso concreto.

vicios —en este caso de limpieza— la asignación de destinos variables en función de la rotación de la cartera de clientes. Vencido el plazo de vigencia de un contrato en virtud del cual un trabajador había sido destinado a trabajar en el establecimiento de un tercero, resulta imposible continuar ocupándolo en ese lugar, al que, naturalmente, el empleador no tendrá acceso. En el caso de este tipo de actividad... ni el lugar ni el turno de trabajo invisten —salvo pacto expreso— la calidad de estipulaciones esenciales, inmutables mediante el ejercicio del "ius variandi". Antes bien, la mutabilidad de ambos elementos constituye una condición implícita del contrato de trabajo (cfr. art. 1198 Cód. Civil; art. 62 LCT), sin la cual éste perdería su utilidad para las partes. *La consecuencia inevitable de adoptar una perspectiva rígida sería entender la contratación del trabajador limitada temporalmente al tiempo de subsistencia del contrato entre su empleador y un tercero, lo que excluiría la regla del art. 90 LCT y convertiría a todas las relaciones de trabajo de la actividad en examen y otras afines, en contratos a plazo fijo o eventuales, con la consiguiente desprotección de los dependientes".* (CNTrab., sala VI, 26/3/1997, "Flores de Saracho, Rosa c. Tecni Limp S.A. y otro" —voto mayoritario—, LA LEY, 1997-E, 825, con nota a fallo de Antonio Vázquez Vialard (9); ver en igual sentido, 4/3/1996, "Rivero c. Limpiolux S.A. s/despido" —voto minoritario— DT, 1996-B, 2395).

Es una consecuencia necesaria y razonable de la celebración de un contrato entre un trabajador y una empresa de servicios —como en el caso de la demandada, empresa de limpieza y mantenimiento industrial y comercial—, la asignación de destinos variables en función de la rotación de la cartera de clientes. Vencido el plazo de vigencia de un contrato en virtud del cual el trabajador ha sido destinado a trabajar en el establecimiento de un tercero, o —como ocurre en el caso— cuando resulta imposible continuar prestando servicios en la planta de asignación (v.gr. por reducción de la demanda concreta de servicios), la consecuencia necesaria es la reasignación del lugar de trabajo, situación que no encuadra en el art. 66 de la LCT, ya que no se trata de la introducción de modificaciones en las modalidades de prestación de los servicios, sino del cumplimiento estricto del contrato de duración indeterminada: proporcionar ocupación a los trabajadores en los establecimientos de otros clientes. *La consecuencia inevitable de adoptar una perspectiva*

(9) Ver notas a pie núms. 17, 18 y 19 del cap. II de este trabajo.

rígida sería entender la contratación del trabajador limitada temporalmente al tiempo de subsistencia del contrato entre su empleador y un tercero, lo que excluiría la regla del art. 90 de la LCT y convertiría a todas las relaciones de trabajo de la actividad en examen, en contratos de plazo cierto o eventuales, con la consiguiente desprotección de los dependientes. (CNTrab., sala VIII, 8/10/2004, "Bensoni, Jorge L. y otros c. Limpiolux S.A. y otro", DT, 2005-69).

Cuestionamiento de la contratación a plazo fijo de trabajadores por empresa de limpieza. Necesidad permanente de clientes de la contratista.

Resulta descalificable la contratación a plazo fijo por una empresa de limpieza de los coactores si no se acreditan las razones objetivas de tal contratación, toda vez que el contar con servicios de limpieza configura una necesidad permanente y no transitoria de los clientes de la empresa (mercados y hospitales). (CNTrab., sala VI, 17/2/1998, "Campos Taboada, Elena y otro c. Organización Alvi S.A.", DT, 1998-B, 1466).

C. CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES POR EL CONTRATISTA Y/O SUBCONTRATISTA CON CLÁUSULA QUE INCORPORA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Convenido que los contratos de trabajo que median entre el contratista y/o subcontratista y sus trabajadores deben ser —en cuanto a su duración—, por tiempo indeterminado, se puede plantear como hipótesis que aquél incorpore a dichos contratos una cláusula que opere como condición resolutoria, por medio de la cual subordina su vigencia a que se mantenga el contrato comercial con la empresa principal.

Si bien, en el caso del Derecho de Trabajo español existe el supuesto contemplado por el art. 49 b) ET que lo permite (10), en nuestro ordenamiento jurídico no se puede agregar convencionalmente otra causal a los supuestos taxativos legales de causas justificadas de extinción contractual (art. 7º, LCT; art. 7º, ley 14.250 y derogación del art. 92 de la ley 24.467, que establecía la disponibi-

(10) Art. 49 b) ET: Extinción "...Por las causas consignadas válidamente en el contrato..." en tanto "...las mismas no constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario".

lidad, por convenios colectivos referidos a pequeñas empresas, del régimen de extinción del contrato de trabajo).

A todo evento, aun de admitir que la vinculación entre el contratista y/o subcontratista y su trabajador pudiese ser por tiempo determinado, de acuerdo a lo señalado por doctrina española antes citada (11), el contrato para obra o servicio determinados está sujeto a término resolutorio (12) y no a condición resolutoria; sólo a los contratos por tiempo indeterminado se les puede incorporar una cláusula de condición resolutoria.

D. EL FIN DE LA CONTRATACIÓN Y/O SUBCONTRATACIÓN COMO HIPÓTESIS DE DESPIDO CAUSADO POR FALTA DE TRABAJO

1) Aclaraciones previas

El supuesto de falta o disminución de trabajo —considerado por la doctrina y jurisprudencia como causa económica, conjuntamente con la fuerza mayor—, se encuentra previsto por el art. 247 LCT (13), y remite a un presupuesto justificador: un hecho ajeno a la voluntad del empleador, que éste no pudo prever ni evitar y que lleva a la irresistible y excepcional necesidad de extinguir el vínculo laboral de uno o más trabajadores. Se trata de circunstancias sobrevinientes que afectan el objeto del contrato.

La diferencia con la fuerza mayor, para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, se encuentra en que la falta de trabajo no impide la continuidad contractual sino que la torna excesivamente onerosa (art. 1198, Cód. Civil).

Para Justo López (14) se trata de un supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente, por lo que se exige un hecho sobrevenido, imprevisible y creador de un desequilibrio entre las prestaciones que

(11) Ver este trabajo cap. II. C.2) "Tesis restrictiva".

(12) Por su naturaleza la obra o servicio objeto de esta modalidad contractual es de ejecución limitada en el tiempo, aunque pueda ser, en principio, de duración incierta.

(13) Asimismo cabe citar los arts. 98 y concs., ley 24.013; decretos 328/1988; 264/2002 y 265/2002.

(14) LÓPEZ, JUSTO, *Sobre el despido por falta de trabajo*, LT, XII-193; y *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Ed. Contabilidad Moderna, 2ª ed. act., 1987, t. II, ps. 1269 y sigtes.

no ha de ser debido a la acción u omisión voluntaria de una de las partes, pues en ese caso, la rescisión o resolución podría decretarse por causa de incumplimiento.

Jurisprudencia y doctrina, en general, asocian la causa en examen a una situación económicamente critica de la empresa, aunque resaltando que la crisis económica o financiera de la misma, "per se", no es suficiente para causalizar el despido del trabajador. Además, para la jurisprudencia es necesario: a) que la misma no sea imputable al empleador (ajenidad u objetividad), lo que significa que debe haberse originado en circunstancias totalmente extrañas a su voluntad; que no hubo acciones u omisiones de su parte dirigidas a generar esa consecuencia; en última instancia, que el hecho carga con la nota de imprevisibilidad o inevitabilidad; b) que no se trate de una situación ocasional, temporaria, pasajera o coyuntural, sino definitiva, perdurable y, por tanto, grave; c) que el hecho sea actual y no futuro y d) que tal situación crítica no sea atribuible al riesgo propio de la empresa (15).

El presupuesto inicial es entonces: 1) *la ajenidad al empleador* ("... no imputable al empleador"), o sea que no existan acciones u omisiones de aquél; lo que se basa en la naturaleza misma del contrato: a) la asunción de los riesgos por el empresario y b) la obligación de otorgar trabajo efectivo. Por eso la jurisprudencia requiere —en general— que esa causal exceda el riesgo de la empresa; 2) *necesidad irresistible*, en tanto se encuentra dentro del contexto general de la continuidad del contrato (arts. 10 y 91 LCT) —o sea cuando no fuera posible otra conducta, "ultima ratio" entre los recursos que dispone el empleador, por lo que la crisis por falta de trabajo debe ser perdurable—, y 3) *solución excepcional*, la jurisprudencia la considera una facultad excepcional ante la existencia del fundamento de la subordinación económica y del deber de ocupación del empleador; debiéndose pues analizar tal supuesto con criterio restrictivo.

En cuanto al riesgo empresario Vázquez Vialard (16) distingue entre los riesgos normales, que pueden ser previstos al momento

(15) Ver CONFALONIERI, JUAN A. (H.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Anotada y Concordada*, dirigida por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, Ed. La Ley, 2007, t. IV, ps. 511 y sigtes.

(16) VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La justificación de la reducción total o parcial de la responsabilidad indemnizatoria del empleador en los casos de despido por causas de*

de la contratación y que son imputables al empleador y, aquellos que sin llegar a ser anormales, no pueden ser previstos al momento de la contratación y que no son imputables al empleador.

Al respecto, convéngase que el ámbito de las transacciones comerciales tiene sus riesgos normales y previsibles, por lo que en ese contexto "la falta o disminución de trabajo" es una forma inapropiada de denominar aquellas situaciones en las que las previsiones del "buen hombre de negocios" son superadas por hechos del mercado, con capacidad de producir una crisis que pone en riesgo la subsistencia de la empresa y de fuentes laborales. Entonces, un empresario no la puede alegar cuando toma riesgos superiores, o desatiende las señales del mercado, o cuando frente a ellas toma decisiones equivocadas.

Esos hechos del mercado pueden ser producidos por: a) el empresario, por lo que no sería inimputable; 2) por el propio mercado, en cuyo caso el empleador no podría alegar esa causal porque está dentro de sus reglas la competencia por el favor de los consumidores; 3) por hechos del príncipe que alteren las reglas del mercado y; 4) *por hechos de terceros que modifiquen su posición en el mercado,* en cuyo caso pueden o no dar lugar a esta figura, según el empresario haya podido preverlo con la diligencia del "buen hombre de negocio" (p. ej., quebranto de un deudor que altera su sistema financiero, podría haber sido ocultado o disfrazado por aquél y el empresario desconocerlo, etc.).

Pero siempre, el empresario deberá demostrar que actuó diligentemente para preservar su empresa y las fuentes laborales dentro de las reglas del mercado.

2) Jurisprudencia argentina sobre el tema

Falta o disminución de trabajo. Riesgo empresario. Incumplimiento de terceros.

"...Resulta claro que la suerte de los negocios celebrados por el empresario, y el posible incumplimiento de terceros, se trata evidentemente de circunstancias que entran dentro del riesgo empre-

---

crisis de empresa, ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano y VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, 1993.

sario. Es la esfera del negocio la que se halla afectada por la razón de incumplimiento de una de las partes y en este sentido el empresario soporta dichas consecuencias porque en otro sentido, el negocio que es su fuente de ganancia, también determina responsabilidad por pérdidas..." (CNTrab., sala VI, 16/9/1988, "Buffet, Carlos David c. Dragados y Obras Portuarias S.A.", DT, 1989-A, 657).

Riesgo empresario. Pérdida de cliente.

"No puede considerarse fuerza mayor, que habilite las suspensiones dispuestas por la empresa, el hecho de la pérdida de un cliente, por más importante que éste fuera, y aun cuando fuera el único, en tanto es una vicisitud previsible en el mundo de los negocios. El riesgo de la frustración de las expectativas derivadas de un contrato de servicios en curso de ejecución no puede ser trasladado a los trabajadores ni pretenderse que éstos lo asuman parcialmente, ya que es el empresario quien debe asumir tal riesgo como la contrapartida del lucro o beneficio". (CNTrab., sala VI, 22/08/1989, "Barraza, Dionisio c. Esbia S. A.", DT, 1989-B, 2205).

Falta o disminución de trabajo. Conclusión de contrato. Riesgo empresario.

La mera conclusión de un contrato de dragado oportunamente celebrado con la Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables, resulta insuficiente para demostrar la existencia de la falta de trabajo invocada por la empleadora. (CNTrab., sala II, 29/12/1989, "Galarza, E. G. y otros c. Dragados y Obras Portuarias —DYOPSA—)".

Falta o disminución de trabajo. Riesgo empresario. Caducidad de concesión municipal.

La caducidad de una concesión municipal integra el riesgo empresario por lo que sus consecuencias no pueden descargarse en los trabajadores. (CNTrab. sala VI, 8/8/1990, "Cáceres, Bartolomé Alberto c. La Belia S.R.L.", DT, 1990-B, 2586).

Falta o disminución de trabajo. Riesgo empresario. Problemas derivados del comportamiento del mercado, de los proveedores o de los clientes, con baja rentabilidad de la explotación.

La rescisión de dos contratos y el quebranto que de ello siguió son circunstancias que, más allá de no imposibilitar la ejecución de

la prestación laboral, inciden directamente sobre la rentabilidad de la explotación, a la que el trabajador es estructuralmente ajeno, no siendo suficiente a los fines de la aplicación del art. 247 LCT. No corresponde admitir la limitación de la responsabilidad consagrada en esa normativa, ni la excepción al deber de ocupación, cuando se trata simplemente de la frustración de la finalidad tenida en vista al contratar, por problemas derivados del comportamiento del mercado, de los proveedores o de los clientes, ni por la baja rentabilidad de la explotación. (CNTrab., sala VI ,14/10/1993, "Sainz, Mirta E. c. Emepa S. A.", DT, 1994-B, 2338).

3) Análisis concreto del supuesto planteado

Formuladas tales aclaraciones previas, en el mencionado supuesto de *fin de la contratación y/o subcontratación como hipótesis de despido causado por falta de trabajo*, y teniendo en cuenta la conclusión antes arribada sobre la existencia de un contrato por tiempo indeterminado entre el contratista y/o subcontratista y su trabajador, puedo esbozar —por lo menos— tres situaciones a analizar:

1) *Que el contrato de empresa celebrado entre el contratista y/o subcontratista y la empresa principal agotara el plazo previamente acordado*, provocando una crisis que ponga en riesgo la subsistencia del contratista; lo que según los recaudos legales, doctrinarios y jurisprudenciales antes citados, no encuadraría dentro de la causal del art. 247 LCT, ya que no podría invocarse la ajenidad del empleador —contratista y/o subcontratista— pues se trata de un hecho claramente previsible por éste; ello así, sin ni siquiera analizar otros requisitos como: su gravedad, perdurabilidad, que aquél hubiese apelado a todos los recursos posibles a su alcance como "un buen hombre de negocios", etc.

2) *La abrupta rescisión del contrato celebrado con la empresa que dispuso la tercerización, por parte de ésta, aduciendo incumplimientos del contratista y/o subcontratista* (p. ej. en cuanto a inobservancias contractuales en la prestación del servicio de limpieza o seguridad), lo que —de ser cierto— tampoco podría encuadrar en tal normativa, ya que el hecho sería "imputable al empleador" (contratista y/o subcontratista) —por acciones u omisiones de éste—.

3) *La intempestiva rescisión del contrato celebrado con la empresa principal, por parte de ésta, pero sin invocar causa alguna o sin causa justificada*; lo que llevaría a analizar en el caso concreto si tal supuesto puede o no adjudicarse a "riesgos de la empresa", en cuanto a que si por ser atribuido al hecho de un tercero —empresa principal— se considere que el contratista y/o subcontratista pudo o no haberlo previsto con la diligencia de un "buen hombre de negocio"; si se trató de un "riesgo normal" o "no normal" (17) y por lo tanto imputable o no al mismo. En este último caso y, reunidos los demás recaudos (18) (como por ej. la gravedad y perdurabilidad de la crisis, haber tomado todas las medidas posibles antes de disponer el despido o despidos de trabajadores —como su reubicación, suspensión del contrato laboral, gestiones financieras, etc.—) podría encuadrar en dicha normativa que limita su responsabilidad indemnizatoria.

(17) O sea previsible o no al momento de la contratación (ver trabajo de VÁZQUEZ VIALARD citado en nota anterior.

(18) Ver este trabajo cap. III. D. 1).

Capítulo IV

Conclusiones

Al planteo inicial formulado relativo a la posibilidad de contratación temporal de trabajadores por el contratista y/o subcontratista y, luego de examinada legislación, doctrina y jurisprudencia española y de nuestro país, considero que toda respuesta debe partir de la premisa de hacer prevalecer la protección de la estabilidad en el empleo de los trabajadores involucrados, preservando principios como el de continuidad del contrato de trabajo y de indeterminación de su plazo.

La naturaleza de los servicios y necesidades empresariales en juego, que determinan vinculaciones de contratistas y/o subcontratistas con empresas principales a través de contratos de empresa civiles o comerciales por tiempo determinado, con posibilidades de renovación con la misma "usuaria" o no, o de concertar contratos con nuevos clientes o no, integran el riesgo empresario que se arroga con la explotación, riesgo que no puede ser desplazado al dependiente.

En consecuencia, el contratista y/ o subcontratista con una real y sólida infraestructura empresarial, capacidad directiva, organizativa y solvencia, que no aparece en el mercado para un único contrato comercial, pretende como objeto social brindar sus servicios con proyección de futuro, sea a una o varias empresas contratantes, para una actividad aislada, limitada temporalmente o permanente; y para ello deberá contar con un plantel de trabajadores —a suministrar a las empresas comitentes— vinculados mediante contratos de trabajo por tiempo indeterminado (art. 90, LCT).

En esa inteligencia, sostengo que en supuestos de tercerización de servicios como los mencionados en este trabajo (vigilan-

cia, limpieza , etc.), no cabe discutir la modalidad —respecto a su duración— de la relación laboral contratista y/o subcontratista y trabajador, la que por lo antes expuesto —concluyo— debe ser la de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado; sino que, por las condiciones del mercado en que funcionan tales prestadoras de servicios, o bien la naturaleza de la actividad —con variaciones en la necesidad de mayor o menor mano de obra en períodos determinados—, se debe orientar el tema desde la perspectiva de la modalidad de la frecuencia de las prestaciones de dicho trabajador, en cuanto a la posibilidad de continuidad o no de las mismas —p. ej. a través de la celebración de contratos de trabajo permanentes discontinuos—.

Sin embargo —como ya apunté (1)—, a menos que una norma legal establezca esa modalidad de relación permanente discontinua para regular las relaciones jurídicas de trabajadores que prestan servicios para contratistas o subcontratistas en empresas comitentes (usuarias); la misma no puede ser creada por vía de convenio individual o colectivo. Así pues, haciendo votos para que el legislador contemple tales supuestos, en el marco legal vigente solo aventuro que, con criterio restrictivo, podría aceptarse que el contratista y/o subcontratista adopte una modalidad contractual por tiempo determinado (plazo fijo, contrato eventual —propiamente dicho o por obra o servicio determinados—, según sea el supuesto) en casos excepcionales, como por ejemplo el de una licitación de servicios públicos acotada temporalmente; algún evento extraordinario (exposición, congreso u otro, etc.); pero con la condición ineludible de acreditar fehacientemente que no podía cubrirlo con su plantel permanente de trabajadores (2).

Acordado que los contratos laborales entre contratista y/o subcontratista y sus trabajadores deben ser —en cuanto a su duración— por tiempo indeterminado, a la hipótesis que aquél incorpore a dichos convenios una cláusula que actúe como condición resolutoria, sujetando su vigencia a la del contrato comercial con la empresa principal; respondo que en nuestro ordenamiento jurídico —a diferencia del español— no se puede adicionar convencionalmente otra causal de extinción a las previstas precisa y limitadamente por

(1) Ver este trabajo cap. III. B. 1).

(2) Ver lo dicho en este trabajo cap. III. B. 1) "in fine".

la legislación laboral (3). Por último, al supuesto de encuadrar el fin de la contratación y/o subcontratación como hipótesis de despido causado por falta de trabajo (art. 247 LCT), tras bosquejar tres posibles situaciones al respecto, concibo que sólo se podría incluir en la misma el caso de una intempestiva rescisión incausada o injustificada del contrato comercial por parte de la empresa principal y, en tanto se juzgue que el contratista y/o subcontratista no pudo prever tal medida con la diligencia de un "buen hombre de negocios", tratándose de un "riesgo no normal" y por ello no imputable a él (4).

(3) Ver este trabajo cap. III. C.

(4) Ver este trabajo cap. III. D. 3).

Descentralización productiva y otras formas de organización del trabajo

Por Susana Corradetti

Capítulo I

Algunas consideraciones preliminares sobre los temas objeto de este trabajo (1)

El objeto de este trabajo es analizar en qué consiste la descentralización productiva en algunos supuestos, y si existe tal en las distintas figuras que se registran en ley y práctica.

Abordaremos, entonces, formas de cesión de personal que aparecen en los arts. 29, 29 bis y 229 de la Ley de Contrato de Trabajo, observando estos institutos desde la pregunta: "¿hay descentralización productiva en cada caso?, y si la respuesta es afirmativa o negativa analizaremos cuáles son las consecuencias de la existencia o inexistencia de tal descentralización.

La empresa es una institución. Al decir de la ley 20.744 es "la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos". La idea de "organización" y "orden" parecen ser las apoyaturas más concretas para diferenciar la figura del empleador respecto de la del trabajador, para diferenciar autonomía de dependencia.

Pero desde el concepto de la que es "casi" su definición originaria, a las formas adquiridas por la producción en nuestros días, han

(1) El Dr. Antonio Vázquez Vialard, me distinguió eligiéndome para integrar el Grupo que en la rama de Derecho Empresarial investiga sobre el Derecho del Trabajo. El, como Académico de número, promovió y cuidó a este conjunto heterogéneo de especialistas que me honro en integrar. El sentó las bases del libro que este trabajo integra, sin saber que iba a ser publicado en su homenaje. Mi duda razonable sobre si esta colaboración a mi cargo le hará suficiente mérito, no me impide sentir que he cumplido con un deber de gratitud, de reconocimiento y de afecto.

ocurrido cambios sustantivos que, precisamente, generan nuevas incógnitas, nuevos interrogantes cuando: a) alteran esa detección de las diferencias entre quienes mandan y quienes son mandados, b) dificultan la detección de cuándo cesa el espacio de una empresa para transformarse en otra con su propia organización, c) se apartan de la respuesta clásica respecto de en qué consisten y cómo influyen, en los derechos inherentes a las partes, estas formas atípicas de organizarse las nuevas empresas en un nuevo contexto, más globalizado y, sin duda, menos homogéneo.

Qué sencillo que resultaba para los juristas que nos precedieron —sin que esta añoranza les quite sabiduría, porque ellos inventaron el Derecho del Trabajo que nosotros estamos intentando reelaborar—, ubicar la figura del empleador y del trabajador, aplicar la norma en el espacio físico, único, monolítico, piramidal de la empresa taylorista.

La empresa clásica, aquella donde se aplicaba el derecho del trabajo plasmado en la LCT, era un ámbito de incorporación de personas, cuantas más personas más importante y poderosa la empresa. En ella privaban las fuerzas centrípetas, amparando, bajo un enorme paraguas, a todos los trabajadores que la integraban. Ellos sabían a la perfección a qué empresa pertenecían y se "calzaban su camiseta" con orgullo.

Las formas expulsoras, las fuerzas centrífugas, parecían estar inspiradas en el deseo de retacear la responsabilidad el empleador, rebajar sus costos, y este intento de elusión de responsabilidad era tomado por el Derecho del Trabajo como una grave falta a la protección que debía acompañar al trabajador en todo el transcurso de la relación laboral y hasta en su extinción.

A la luz de nuestra ley de contrato de trabajo no hay motivos funcionales en la empresa que ella observa y regula, para producir movimientos centrífugos. Con la excepción de la contratación y subcontratación de trabajos específicos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento o a la forma de cesión de personal que más adelante analizaremos. Aún así, esos movimientos centrífugos no son analizados por la ley o recogidos por ella a partir de la mayor o menor necesidad funcional de tales movimientos, sino a través de la preocupación de cómo se puede proteger al trabajador en esos supuestos.

Reservaré, entonces para los movimientos centrífugos el término "descentralización productiva" aunque en sí mismo no alcance para abarcar las múltiples formas que adopta la empresa a partir de los procesos de desestructuración o reorganización. En red, en araña, producción aplanada, distrito industrial, son términos que pretender describir "gráficamente" las nuevas formas de organización de la producción.

En los supuestos a analizar está en juego no tanto la empresa sino su personal que pertenecerá a ella en forma directa o indirecta. El ideal de la empresa moderna es la mayor flexibilidad posible, para poder adaptarse a las necesidades del proceso productivo. Ello resulta contrario a la vocación de continuidad y permanencia que impone nuestro ordenamiento laboral a los contratos que regula. Estas tensiones no han sido abordadas ni solucionadas hasta ahora. Por eso, las formas de incorporación o descentralización del personal, en cada caso, deberá analizarse bajo la *ratio legis* de la ley, para evitar forzaturas y hacer decir a nuestra ley lo que no dice. Sin duda avizorar algunas posibilidades de cambios futuros debe contabilizarse entre las aspiraciones de quien escribe estas páginas.

CAPÍTULO II

LA PROVISIÓN DE MANO DE OBRA A LA EMPRESA USUARIA

SUMARIO: A. Provisión directa: ¿Necesidad o fraude? La respuesta normativa.— B. Provisión indirecta: Empresas de servicios eventuales.

A. PROVISIÓN DIRECTA: ¿NECESIDAD O FRAUDE? LA RESPUESTA NORMATIVA

En el primer párrafo del art. 29 de la LCT se nos presenta la figura de la interposición de persona en la contratación de trabajadores. La ley es contundente, toma la figura del hombre de paja, infiere la intención fraudulenta y fulmina al intermediario considerando a los trabajadores, empleados directos de quien utilice su prestación.

La interposición en la contratación de mano de obra fue vista con disfavor por la legislación laboral. La OIT ya en 1933 prohibía la interposición onerosa en la contratación de mano de obra y proclamaba en la Declaración de Filadelfia, 1944: "El trabajo no es una mercancía". A su vez considera que la provisión de mano de obra debe hacerse a través de Agencias públicas y gratuitas de Empleo (1), sin perjuicio de lo que más adelante decidió la Conferencia Internacional del Trabajo.

Si observamos la figura desde nuestra pregunta originaria, la respuesta necesaria es que aquí no hay ninguna forma de descen-

(1) Conforme el Convenio sobre el servicio de empleo, 1948

tralización. Y no sólo porque la norma sanciona con la nulidad el acuerdo del empleador usuario con el proveedor de mano de obra respecto de una externalización de un grupo de trabajadores, sino porque, con el criterio que proponemos, la contratación de los trabajadores tiene por objeto su incorporación a la empresa usuaria, aun cuando no existiera la eliminación de la interposición por decisión legal.

Cuando en la Recomendación sobre la Relación de Trabajo, 2006, se intenta aportar elementos para establecer indicios que permitan descubrir la existencia de una relación de trabajo (2), se mencionan algunos que merecen ser destacados: "a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona...".

Como se verá, no hay mucho nuevo bajo el sol, y las pautas indiciarias o aún constitutivas de la relación laboral sirven para ser aplicadas, en este caso al supuesto de provisión de mano de obra a través de terceros con destino a ser incorporados a la empresa usuaria.

Es sumamente interesante el avance logrado en España en este tema, a partir del debate previo y la Reforma Laboral pactada y sancionada por Real Decreto Ley 5/2006, del 9 de junio de 2006. El Estatuto de los Trabajadores español vuelca en su art. 43 una situación fraudulenta casi idéntica a la que refiere el art. 29 (primera parte) de la LCT.

La reforma ha venido a incorporar el párrafo 2 del mencionado artículo, en el que se precisan los extremos de lo que se entiende como cesión ilegal, y por ende nula, de trabajadores. "En todo caso (dice el nuevo párrafo) se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando

(2) Resulta sumamente interesante la lectura de las actas de la Comisión donde se trató el tema, para advertir la posición unánime de los gobiernos sobre la necesidad de incluir notas tipificantes de la relación laboral que sirvieran de guía para su detección. La tarea quedó a medio camino por la resistencia del sector empleador, que no deseaba avanzar más allá de los compromisos asumidos al momento de tratarse en la Conferencia del año 2003 la Resolución sobre la Relación de Trabajo.

se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de actividad o de organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza funciones inherentes a su condición de empresario" (3).

La incorporación parece flexibilizar la postura del texto originario que sólo admitía como excepción, la contratación a través de agencias de servicios temporarios. Pero es valiosa porque esclarece las pautas para la detección de la cesión ilegal de trabajadores.

En nuestro país tal precisión no existe y la sanción de nulidad de la intermediación, en este caso, no admite dudas ni excepciones. La solidaridad aparece sólo para cerrar el círculo de la responsabilidad entre el que provee y el que utiliza la mano de obra por esta vía prohibida y para asegurar la protección del trabajador, que puede entender, llevado por la triangulación engañosa, que su verdadero empleador es quien lo contrató para cederlo a otra empresa. Por ello, y para ser consecuente con el fin querido por la norma en cuestión, es que se impone la sanción, adicional, de la responsabilidad solidaria.

La LCT no se pone a evaluar la necesidad del empresario principal para incorporar trabajadores por vía de terceros contratantes de esos trabajadores, lo considera una forma fraudulenta por interposición de persona y la deja sin efectos legales para el trabajador salvo en lo que respecta a los aspectos sancionatorios de la conducta de ambos, proveedor y aprovechador de la mano de obra.

B. PROVISIÓN INDIRECTA: EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES

En cuanto a la segunda parte del artículo y siguiendo el mismo criterio pero con resultado inverso, el legislador del 2001 (4), enfoca

(3) Ver en "La Reforma Laboral de 2006 (Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio" coordinado por JESÚS CRUZ VILLALÓN, *La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida*, por JESÚS R. MERCADER UGUINA, ps.155 a 175, Ed. Lex Nova.

(4) El artículo fue modificado por la ley 24.013.

la relación de trabajo desde la óptica de las empresas de servicios eventuales.

Estas empresas, a las que ya me refiriera en una publicación anterior (5), están pensadas, organizadas y controladas, para proveer mano de obra eventual a empresas usuarias que así lo requieran. Son la excepción —tolerada y reglamentada— a la regla del párrafo primero del art. 29. Con el menor personal estable posible, ellas contratan a trabajadores con carácter permanente o permanente discontinuo (como los cataloga la reglamentación) y los proveen a las empresas que así se los solicitan.

Podríamos decir que, partiendo de ellas, son pura descentralización. Están pensadas como empresas en permanente movimiento centrífugo de su personal. De hecho, si no existiera esta externalización, la agencia sería un fracaso.

El lema de la OIT cedió a poco de consagrarse el principio de que la intermediación en el empleo debería ser pública, cuando la Organización adoptó en 1949 el Convenio sobre agencias retribuidas de colocación. Es sabido que en el seno del Consejo de Administración, de integración tripartita, pueden darse alianzas entre dos de los tres sectores y generar una decisión que el tercero no mira con favor.

La OIT habla de agencias de colocación, lisa y llanamente, y habilita al país que ratifique el convenio a optar por su prohibición o su reglamentación (6).

El derecho comparado refiere a Empresas de Trabajo Temporal como en España o Interinal (7) como en Francia o en Italia, que son una especie del género de empresas retribuidas de colocación, que proveen mano de obra temporal. Las Empresas de servicios eventuales, tal como se las denomina en nuestro país, deberían consi-

(5) CORRADETTI, SUSANA. *Responsabilidad solidaria en los supuestos de intermediación en la contratación laboral (arts. 29 y 29 bis de la LCT).* Revista del Trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001-1, ps. 325 a 336.

(6) Esta es una de las cláusulas de flexibilidad más claras en la letra de los CIT y, podemos decir, su expresión más drástica.

(7) La traducción es nuestra para el trabajo "interimaire" del francés e "interinale" del italiano.

derarse una subespecie de estas últimas porque no es suficiente la nota de la temporalidad sino que se requieren las condiciones que fija la propia norma en su art. 99 de la LCT al definir el trabajo eventual, que debería ser el único supuesto de provisión de mano de obra que está habilitado por la ley.

La imprecisión de la definición legal, la exigencia de que no debe conocerse el plazo de la eventualidad... ha transformado este artículo en un semillero de contratos a plazo fijo con una causal objetiva difusa... La pregunta es (y por supuesto la respuesta debería ser negativa): ¿si un trabajador es contratado a plazo fijo, porque el conocimiento del plazo de la eventualidad (una licencia, por ejemplo) le veda el camino del art. 99, puede ser contratado a través de empresas de servicios eventuales?

CAPÍTULO III

LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES. VÍNCULOS CON LA EMPRESA QUE LOS RECIBE Y CON LA EMPRESA DE SERVICIOS EVENTUALES

SUMARIO: A. La dificultad de las relaciones triangulares entre la empresa usuaria, la empresa de servicios temporales y el trabajador dependiente.— B. Las situaciones de fraude. 1) La responsabilidad solidaria

A. LA DIFICULTAD DE LAS RELACIONES TRIANGULARES ENTRE LA EMPRESA USUARIA, LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES Y EL TRABAJADOR DEPENDIENTE

¿Por qué la dificultad es determinar si existe descentralización productiva en supuestos en que intervienen empresas de servicios eventuales, al menos y especialmente desde la óptica de quien recibe a los trabajadores provenientes de ellas?

Analicemos el primero de los interrogantes. En cuanto a esta primera dificultad nos remitimos al trabajo de Etala y Feldman (1) cuyo mérito reside en el análisis de una situación existente más que en su base normativa. También rescatamos el interesante análisis hecho por Harvard, Rorive Feytmans, y Sobczak quienes sostienen con justeza que "en un número cada vez mayor de sectores, la regulación de las relaciones de trabajo se ve hoy 'fragilizada' por la

(1) *El trabajo a través de las agencias de servicios eventuales* en *La precarización del Empleo en la Argentina* (compilación), Centro Editor de América Latina, CIAT, OIT Lima- Perú, CLACSO, 1990, citado en CORRADETTI, SUSANA, *op. cit.* nota 5.

intrusión cada vez más importante de otros actores en la relación tradicional bilateral entre empleador y asalariados" (2).

Continúan los autores refiriendo a que el trabajo interinal es a la vez un sector de la economía y una forma específica de movilización de la mano de obra. Luego, sostienen que no existe un lazo contractual propiamente dicho entre la empresa usuaria y el trabajador "interinal", pero la empresa usuaria es responsable de las condiciones de la ejecución del trabajo. Existe un poder de hecho sobre los trabajadores que permite calificar a la relación entre la empresa usuaria y el trabajador temporario como "relación de ingerencia" (3).

Aquí aparece, decimos, el centro de la dificultad porque, como bien refiere la investigación citada "el ejercicio dual (de derecho y de facto) de poder sobre el asalariado interinal, no es reconocido por el derecho francés y el belga (aparece regulados en los derechos sajones, USA, Gran Bretaña) y, agregamos, tampoco está reconocido por el derecho argentino o aún por el español, que, a la luz de su preocupación distinta a la que nos ocupa —las nuevas formas de organización de la empresa con su fenómeno polifacético de la descentralización— evalúa sólo los aspectos relativos a la protección del trabajador y no aporta ni resuelve a esta dualidad, esta ambigüedad en la que la facultad de dirección, en la práctica, no aparece en cabeza del empleador formal.

B. LAS SITUACIONES DE FRAUDE

En cuanto a las situaciones de fraude, la casuística y la jurisprudencia están cuajadas de ellas. No sólo por vocación elusoria de nuestros compatriotas sino por la propia regulación. Como de alguna manera ya se ha mencionado al referir a la caracterización del trabajo eventual, a éste se lo complejiza innecesariamente, acotando su espacio de actuación y haciendo que las empresas de servicios eventuales no cumplan con los fines para los que fueron creadas.

(2) Versión personal de la p. 21 de la obra citada en la bibliografía.

(3) Versión en castellano libre de las observaciones formuladas por los autores en la p. 23 de la *op. cit.* de los autores en la bibliografía.

Por muchas razones, la ley termina imponiendo el párrafo primero del su art. 29 a las formas permitidas y excepcionales de descentralización productiva. Tal es el supuesto si la empresa de servicios eventuales no se comporta y registra como manda la reglamentación (las exigencias de registración y garantías exigidas por le ley parecen constitutivas), y esta cuestión fue zanjada por los decretos 342/92 y 1694/06 (4).

Otra alternativa podría darse cuando el objeto de la contratación no es un servicio eventual y la empresa usuaria utiliza a las empresas de servicios eventuales para contratar personal permanente. En este supuesto también debería caer el paraguas protector de la relación entre la empresa de servicios eventuales y el trabajador para asignar la relación laboral a la empresa usuaria.

Compartimos la preocupación de Juan Angel Confalonieri (5), en cuanto a los supuestos de prohibiciones puntuales previstas en la reglamentación que impiden contratar en determinadas circunstancias (6) y sus consecuencias para la relación entre el trabajador y la empresa usuaria. El autor, coautor de este libro, sostiene: "cuando no se establece de manera concreta cuál es la sanción en caso de violación de la prohibición (sea ésta general o respecto de ciertos trabajadores) ésta pasa por constituirse prácticamente en letra muerta, en razón de que, entre las soluciones que se pueden barajar, esto es, vínculo directo entre el trabajador de la empresa de servicios eventuales y la empresa usuaria (mecanismo utilizado en el art. 29 de la LCT para el suministro de mano de obra que

(4) El art. 17 del decreto 342/92 decía: "Los trabajadores contratados por empresas usuarias a través de empresas de servicios eventuales que no se encuentren habilitadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, serán considerados como personal permanente continuo de la empresa usuaria. Asimismo, esta última será solidariamente responsable, con la empresas de servicios eventuales de la multa especificada en el inciso a) del artículo anterior".

Por su parte el art. 23 del decreto 1694/06 expresa: "La prestación de servicios a favor de una empresa usuaria de personal provisto por una empresa de servicios eventuales no habilitada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, hará aplicación de las disposiciones del art. 29, párrafos primero y segundo de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) y sus modificaciones".

(5) En *op. cit.* en bibliografía, p. 1707.

(6) Trabajadores dependientes de empresas de servicios eventuales que reemplazan a trabajadores de la empresa usuaria suspendidos por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo, o por una huelga.

no se canaliza mediante empresas de servicios eventuales) o responsabilidad solidaria de la empresa usuaria junto a la empresa de servicios eventuales (solución prevista en el régimen regulatorio de estas últimas), la más adecuada parece ser la segunda".

Por supuesto, y no creo que uno de los coautores de este libro lo discuta, habrá que buscar en otras normas sanciones ejemplificadoras, v.gr.: sanciones administrativas provenientes de la ley 25.212 (más conocida como Pacto Federal del Trabajo) o aún el supuesto de prácticas desleales cuando se pretenda reemplazar al personal que ejerce su derecho de huelga por personal que se incorpora a la empresa proveniente de una empresa de servicios eventuales.

Son estas consideraciones las que me hacen dubitar, en un planteo que no se agota en este aporte y que no necesariamente tendrá respuesta aquí y ahora, para llamar a la contratación de trabajadores eventuales como una forma de descentralización productiva.

Es clarísimo que las empresas de servicios eventuales, ellas mismas, externalizan personal y lo hacen como el objeto principal de su existencia.

Pero cuando ese personal presta servicios en la empresa usuaria, ese personal, de otra empresa que los externaliza, se incorpora en forma centrípeta, aunque temporariamente, a la empresa usuaria. La empresa usuaria los necesita, dentro de su ámbito físico y para cumplir con sus objetivos.

Más aún, la red de seguridades que ha impuesto nuestra Ley de Contrato de Trabajo para evitar la desprotección del trabajador, no se agota en la responsabilidad solidaria sino que incluye el cumplimiento de la obligación de retener aportes y contribuciones y depositarlos en tiempo y forma. ¿Qué queda de la externalización, de la descentralización productiva? Sólo la magra circunstancia de que el trabajador aparece en la nómina, plantilla o plantel de la empresa de servicios eventuales.

1) La responsabilidad solidaria

La responsabilidad solidaria no está incorporada al art. 29 bis como una sanción para aventar los supuestos de fraude, sino que está instalada como un reaseguro, como una llave más. Es como

si la ley no hubiera confiado en que la exigencia de inscripción, garantías y recaudos que se imponen a las Empresas de Servicios Eventuales bastase y, "curándose en salud", decide agregar la carga de la responsabilidad solidaria.

Esta imposición debería haber estado reservada a las situaciones en que las Empresas de Servicios Eventuales no cumplieran con la reglamentación, quizás siguiendo la línea argumental de otros supuestos en que se impone responsabilidad solidaria a las partes como sanción. Pero el legislador siguió el criterio que también se aplicó al resolver el supuesto de cesión de personal (aunque ésta aparece cronológicamente antes). En ambos casos se impone la responsabilidad solidaria aunque se hayan cumplido los recaudos para contratar con empresas de servicios eventuales —esto es hacerlo a través de empresas constituidas y registradas en legal forma y para el objeto permitido por la ley— o ceder personal que prestó conformidad al efecto. Este último supuesto merece consideraciones que abordaremos en el siguiente punto.

Capítulo IV

La cesión de personal

En cuanto a si la pregunta originaria se aplica a esta figura, nos encontramos con ciertos matices. Recojo la opinión de Confalonieri, nuevamente, cuando sostiene que en el supuesto de la cesión de personal tratada en el art. 229 de la LCT no debe considerarse una manifestación de la externalización de la relación laboral, puesto que el cesionario, una vez perfeccionada la cesión, ocupará trabajadores propios y no de la empresa cedente o externos (1).

Me permito reflexionar en algunos supuestos en que, de alguna manera, se estaría externalizando todo o parte de la producción, cuando, v.gr. los trabajadores cedidos pertenezcan a una misma sección, o departamento de la Empresa, con un determinado *know how, expertisse* o conocimientos (hablemos en castellano) que puedan implicar una ampliación del objeto de la producción de la empresa cesionaria.

Es sabido como los "mercados internos" han explotado en estos tiempos de cambios organizacionales en las empresas. Ya las empresas de estructura moderna, prefieren recibir trabajadores formados, autónomos, que generen su propio modelo de producción y, si bien, éste no ha sido el caso en el que pensó la Ley de Contrato de Trabajo, no deberíamos descartar este tipo de externalización posible, en el que se transmiten conocimientos a otra empresa y aún áreas productivas a través de una inocente cesión de trabajadores.

Decíamos que esta es otra oportunidad en que la ley impone la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, no obstante

(1) P. 1706 de la *op.cit.* en bibliografía.

se hayan cumplido las condiciones requeridas por la ley para que la cesión sea válida, v.gr. la conformidad del trabajador. Sin embargo aquí hay otro matiz que no debemos dejar pasar. Con qué validez toman la Ley de Contrato de Trabajo y, también la jurisprudencia y la doctrina, a las manifestaciones vertidas por el trabajador en el marco de la pérdida de derechos o las modificaciones del contrato de trabajo.

En este caso estamos considerando nada menos que la pertenencia a una empresa y la seguridad de lo conocido, en un contexto normativo en que el trabajador carece de la información suficiente sobre la marcha de la empresa a la que pertenece, y con más razón, desconoce las características de aquella a la que va a pertenecer. No se ha dicho suficiente sobre la urgencia de reconocerles a los trabajadores un derecho a la información que se le ha retaceado a partir de la modificación del texto original de la Ley de Contrato de Trabajo y que suele verse como una intromisión injustificada por parte de algunos empresarios.

La pregunta es si un adecuado derecho a la información podría modificar esta responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario y, aunque la respuesta pudiera ser negativa, es seguro que se generarían menos litigios, menos incertidumbres, mayores gestos de confianza, y , por ende, mayor disponibilidad para la inserción en la nueva empresa, que en estos días cifrados por el desconocimiento, la duda y el temor.

Bibliografía

BEAUJOLIN-BELLET, RACHEL; CORNOLTI, CHRISTOPHE; KUHN, ANTHONY, YVES MOULIN, *L'anticipation partagée des restructurations a l'epreuve des faits. (La anticipación compartida de las reestructuraciones frente a los hechos).* Travail et Emploi, núm. 109, enero - febrero 2007, ps. 11 a 22.

CONFALONIERI, JUAN ANGEL (H.), *Descentralización productiva en Derecho del Trabajo*, LA LEY, 2005-B, 1695 a 1719.

CORRADETTI, SUSANA. *Responsabilidad solidaria en los supuestos de intermediación en la contratación laboral (arts. 29 y 29 bis de la LCT).* Revista del Trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001-1, ps. 325 a 336.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS (coordinador), *La Reforma Laboral de 2006*, Ed. Lex Nova.

DUI, PASCUALE. *Outsourcing ed esternalizzazioni tra diritto comerciale e diritto dil lavoro (Outsourcing y externalización entre el derecho comercial y el derecho del trabajo)*, Milano, Ed. Guiffrè, 2007.

GAUTIER, JERÒME. *Repensar la articulación entre mercado de trabajo y protección social en el postfordismo*, CEIL CONNICET, Buenos Aires, 2004.

HARVARD, CHRISTELLE; RORIVE FEYTMANS, BRIGITTE; SOBCZAK, ANDRÉ, *Comment reguler les relations triangulaires de travail? La RSE face au droit dans le travail intérimaire e les centres d'appels. (Cómo legislar las relaciones triangulares de trabajo? La Responsabilidad Social Empresaria frente al derecho en los trabajos interinales y los centros de llamadas)*, Travail et Emploi, núm. 114, abril-junio 2008, ps. 21 a 30.

LAHERA FORTEZA, JESÚS. *Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales*, en "La reforma laboral de 2006", coordinada por Jesús Cruz Villalón.

LASIERRA ESTEBAN, JOSÉ MANUEL. *Mercado de trabajo y estrategias empresariales*, CES, Colección Estudios 2001.

LÓPEZ, JUSTO - CENTENO, NORBERTO - FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS. *Ley de contrato de trabajo comentada*. Ed. Contabilidad Moderna, Bs. As., 1977.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (Director), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Ed. Astrea, Bs. As., 1996.

Transferencia del contrato

Por Hugo R. Carcavallo

1. Los fenómenos socio-económicos que, a gran velocidad, han ocurrido —y siguen ocurriendo— desde fines del siglo XX, por obra de la *revolución tecnológica* que vivimos en esta *era del conocimiento*, tuvieron y tienen un fuerte impacto en el mundo del trabajo, al cambiar las formas de producir, de comerciar y de comunicarse, alterando nociones tradicionales como la *continuidad en el empleo* y la *unicidad* y *permanencia* de las *estructuras empresariales*, fenómenos que en nuestro país —y en otros— quedan encuadrados en disposiciones deficientes, propias de la *era industrial.*

Entre esos fenómenos sobresale el de la *descentralización productiva*, semillero de una densa problemática, siendo su análisis el objetivo primordial de este libro-homenaje a quien fue maestro indiscutido del derecho del trabajo, cuyos principios predicó incansablemente, ejerciendo la profesión, la magistratura, la enseñanza y sus cargos académicos, y enriqueciendo a la par la literatura jurídica con tratados, manuales, estudios y notas.

En nuestro régimen legal el análisis propuesto lleva a detenerse en el art. 30 de la LCT, pero resulta que las dos variantes contempladas en el mismo, la *cesión,* total o parcial, y la *contratación* o la *subcontratación*, atienden a operaciones distintas y, especialmente, la *cesión* difiere por completo de la *transferencia* del Título XI de ese ordenamiento (arts. 225 a 230), instituto que nos corresponde tratar. No obstante, tal discordancia y la primacía del art. 30, distan de dejar afuera del campo a la *transferencia* del Título XI, debido a que la *descentralización* es polifacética y se traduce en una gran variedad de modalidades y mecanismos que hacen imaginable —y corriente en otros lugares— que una *transferencia* integre la forma de *descentralizar* las actividades de una empresa, probablemente rozando o invadiendo el ámbito del art. 31.

Lógicamente, prescindimos del *fraude*, pues como expresaba Deveali, la malicia humana *omnia corrumpit*, y no es inimaginable que, so color de una *transferencia*, se maquine evadir obligaciones, por ejemplo, con la interposición de un insolvente, maniobra que hallaría remedio en los arts. 14 y 226 de la LCT.

Justo López destacó de entrada las reconocidas deficiencias de redacción del art. 30 (t. o. 1976) —incrementadas posteriormente por la reforma de la ley 25.013—, aclarando que la *cesión*, total o

parcial, allí regulada *no era la transferencia, ni el arrendamiento o cesión transitoria de los arts. 225 y siguientes,* hipótesis en las que quien transfiere pierde, siquiera sea temporariamente, el rango de *titular* del establecimiento (1).

Recientemente y nombrando coincidencias —con matices— de Vázquez Vialard, de Rodríguez Mancini y de otros autores, Foglia ha sostenido que: *"el art. 30 LCT trata una situación estructuralmente diferente de las contempladas en los arts. 225, 227 y 229, LCT, siendo sus únicos comunes denominadores que todas son disposiciones que imponen responsabilidad solidaria"* (2).

Además, es un dato relevante que en la colaboración precitada, Foglia interpreta que cuando el art. 30 se refiere a la *cesión* del establecimiento, *"lo hace sin involucrar a empleados dependientes... únicamente hay cesión del establecimiento sin personal"*, particularidad por la cual exige que el establecimiento *"esté habilitado"* a nombre del cedente, interpretación que compartimos. Nótese que si para continuar aprovechando la actividad del nuevo *empleador*, se materializase una *cesión* del art. 30 *con personal*, el *cedente* se hallaría en una posición similar a la que lo colocaría una aplicación *literal* del art. 229, puesto que subsistiría su responsabilidad hacia el pasado y hacia el futuro, operación por lo menos anómala (ver *infra* núm. 5). Sucede que el art. 30 de la LCT tiene en vista exclusivamente la *cesión* de un local *"habilitado"*, con o sin maquinarias, útiles, etc., mientras que el art. 225 tiene en vista la *cesión* o *transferencia* de un *establecimiento en marcha* o de una *unidad productiva.*

En otro orden de cosas, no serían idénticas la *solidaridad* del art. 30 y la del art. 225 de la LCT. Milton A. Rainolter y Andrea E. García Vior, al examinar la *solidaridad* en el derecho del trabajo, describen las diferencias existentes entre el *vínculo* contemplado por el art. 699 del Código Civil y por el art. 30 de la LCT, diferencias que obligan a distinguir las derivaciones de la *solidaridad* mencionada por el segundo, en función de la diversa índole de las vincula-

(1) LÓPEZ, JUSTO, CENTENO, NORBERTO O. y FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada,* Ed. Contabilidad Moderna, 1978, t. I, p. 260.

(2) FOGLIA, RICARDO A., *Ley de Contrato de Trabajo,* JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, Director, ANA ALEJANDRA BARILARO, Coordinadora, Ed. La Ley, 2007, t. II, p. 323, 2) y sigtes.

ciones que se dan entre las partes, entendiendo que se trata de una "*obligación legal de garantía*". En cuanto al recaudo de la *habilitación*, lo justifican porque no sólo sirve para acreditar la existencia de una *explotación*, sino también su *titularidad* o eventual *cesión*; son típicas la "*habilitación municipal*" o el *permiso* para instalar un *puesto de diarios*, no participando del concepto la concesión de una *marca*, de una *patente* o de una *franquicia* (3).

En varias oportunidades, hemos estudiado el art. 30 en general (4), razón que nos exime de reproducir conceptos vertidos, máxime si recordamos que hasta la fecha sigue el debate jurisprudencial y doctrinario en torno a la norma, debate que no cerró el *leading case* de la Corte Suprema "Rodríguez, Juan R. c. Cía. Embotelladora Argentina, S. A. y otro" (DT, 1993-A, 754).

Indicadas las diferencias más significativas que separan a los dos institutos y las notas sustanciales de la *cesión*, nos abocaremos al tema asignado y describiremos sus facetas fundamentales.

2. En el derecho del trabajo *clásico* una de las características distintivas del contrato era su vocación de *permanencia*, que nuestro legislador plasmó en los arts. 90 de la LCT y 27 de la ley 24.013; en el segundo, declaró "*modalidad principal*" al contrato por *tiempo indeterminado*, preferencia complementada por el art. 10 de la LCT al consagrar la opción por la "*continuidad o subsistencia del contrato*".

De las múltiples clasificaciones elaboradas por la doctrina, al contrato de trabajo se lo encasilla entre los de *tracto sucesivo*, porque como dijera gráficamente Alonso García, su cumplimiento se "*dilata*" en el tiempo como condición necesaria para producir sus efectos, en diferentes etapas, añadiendo que al extenderse la relación por un período suficientemente prolongado, es inevitable que en las condiciones inicialmente estipuladas, incida el transcurso del tiempo, provocando un planteamiento forzosamente distinto de su contenido, alteraciones que reconocen su origen en dos fuentes: una *objetiva*, o ajena a la voluntad de las partes, como sería una

(3) *Solidaridad laboral en la tercerización*, Ed. Astrea, 2008, p. 81 y sigtes y 135.

(4) Ver, p. ej. *Reflexiones sobre la llamada reforma laboral de la ley 25.013*, en DT, 1999-A, 208 y *El artículo 30 de la LCT (sus antecedentes, alcances y problemas)*,en Revista de Derecho Laboral, *La solidaridad en el contrato de trabajo*, 2001-1-135.

reforma de la *ley laboral, y* otra *subjetiva,* radicada en la voluntad misma de aquéllas, de una o de ambas (5).

Coincidentemente, exponiendo las peculiaridades del *contrato de trabajo* por *tiempo indeterminado,* Deveali enseñaba que era absolutamente excepcional que permaneciesen inmutados por muchos años, mencionando el caso frecuente "*del trabajador que habiendo ingresado joven en la empresa, en calidad de obrero o de modesto empleado, a través de numerosas etapas, llega a cubrir el cargo de gerente o de director general de la misma. Cada aumento de salario, cada cambio sustancial, cada ascenso o retroceso, significan una mutación del contrato inicial*". Tal fue la *dinámica* inherente al entonces *contrato tipo* de trabajo (6).

Junto a esas mutaciones en la trayectoria del *trabajador,* se dieron transformaciones o cambios en el sujeto *empleador,* acentuados cuando la o las *personas físicas* fueron reemplazadas por *personas jurídicas* como titulares de la *empresa* o del *establecimiento,* cambios traducidos en ventas, reemplazos de titulares, etc., que acarrearon una *movilidad* creciente de este sujeto, sin olvidar que cuando el *empleador* es una *sociedad anónima,* el mero cambio de *accionistas* no equivale a una sustitución de ese sujeto, aunque en ocasiones resulte de interés para los subordinados.

En aras a la brevedad, resumiendo la historia, añadiremos que el llamado proceso de *despersonalización* del sujeto *empleador,* unido a la observancia de dos *principios básicos,* el *protectorio* (art. 14 *bis* CN) y el de la *subsistencia* del vínculo (art. 10 LCT), se reflejaron en los arts. 25, 26, 37 y 225 de la LCT al disponer que:

a) el contrato es únicamente *intuitu personae* respecto del sujeto *trabajador,* quien se compromete a prestar una actividad "*personal e infungible*";

b) el sujeto *empleador* puede ser sustituido;

c) en las condiciones que veremos *infra,* el *trabajador* debe aceptar el reemplazo del sujeto *empleador* o ejercer su derecho a la *renuncia* (art. 240 LCT).

(5) *Curso de Derecho del Trabajo,* Ariel, Barcelona, 1980, p. 502.

(6) DEVEALI, MARIO, L., *Lineamientos de Derecho del Trabajo,* TEA, 1953, p. 245.

3. La *transferencia* que nos ocupa, regulada en el Título XI, arts. 225 y siguientes de la LCT, se ubica entre las modificaciones *subjetivas*, dado que produce el reemplazo de uno de los *sujetos*, el *empleador*, hipótesis a la que se ciñe exclusivamente este reemplazo, dado el carácter de "*personal e infungible*" de la prestación a cargo del *sujeto trabajador* (art. 37 LCT).

Antecedente inmediato del art. 225 de la LCT es el art. 157, inc. 4° del Código de Comercio, reformado en 1934 por la ley 11.729, que dispuso que de producirse la "*cesión o cambio de firma*", sin la previa extinción del contrato por el cedente, "*pasarán a la nueva firma las obligaciones que establecen este artículo y los dos anteriores*". Entre otros antecedentes nacionales de transferencia de obligaciones al nuevo *empleador*, Guisado menciona el art. 3° del decreto-ley 1740/45, el art. 56 de la ley 12.908, estatuto de los periodistas, y el art. 6°de la ley 12.981, estatuto de los encargados de casas de renta (7).

En plena *era industrial*, Pozzo afirmaba que la gran industria había desplazado a la relación personal que en la Edad Media unía a los patrones con sus operarios, produciéndose una "*despersonalización del empleador*", que llegó a ser indiferente para el empleado, a quien sólo le interesa conocer las condiciones de su trabajo y el salario; de donde en la transferencia del establecimiento —salvo los cargos de *confianza*— ni al adquirente podía interesarle mayormente la persona de los empleados, ni la situación de éstos podía sufrir cambios, en lo que a cláusulas contractuales y condiciones se refiere. De la legislación comparada se detuvo en la italiana, constituida entonces por la *Carta del Lavoro*, el decreto del 13/11/1924 y las disposiciones del Código Civil (8).

Al abordar el tema, Deveali, se refirió a la *novación objetiva y subjetiva del contrato*, especificando los antecedentes legislativos y doctrinarios italianos de la ley 11.729 (9).

---

(7) GUISADO, HÉCTOR, *De la transferencia del contrato de trabajo*, en *Ley de Contrato de Trabajo*, Antonio Vázquez Vialard, Director, Raúl Horacio Ojeda, Coordinador, Rubinal-Culzoni, 2005, t. III, p. 216.

(8) *Derecho del Trabajo*, Ediar, 1948, t. II, p.111.

(9) *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, TEA, 1953, p. 245.

Por los problemas doctrinarios que acarreara la referencia a la *novación* del art. 803 del Código Civil, Justo López creyó que "*mejor que discutir si la novación es solamente extintiva o puede ser modificativa, es señalar que —mediante ciertos negocios jurídicos— la relación de trabajo puede ser modificada, sin perjuicio que mediante otros (como la denuncia o el acuerdo extintivo) pueda ser extinguida*" (10).

Para Ramírez Gronda surgía del art. 157 del Código de Comercio una *continuidad* de la relación entre el empleado y la empresa, pese a que esta última se ***transformase*** o cambiase de titular, entendiendo que se atribuía a la *empresa*, en sí misma, un verdadero carácter independiente de la o las personas que puedan ser sus dueños, siendo susceptibles de transmitirse, no solamente con las mercaderías, maquinarias, instalaciones, etc., sino también con el personal que concurre con su actividad profesional (11).

Del art. 157 extrajo el autor dos consecuencias prácticas:

a) el trabajador no podía invocar el cambio de firma o su transformación como *justa causa* para rescindir el contrato;

b) la nueva firma sucedía a la anterior en todas las obligaciones de la ley 11.729, respecto de "*los contratos en curso de ejecución*".

Acerca del modelo italiano, luego de sentar aquellas consecuencias, Ramírez Gronda, recogió la crítica de Peretti Griva, al objetar que se equiparaba al trabajador a una mera "*cosa*", que seguía la suerte de la empresa. Recordó la réplica de Deveali diciendo que el *empleador* es un simple "*gestor*" de la empresa y que su cambio no influye en la misma, agregando *que* el trabajador es libre de dimitir, sin invocar el cambio como justa causa. Citó la opinión de Unsain, admitiendo que el elemento *personal* patronal interesa menos al empleado, que al contratar sus servicios aprecia más a la *empresa* como ente *impersonal*, que la persona del patrón.

Concordantemente se pronunciaron Francisco y Julio A. García Martínez, entendiendo que la ley 11.729 se basó principalmente

(10) *Op. cit.* nota 1, t. II, p. 853.

(11) *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por DEVEALI, Ed. La Ley, 1964, t. I, p. 543.

en la *estabilidad* de la relación de trabajo y en el equilibrio jurídico de las relaciones entre las partes; a las críticas de Peretti Griva respondieron que la modificación *subjetiva* no interesa mayormente, porque lo importante es el *"factor económico"*, el *establecimiento*, más que la *persona* del empresario o su condición jurídica, *"es a la empresa, como ente impersonal, a la que tiene en cuenta el estado, antes que al empresario, para obligarla a servir los intereses sociales"* (12).

Por nuestra parte, creemos que el mantenimiento del vínculo no equipara al trabajador con un *cosa accesoria*, que sigue la suerte de la *principal*, el *establecimiento* y las *máquinas*, sino a motivos superiores: el carácter *alimentario* de la *remuneración* que gana por el contrato, el beneficio de su *continuidad*, etc., motivos a los que se suma la *garantía* que representan los *privilegios* del Título XIV de la LCT.

Desde otra óptica, Justo López remarcó, con acierto, el equilibrio buscado por el legislador, protegiendo al *establecimiento en marcha*, con su dotación, *"como unidad de producción de bienes y/o servicios"*, y tachó de abusivo al *despido indirecto*, sin un motivo serio, *"con relación a esos otros intereses (social general y colectivo de los demás trabajadores) comprometidos"* (13).

Ni la ley 11.729, ni la LCT, impusieron al trabajador la obligación de seguir a las órdenes de la nueva firma, sin importar las causas *justas* que pudiera tener para hacerlo, especificadas hoy en el art. 226 de la LCT, al prever genéricamente que podrá considerar extinguido el contrato con motivo de la *transferencia*, *"si se le infiriese un perjuicio, apreciado con el criterio del art. 242"*, detallando a continuación, a título *enunciativo*, los cambios del *objeto de la explotación*, la alteración de *las funciones, cargo o empleo* y la *disminución de la responsabilidad patrimonial del empleador*. La lista del art. 226 conduce a una variada jurisprudencia sobre distintas situaciones, que la remisión al art. 242 de la LCT permite sintetizar diciendo que el *perjuicio* debe ser *cierto* y *serio*, *imposibilitando proseguir la relación*.

(12) *El contrato de trabajo en el derecho argentino y comparado*, Imprenta López, 1945, p. 428.

(13) *Op. cit.* en nota 1, t. II, p. 870.

Naturalmente, el *perjuicio* será *material* o *moral*. Extraído de la doctrina italiana, Ramírez Gronda y otros autores proporcionan un explicativo ejemplo: el del redactor de un periódico de un partido o ideología y que al cambiar la empresa se viera precisado a continuar prestando su trabajo intelectual para un órgano que sustenta principios contrarios a su manera de pensar (14).

4. El art. 225 de la LCT menciona a la "*transferencia por cualquier título*" y abarca todo acto que implique la titularidad y/o utilización, por cuenta propia, permanente o temporal, del establecimiento. Justo López anotó que "*hay transferencia de establecimiento siempre que hay un cambio de empleador, es decir, del titular de los poderes jerárquicos ('empresario' del art. 5°, segundo párrafo de la LCT) a que hacen referencia los arts. 64 a 68, LCT, y de los créditos y deudas relacionados con la actividad del establecimiento; no se trata solamente de la 'venta' ni, menos, de la transferencia mercantil de un 'fondo de comercio' reglada por la ley 11.867, ya que esta última no rige para actividades de tipo no mercantil comprendidas, sin embargo, en la LCT*" (15).

El sentido omnicomprensivo del precepto lo rubrican el art. 227 al referirse al "*arrendaniento o cesión transitoria*" y, en especial, el 228, al definir que "*se considerará adquirente a todo aquel que pasare a ser titular del establecimiento aun cuando lo fuere como arrendatario o usufructuario o como tercero a título precario o por cualquier otro modo*". Cabría suponer que tal sentido omnicomprensivo englobaría a la *cesión* del art. 30, aunque el anterior *titular* mantenga la *habilitación* del establecimiento a su nombre, pero como la *cesión* debe ser *sin personal*, sobrevendrían las derivaciones especificadas *supra* (ver núm. 1). Entre las diversas hipótesis de *transferencia* del establecimiento, Guisado enumera las producidas por *sucesión hereditaria*, por *legado, usufructo, compraventa*, por *fusión* o *escisión de sociedades*, por "*transferencia de un contrato de locación de obra, de explotación u otro análogo*" (16).

(14) *Op. cit.* en nota 10, p. 545.

(15) *Op. cit.* en nota 1, t. II, p. 863.

(16) GUISADO, HÉCTOR, *De la transferencia del contrato de trabajo*, en *Ley de Contrato de Trabajo*, VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (Director), OJEDA, RAÚL HORACIO (Coordinador), Rubinal-Culzoni, 2005, t. III, p. 225.

Todavía, el artículo 228 consagra la *solidaridad* entre el *transmitente* y el *adquirente*, responsabilidad que no establecía la ley 11.729. Los arts. 225 y siguientes de la ley de concursos y quiebras, 24.522, constituyen una excepción y eximen al *adquirente* de un establecimiento del fallido de toda responsabilidad. En la ley 11.729, Francisco y Julio A. García Martínez supeditaron la responsabilidad del *cesionario* a que "*el vínculo contractual se encuentre vigente en el momento de la cesión del negocio*" (17).

Obviamente, la vasta gama de actos comprendidos en los arts. 225 a 228 (ventas, locaciones, fusiones, escisiones, etc.), impiden descartar la eventualidad esbozada *supra* en el núm. 1: que una *transferencia* integre —lícitamente o no— alguna forma de *descentralizar* actividades. Se nos ocurre que con una *escisión*, por ejemplo, es factible que una empresa se desprenda de una actividad o proceso; de la conexidad que guarden las actividades que desarrolle con la que asuma la escindida y de la tesitura que mantenga el tribunal interviniente, dependerá la futura aplicación del art. 30 de la LCT al reclamo de un trabajador.

5. Como dice Guisado, uno de los problemas que más ha dividido últimamente a la doctrina es el de si en la *transferencia* la *solidaridad* comprende sólo las deudas provenientes de las relaciones de trabajo que se transfieren o si alcanza a las deudas por relaciones laborales extinguidas con anterioridad al traspaso (18). Fernández Madrid reconoce que las soluciones son contradictorias, pero tiene por incluidos los créditos de los trabajadores desvinculados antes de la *transmisión* (19).

La tesis *amplia* es la predominante, después del plenario del 8/8/1997, "Baglieri, Osvaldo c. Francisco Nemec y Cía." (DT, 1997-B, 2013). Guisado participa de la tesis *amplia* y anota que la *restrictiva* se apoya en la autorizada opinión de Centeno, para quien "*las obligaciones que derivan de contratos extinguidos no pasan al sucesor o adquirente y no comprometen su responsabilidad... quedan*

(17) Ver *op. cit.* en nota 11, p. 426.

(18) Ver *op. cit.*. en nota 15, p. 247.

(19) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, La Ley, 1990, t. II, p. 966.

con el transmitente...", pero el trabajador tiene derecho a oponerse en los términos de la ley 11.867 (20).

Efectivamente, el plenario "Baglieri" resultó polémico. En vísperas de dictarse el fallo, Vázquez Vialard ratificó su adhesión la tesis *amplia*, subrayando las dudas que despertaban las falencias de los textos legales, que hacían recurrir a la directiva del art. 9° de la LCT, y propició una reforma legislativa, en resguardo de la *seguridad jurídica* (21).

Con el respeto que tenemos a tan autorizada voz, nos permitimos compartir las consideraciones de los votos de la minoría, a las que inmediatamente se sumaron fundadas críticas, las de Gallo (22) y las de Pose (23) entre otras. En su obra mencionada *supra* (núm. 1) Rainolter y García Vior adhieren a las críticas de Pose, traen a colación a los *trabajadores no registrados*, o *en negro* —que es notorio existen en porcentajes alarmantes— y manifiestan que la solución del plenario no es "*justa, ni útil. Coloca al empresario en una situación de virtual indefensión y favorece cualquier práctica defraudatoria, incluso en connivencia con el principal responsable*" (24).

La apreciación conjunta —que propicia Gallo y que es la procedente— de los arts. 225 y 228 de la LCT, no concuerda con el plenario. El art. 225 sienta la pauta general de las obligaciones que *pasan* al "*sucesor*" o "*adquirente*"; ellas son las que emergen del contrato de trabajo y existentes al "*tiempo de la transferencia*"; el contrato del que emergen es el que, "*en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente*". A su vez, el art. 228 habla de las obligaciones que existan al momento de la transmisión, emergentes del *contrato* y que lo "*afectaran*", contrato que no es otro que el que "*continuará*" con

(20) Ver *op. cit.* en nota 15, p. 248. Ver también CENTENO, NORBERTO O., *La transferencia del contrato de trabajo en la ley de contrato de trabajo*, LT, XXVI-769.

(21) *Responsabilidad del adquirente de un establecimiento respecto de las obligaciones laborales devengadas a favor del personal desvinculado al momento de la transferencia*, TySS, 1995-240.

(22) GALLO, GUSTAVO J., *Solidaridad y transferencia*, TySS, 1997-1099.

(23) POSE, CARLOS, *Breves precisiones sobre el sistema de solidaridad laboral y el plenario "Baglieri"*, DT, 1997-B, 2013.

(24) Ver *op. cit.* en nota 3, p. 76.

el *sucesor.* Las mismas expresiones utiliza el cuarto párrafo para la hipótesis de transmisiones *temporarias.*

El *contrato* es innegablemente el centro de referencia de las disposiciones examinadas y son sus vaivenes los determinantes de las *obligaciones* que *pasan* al *sucesor* y de las que *vuelven* al primitivo *transmitente* (arts. 227 y 228 LCT). Se ha dicho gráficamente que en estos procesos el contrato *viaja* con el establecimiento y, a todas luces, no podría *viajar* un contrato *extinguido.*

Por lo demás, Gallo puntualiza que es imposible ignorar un hecho: los artículos 225 y siguientes integran el Título XI de la LCT, destinado a legislar "*la transferencia del contrato de trabajo*", por lo que no podría válidamente adjudicársele "*efectos ajenos a su propósito, como serían los derivados de contratos de trabajo que ya no existen, o sea, no transferidos*" (25).

En la búsqueda de una inteligencia integral y apropiada de las normas en comentario, junto con el principio *in dubio* (art. 9° LCT), hay que computar que en estas transmisiones de un *establecimiento en marcha,* interesan al *bien común* el desenvolvimiento y certeza del *tráfico comercial* y de la *producción,* conforme lo hicieran notar Justo López y otros autores citados reglones más arriba (26).

En nota al fallo dictado por la Corte Suprema en los autos "Rojas, Faustino A. c. Cía. Embotelladora, S. A.", Rodríguez Mancini detalló las oscilaciones jurisprudenciales que se registraban al definir la *solidaridad* en la transmisión del establecimiento, apreciando que no había una sola lectura, sino tantas como circunstancias particulares se hallen presentes, realzando que "*el derecho y sobre todo la justicia demandan seguridad para poder afirmar su realización plena*" (27).

6. El art. 229 supera en fallas a los anteriores, fallas descriptas por Justo López, quien propició una *interpretación restrictiva* para prevenir superposiciones con el art. 29 e incongruencias, verbigra-

(25) *Op. cit.* en nota 21, p. 1101.

(26) Ver *supra* núm. 3.

(27) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *Distinciones en materia de solidaridad,* DT, 1999-A, 245.

cia, que el *cedente* siguiera ligado a los avatares de la relación del *cesionario* con sus dependientes, hasta cuando decretara un *despido arbitrario*; por lo tanto, la *solidaridad* debía limitarse a las deudas devengadas en el momento de la transferencia de la relación, excluyéndose a las posteriores (28).

Semejante *restricción* doctrinaria de una *transferencia* que requiere la *conformidad* por *escrito* del *trabajador*, no la aceptan pacíficamente ni la doctrina, ni la jurisprudencia, como lo admite Guisado —partidario de aquélla— citando opiniones de Vázquez Vialard y de Centeno (29).

Empero, a las situaciones beneficiosas para el *cedido* con las que ejemplifica Justo López (30), frente al imperativo de facilitar una *reestructuración empresaria*, brindando mayores garantías a quienes deban egresar, en la práctica, se ha recurrido a la fórmula literal del art. 229, garantía que, en verdad, podría pactarse libremente sin el artículo.

7. El uso del instituto de la *solidaridad* en materia de *transmisión* de establecimientos, tuvo una notable excepción en 1995, al sancionarse otra ley de *concursos y quiebras*, la 24.522, que trajo una completa innovación, al preceptuar el art. 199 que: "*El adquirente de la empresa cuya explotación haya continuado, no es considerado sucesor del fallido y del concurso respecto de todos los contratos laborales existentes a la fecha de la transferencia*".

La norma produjo "*un giro de 180 grados en cuanto al carácter jurídico que asume el adquirente de la empresa del fallido*", al disponer justamente lo contrario que el art. 189 de la anterior ley 19.551 (el *adquirente* "*es considerado sucesor del fallido y del concurso*"), echando por tierra "*un basal principio del derecho del trabajo, cual es que el cambio de la persona del empleador no implica extinción del contrato*", principio rechazado para el caso por la doctrina *concursalista* (31).

(28) Ver *op. cit.* en nota 1, t. II, p. 877.

(29) Ver *op. cit.* en nota 15, p. 254.

(30) Conservación del empleo por liquidación de la cedente, obtener un cargo superior, conservando la antigüedad, ver *op. cit.* en nota 1, t. II, p. 878.

(31) LORENTE, JAVIER ARMANDO, *Nueva Ley de Concursos y Quiebras, Ley 24.522*, Gowa, 1995, ps. 326/328.

El art. 189 de la ley 19.551 había generado un debate acerca de si el *sucesor* debía hacerse cargo sólo de la *antigüedad* y de las *modalidades* de desempeño del trabajador o si debía abonar asimismo los *créditos preexistentes* (32).

8. El art. 230 cierra el Título IX de la LCT, estableciendo que lo dispuesto en el mismo *"no rige cuando la cesión o transferencia se opere a favor del Estado"*, acto que, a nuestro juicio, escapa al tema central de esta obra, la *descentralización productiva.*

Por consiguiente, omitiremos el examen de las interesantes cuestiones que envuelve.

9. Para concluir, volvemos al comienzo (ver núm. 1), donde aludimos a los fenómenos socio-económicos y técnicos que vivimos, repitiendo que una *transferencia* puede configurar —con o sin algún ilícito— cierta forma de *descentralización* de las actividades de una empresa y destacando ahora la difusión de esas nuevas figuras que son la *empresa-red* y la *filialización.*

Seguiremos primordialmente una ilustrativa ponencia del catedrático de Barcelona, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (33), base que torna conveniente anotar que así como en la Argentina la temática en estudio se focaliza en el art. 30 de la LCT, en España lo hace en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, mientras que la *transferencia* o la *"sucesión de la empresa"* está legislada en el art. 44.

El autor empieza refiriendo *hechos* concretos, que será bueno reproducir: *"los principales caracteres que han definido y definen los procesos de descentralización productiva experimentados en nuestras economías en las últimas dos décadas han sido, de una parte, su extensión generalizada, rasgo que evidencia que estamos ante una respuesta estructural y no coyuntural a las transformaciones del sistema económico y de otra, su poliformismo, es decir, que manifesta-*

(32) Ver *Algunos aspectos laborales de la nueva ley de concursos y quiebras 24.522*, DT, 1996-A, 221/229.

(33) *Filialización. Grupos de empresas, en Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Congreso Nacional, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie Relaciones Laborales, N° 28, p. 627.

ciones del fenómeno hay muchas y de varia especie, desde las nuevas formas de trabajo a domicilio, hasta las nuevas formas de colaboración entre empresas, pasando por los supuestos tradicionales de subcontratación de obras o servicios".

Describe cómo de la integración *vertical*, que tipificó a las grandes industrias, se pasó a la "*pequeñización interna*" de la empresa, apreciando la capacidad demostrada por esas organizaciones para responder a las crisis económicas cíclicas, para adaptarse a los requerimientos de un mercado turbulento y diversificado, para incorporar innovaciones tecnológicas y para crear empleo. Las grandes corporaciones se reestructuraron tomando como modelo de referencia, más o menos explícito, el de la "*empresa-red*".

Una observación local. La eficacia del rol cumplido por las llamadas *pymes* en otras economías —la italiana, por ejemplo—, impulsó un movimiento en pro de las pequeñas y medianas empresas, reconociéndoles un *status* especial, incluso excluyéndolas del ámbito de aplicación de las leyes laborales, en la medida en que simplifican y facilitan la gestión empresarial de los recursos humanos. En 1995 se sancionó aquí la ley 24.467, de contenido esencialmente *programático*. En el Título III (arts. 83 y sigtes.), relativo a las relaciones de trabajo en las "*pequeñas empresas*", con un plantel que no supere los 40 trabajadores (art. 83, a), se modificaron varios institutos del derecho del trabajo, individual y colectivo, modificaciones que en su mayoría no son directamente operativas. La novedad tuvo resistencia sindical y sus mecanismos no se expandieron (34).

A los fines de la deseada "*pequeñización*", a las grandes empresas se las "*trocea*" en una serie de empresas menores, de las que son titulares sociedades creadas *ad hoc*, con intensísimas participaciones accionariales cruzadas, y se establecen relaciones económicas de colaboración entre ellas, normalmente al dictado de la sociedad matriz del grupo. En paralelo, se reajusta la estructura productiva y de servicios de estas nuevas empresas, ciñéndose a aquellos segmentos del ciclo en los que se aporta *alto valor* añadido y se *externalizan* las restantes.

(34) Para un acabado estudio del Título III de la ley 24.467, con antecedentes doctrinarios y de legislación comparada, véase la obra de LITTERIO, LILIANA HEBE, *Régimen Laboral de las Pequeñas Empresas*, JFM, 1999.

En resumen, Pérez de los Cobos Orihuel interpreta que razones *económicas, tecnológicas, fiscales* y *laborales* han actuado concurrentemente en la puesta en práctica de estrategias de *descentralización-filialización* empresarial, configurándose un nuevo modelo de empresa, que se aparta del *taylor-fordista.*

Si queremos desentrañar el problema jurídico de fondo que subyace en este "*troceo*" de la gran empresa y en la *filialización*, para la ponencia que seguimos, más que a los términos del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, hay que acudir al "*derecho fundamental de la libertad de empresa*", resguardado por el art. 38 de la Constitución española, *libertad* que "*permite a una sociedad dividirse o escindirse en dos o varias y, al mismo tiempo o en momento posterior, traspasar parte de su personal a la nueva persona jurídica*".

Análoga indicación les cuadra en la Argentina a los arts. 30 y 225 a 228 de la LCT, por la amplitud de la garantía constitucional a los derechos fundamentales de "*trabajar y ejercer toda industria lícita*", de "*comerciar*" y de "*propiedad*" (arts. 14, 17, 20 y 75, incs. 18 y 19 CN), que deben conjugarse con el *principio de la libertad* del art. 19.

Por su elocuencia, transcribimos párrafos de Bidart Campos, quien afirmó: "*La constitución no trae ninguna norma expresa que defina un determinado sistema económico. Sin embargo, creemos que de ella surge un principio mínimo que, con carácter general, parece evidente. La ideología de libertad que inspira y da contenido a la constitución desde el preámbulo ('asegurar los beneficios de la libertad') obliga a sostener que en materia económica debe existir un espacio suficiente de libertad para la actividad privada, que quede exento de intervencionismo y dirigismo estatales. Las medidas ordenadoras han de ser suficientemente razonables y moderadas, fundadas en claros fines de bienestar general, y orientadas por el llamado 'principio de subsidiaridad'*" (35).

Consecuentemente, entendemos que, en ejercicio de sus poderes de *organización* y de *dirección* (arts. 64 y 65 LCT), poderes respaldados en aquellas garantías constitucionales a la *libertad de*

(35) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, 1988, t. I, p. 308.

comercio y de industria, es posible que una empresa *segmente,* de manera total o parcial, algún o algunos de los rubros explotados, *sin que sea presumible ningún ánimo fraudulento.*

A grandes rasgos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación coincidió con estos conceptos en el *leading case* "Rodríguez, Juan R. c. Cía. Embotelladora Argentina, S. A. y otro", no atendido unánimemente por tribunales inferiores (ver *supra* núm. 1).

En España —y pensamos que igualmente en nuestro país— las únicas exigencias que condicionan la *legalidad* de las operaciones de *filialización,* son:

a) que lo transmitido constituya un *centro de trabajo* o una *unidad productiva* susceptible de *funcionamiento autónomo;*

b) que la operación no configure un *fraude,* para burlar los derechos de los trabajadores, porque ninguna garantía constitucional vale ante el mismo.

De la doctrina y de la jurisprudencia se extrae el concepto de "*unidad productiva autónoma*", ente que según el Tribunal Supremo, es una "*noción objetiva*", que en el contexto del art. 44 del Estatuto se define "*por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario, para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado*".

Las complicaciones aparecen al escudriñar la actuación de las sociedades. En nuestro módico escenario, en virtud del trajinado art. 30 de la LCT, habrá que indagar, por ejemplo, la "*actividad normal y específica*" de la sociedad *escindida* y de la *nueva* y la clase de contrataciones que lleguen a celebrar; de integrar un *grupo empresario.* la extensión de responsabilidades a otras sociedades dependerá de que se den o no las circunstancias del art. 31.

10. Unas líneas más, con reflexiones del homenajeado sobre estos temas.

El 13/6/1991, al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Vázquez Vialard pronunció un meduloso

discurso dedicado precisamente al impacto de las *rerum novarum* contemporáneas en nuestra disciplina, al que tituló *Desafíos actuales del derecho del trabajo* (TySS, 1991-481); allí exaltó el rasgo fundante del *principio protectorio*, describiendo con rigurosa precisión su desarrollo y vicisitudes a lo largo de la *era industrial*, la presión que los cambios sobrevenidos ejercían en las instituciones básicas y los *remedios* intentados, *flexibilidad, desregulación*, contratos *atípicos, negociación* colectiva *articulada*, etc.

A partir de la premisa que el *derecho* no puede desentenderse de la aparición de otras realidades sociales y económicas, que hacen al *mercado de trabajo*, y que la preocupación por las "*relaciones de trabajo ya constituidas*" no tiene que ignorar "*las fases previas a la constitución del contrato*", apuntó que no debían marginarse a las *personas desempleadas*, que al no hallar ubicación en el *mercado formal*, terminan ingresando en el *clandestino*.

Apuntó también que el esquema de una estado de *bienestar*, pronto a la *distribución*, pero no preocupado por la *producción*, terminó en muchas oportunidades distribuyendo *pobreza*, por lo que se necesita otro tipo de modelo, el de un estado del *desarrollo*, siendo el nivel óptimo para hacer los ajustes que la realidad requiere la vía del convenio colectivo en su versión *dinámica*, que se manifiesta dentro de un concepto de "*negociación articulada*".

Finalizó su disertación marcando que: "*no se trata de dar una solución óptima, que encauce todos los problemas que se plantean con motivo de la relación laboral, lo que de suyo es una ilusión no siempre alcanzable, pero sí establecer pasos, pequeños quizá, para alcanzar formas más humanas de vida*".

Teletrabajo

Por Juan Carlos Fernández Humble

Capítulo I

Introducción

Para delimitar la materia a tratar en esta colaboración debo hacer dos puntualizaciones necesarias y una mención al contexto tecnológico.

Como una manifestación posible, pero no necesaria, de descentralización productiva, aquí me voy a ocupar exclusivamente de la deslocalización de la prestación laboral, a un lugar externo del establecimiento del empleador, aceptando que esta deslocalización se manifiesta de tres modos, el trabajo a distancia, el trabajo a domicilio y el teletrabajo.

Una segunda precisión es que al tratar el teletrabajo me ceñiré al prestado en relación de dependencia, sin ocuparme de la posibilidad que se ejecute en forma autónoma.

CAPÍTULO II

EL CONTEXTO

SUMARIO: A. Las nuevas tecnologías.— B. La descentralización.— C. La deslocalización.— D. Teletrabajo - Concepto.— E. Concepto del teletrabajo en la Unión Europea.— F. Ventajas y desventajas del teletrabajo

A. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

En cuanto al contexto no es posible eludir el fenómeno de permanente cambio tecnológico generador de una verdadera revolución, sustentada precisamente en las nuevas tecnologías, en particular en las comunicaciones y el manejo de la información.

En los últimos años la tecnología ha evolucionado de tal manera que ha obligado a cambiar los hábitos de vida de la sociedad contemporánea. Basta pensar simplemente en el transporte, el entretenimiento, la medicina, y —fundamentalmente— en la información y las comunicaciones por la incomparable calidad y cantidad de información que hoy circula en el mundo gracias a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs).

Con la introducción de este nuevo tipo de máquinas, se entró en la sociedad post-industrial, lo que se llama Sociedad de la Información (1). La "Era digital" designada como "post moderna" (Enzioni); "tecnológica" (Ellul); "tecnotrómica" (Borzezinski); "post industrial" (Kahn Wiener); "neoindustrial" (Valashakis); "de la aldea

(1) CIVIL, CRISTINA Y MARCH, MONSERRAT, *Implantación del teletrabajo en la empresa*, Barcelona, Febrero de 2000.

global" (Mc Luhan); según la enumeración de Jorge M. Galdós (2) y Cardona Rubert (3).

Como lo señalé en un trabajo anterior (4), para Alvin Toffler, la forma de vida del hombre se modificó por tres "revoluciones". La primera ocurrió cuando pasó de una civilización nómade de cazadores, a la agricultura, en poblados permanentes y ello trajo la propiedad y el comercio. La segunda, es la revolución industrial que se operó aproximadamente diez mil años después de ocurrida la primera. La tercera revolución o la tercera ola, es la de la información, que apareció apenas dos siglos después de la industrial. Hay países que todavía están entrando en la primera, o en la segunda revolución y ya soportan el shock de la tercera (5).

Por ello acuñó la frase "La tercera ola" para describir esta nueva generación de cambios tecnológicos, que no sólo se caracteriza por el desarrollo y la distribución de la información, sino —especialmente— por el modo en que ello se realiza: nos encontramos en plena era digital (6).

Estas novedades las recogió Miguel Angel de Virgiliis (7) cuando a modo de introducción señala que "al abrir una computadora ingresamos a un 'nuevo' mundo, desconcertante, que no parece tener límites, en donde las zonas geográficas se unifican y los husos horarios se desdibujan".

En la era del conocimiento aludida por Hugo R. Carcavallo (8), con las vertiginosas mutaciones operadas gracias a la evolución tecnológica unidas a los efectos de la globalización, se producen

(2) JA, 4/7/2001, Doctrina, p. 2, *Responsabilidad civil e Internet: algunas aproximaciones.*

(3) CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN, *Informática y contrato de trabajo,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

(4) *Aspectos laborales en la utilización de los medios informáticos,* TySS, 2001-731.

(5) TOFFLER, ALVIN, *El shock del futuro.*

(6) GALDÓS, JORGE M., *op. cit.*

(7) *El Teletrabajo - La nueva realidad virtual,* DE VIRGILIIS, MIGUEL ANGEL y DE VIRGILIIS, MARTÍN IGNACIO, Revista de Derecho Laboral, 2003-2-343.

(8) CARCAVALLO, HUGO R., *El cincuentenario del art. 14 bis de la Constitución Nacional,* Academia del Plata, 2008.

flamantes fenómenos que alteran las formas de comunicarse, de producir, de comerciar y hasta de vivir, por lo cual "parejamente alteraron las formas de trabajar". La industria ha sido desplazada por los servicios con la difusión del teletrabajo y de nuevos quehaceres, todo lo cual justifica las variaciones que debe asumir el derecho del trabajo al que se le reclaman adaptaciones o fórmulas apropiadas a la nueva realidad.

Claudia Pérez Troncoso (9) reseñó el origen del teletrabajo que apareció por primera vez en los años 60 en los Estados Unidos, como consecuencia de los estudios sobre cibernética hechos por el Profesor N. Wiener. Sin embargo no es sino hasta 1976 cuando el autor norteamericano, Jack Nills aportó el término "Teletrabajo", entendiéndolo como llevar el trabajo al trabajador en vez del trabajador al trabajo, a través del uso de las nuevas tecnologías y las telecomunicaciones, es aquello de "vivir acá", trabajar allá; ganar allá y gastar acá.

Otras opiniones destacaron que nos encontramos en la etapa de transición de una sociedad de servicios a una sociedad de la información en la que se multiplican de actividades en las cuales se emplean las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) que para Confalonieri (10) han influido en gran medida para generar mutaciones relevantes en la organización de la empresa y desataron una explosión de posibilidades de acceso de las personas a la información y al conocimiento modificando en muchos casos la organización y modalidades del trabajo (11).

Avanzando en los conceptos, las mencionadas TICs comprenden el conjunto de recursos y métodos que, convenientemente asociados, permiten el adecuado registro, tratamiento, transformación, almacenamiento, utilización, presentación y circulación de la información (12).

---

(9) *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo - Grupo de los Miércoles,* p. 149, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª ed., 2000.

(10) *El control del trabajador por medio de cámara de video,* DT, 2008-A, 593.

(11) BIRGIN, OSCAR y FREIDENEBERG, LELIO, *Concepto y problemática del teletrabajo,* DT, 2004-A, 334.

(12) Ministerio de Justicia de la Nación, Plan Nacional de Reforma Judicial, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Buenos Aires, 1999, p. 357.

B. LA DESCENTRALIZACIÓN

Otro concepto a definir es el de descentralización que, a los fines del presente es la forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios mediante el recurso a la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades (13).

En una postura similar se expide Valverde Asencio (14), que entiende que la descentralización productiva es toda externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades de ciclo productivo que previamente se desarrollaba por una empresa.

Para Confalonieri (h.) (15), la descentralización viene asociada a la contratación y subcontratación pero admite también que se puede descentralizar o externalizar puestos o lugares de trabajo y que la descentralización se concrete mediante el trabajo a domicilio o el teletrabajo, calificable como deslocalización.

C. LA DESLOCALIZACIÓN

Puede sostenerse que la deslocalización, como prestación fuera del establecimiento, es el género y las especies son el trabajo a distancia, el teletrabajo y el trabajo a domicilio. El trabajo a distancia, es aquel que se ejecuta fuera del establecimiento porque no es posible hacerlo adentro (viajantes, APM, inspectores de seguros, equipos de mantenimiento itinerante, promotores, inspectores de higiene y seguridad, veterinarios, certificadores, guías de turismo, etc.). Sin perjuicio que hay ocupaciones a distancia que además pueden adaptarse al teletrabajo de forma sencilla como los agentes de viajes, escritores, vendedores, o receptores de pedidos de catá-

(13) VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO, *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*, DT 202-A.

(14) VALVERDE ASENCIO, ANTONIO JOSÉ, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, AAVV, Director Salvador del Rey Guanter, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

(15) *Descentralización productiva*, Ponencia oficial presentada en las XIV Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Rosario-Santa Fe, 1, 2 y 3 de septiembre de 2005, DT, 2005-B, 1695.

logos, reservas, agentes inmobiliarios; libreros; programadores de ordenadores; abogados, agentes de compra; oficinistas contables; secretarias; auxiliares administrativos; agentes de seguros; agentes de seguridad; analistas de sistemas; calculistas; ingenieros; asesores de formación profesional o educativos; personal de relaciones públicas, analistas de trabajo, procesadores; operadores de ordenadores; oficiales de banca en finanzas, créditos, agentes de visitas, entre otros; arquitectos; procesadores de textos; oficinistas de entrada de datos, etc.

En general el trabajo deslocalizado, o "fuera del establecimiento del empleador", puede concretarse de muy diversas maneras, y ser en el domicilio, en centros de computación, itinerante, visitando clientes, cubriendo acontecimientos periodístico.

Como ya señalé la deslocalización no necesariamente se identifica con una descentralización empresaria cuando es por contratación o subcontratación. Pueden asignarse tareas deslocalizadamente al personal de una empresa sin llegar a una descentralización (16) y también que mediante la deslocalización se haga efectiva una descentralización (17). Descentralización que se origina en la "hipercompetividad", según Salvador Rey Guanter, en el Prólogo de un trabajo, de nueve autores, que desarrollan el tema desde el punto de vista del derecho del trabajo individual, colectivo y seguridad social (18).

D. TELETRABAJO - CONCEPTO

En cuanto al teletrabajo, como bien lo señaló Juan Angel Confalonieri (h.) (19), la doctrina científica no ha podido construir un criterio uniforme para definirlo y por ello reseñaré a continuación

(16) CONFALONIERI, JUAN A., *El control del trabajador*, DT, 2008-A, 593.

(17) *Cuarenta y dos estudios ....* (*op. cit.*), Grupo de los Miércoles, en particular el Capítulo de CLAUDIA PÉREZ TRONCOSO y el de la deslocalización tratada por MARÍA JOSEFINA PLA REGULES, ps. 86 y sigtes., con cita de LYON CAEN, G., *Derecho del trabajo o derecho del empleo*, en el homenaje al Prof. H.H Barbagelata y Adriana Xalambrí Medici, ps. 149 y sigtes., Montevideo, FCV, 1997, p. 284.

(18) REY GUANTER, SALVADOR, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 1ª ed., abril 2001.

(19) *Descentralización productiva, op. cit.*

las distintas conceptualizaciones que ha merecido esta forma de prestar servicios deslocalizados, o sea fuera del establecimiento del empleador".

En una primera aproximación, la doctrina coincide que el teletrabajo es toda actividad que se realiza fuera de los locales de trabajo de la empresa a través del uso generalizado de herramientas informáticas y de las telecomunicaciones.

Así, algunos autores otorgan una mayor importancia al lugar de cumplimiento de la prestación y su distancia con las oficinas o locales de la empresa receptora del servicio. Otros, en cambio, se han centrado en el uso de las tecnologías de la información, como elemento fundamental, llegando incluso a cuantificarse dicho uso, estableciendo mínimos para determinar cuando estamos frente a teletrabajo.

Hay quienes toman en cuenta elementos novedosos como el aislamiento del trabajador respecto a sus compañeros de trabajo. Así Di Martino y Wirth expresan que el teletrabajo es "cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o talleres centrales, el trabajador no mantiene contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías" (20).

Según otras posiciones el teletrabajo es toda forma de trabajo que no requiere la presencia de la persona en la oficina o planta de la empresa mediante el uso de telecomunicaciones con lo cual la mediación tecnológica es elemento central, para su realización debiendo actuar elementos telemáticos, ya sea computadoras, teléfonos o cualquier otra de las denominadas TIC's, sin que el teletrabajo sea una profesión, sino una forma de desarrollar una tarea "lejos de la empresa o lugar habitual de trabajo" pero "mediante la utilización de medios telemáticos" (21).

Para Gustavo Marambio Catan (22) cuando se habla de "teletrabajo informático a domicilio" no se refiere sólo a aquel trabajo

(20) Rev. Internacional del Trabajo, vol. 109, 1999, Nº 4, p. 471.

(21) BIBIANA LUIS, CLARA, *El teletrabajo. La opción de hoy*, junio 2001, REDI Nº 35.

(22) MARAMBIO CATAN, GUSTAVO, *Trabajo informático a domicilio*, DT, 2000-A, 1237.

realizado en el domicilio del trabajador o en otro lugar distinto del establecimiento o sede central del empleador para el cual se trabaja, debiendo usar como herramienta la tecnología aportada para la informática y los nuevos medios de comunicación. Lo que define el trabajo informático a domicilio es el lugar y la herramienta que se utiliza, no el servicio que brinda.

Por su parte, Lelio Birgin Freiderberg y Oscar Birgin (23), más allá de las definiciones, consideran que resulta de fundamental importancia el circunscribir el concepto de teletrabajo, lo que hacen a partir de los recaudos necesarios que son: 1) que el lugar donde se ejecutan las tareas se encuentren ubicado fuera del ámbito de la empresa; 2) que se utilice tecnología informática y/o de telecomunicación, tanto en el enlace entre el trabajador y la empresa, como en el tratamiento de los datos; y 3) para estos autores hay un tercer elemento, que el trabajador "aporte valor" mediante el uso intensivo de las tecnologías de la informática.

Por eso, para esta doctrina, la conjunción de estos tres elementos constituye una condición indispensable para que se constituya el teletrabajo y la mera utilización de herramientas de comunicación y tratamiento electrónico de datos no es lo que define para ellos el teletrabajo, pues con este criterio estarían incluidas una cantidad muy amplia de actividades como ser la de todos aquellos que utilizan la transmisión de información vía telecomunicaciones o informática (periodistas, viajantes de comercio, agentes de propaganda médica), o de quienes transmiten o reciben información por e-mail, fax teléfono, etc., cuando no agrega un valor a la información recibida.

A los fines de esta postura los autores conceptualizan el requisito de "agregar un valor" y afirman que ello implica que la persona que ejecuta la tarea, recibe la información por las vías indicadas o por medio de un soporte electrónico y con esos datos, a los efectos de realizar el trabajo encomendado, los emplea, modifica o transforma, mediante la utilización de herramientas informáticas, para generar la labor requerida.

Por ello, no es un teletrabajador, la persona que utiliza medios informáticos y/o de comunicación para enviar información, como

(23) *Concepto y problemática del teletrabajo*, DT, 2004-A, 334.

podría ser un corresponsal que transmite notas vía e-mail, fax o teléfono, y no "agrega" valor alguno a la tarea encomendada sino que utiliza una tecnología al solo y único efecto de comunicar a su empleador el trabajo efectuado.

De tal modo, entienden que, una definición del teletrabajo requiere que el trabajo sea realizado por una persona física, fuera del ámbito de la empresa, mediante la utilización intensiva de técnicas de informática y que implique el aporte de valor agregado.

Miguel Angel De Virgiliis y Martín Ignacio de Virgiliis (24), coinciden en la exigencia de los tres elementos al definir que el teletrabajo es el fenómeno que consiste en la ejecución de todo trabajo por parte de personal vinculado con la entidad destinataria del mismo sin la presencia física del trabajador en esta última, utilizando a tales efectos métodos de procesamiento electrónico de información —tecnologías de la información y la comunicación TIC—, manteniéndose contacto entre las partes a través de la utilización regular de medios de comunicación idóneos y que genera un "valor agregado".

Para Francisco Costa (h.), en un completo informe que tengo particularmente en cuenta (25), el teletrabajo designa a aquellas actividades ejercidas lejos de la sede de la empresa, a través de la comunicación diferida o directa por medio de las nuevas tecnologías y coincidiendo con Jack Nills posibilita enviar el trabajo al trabajador en lugar de enviar el trabajador al trabajo.

De las opiniones y normas aludidas hasta aquí, resultan los elementos que integran la noción de teletrabajo.

Reitero entonces que como primera medida, debe tenerse presente que no todo trabajo a distancia implica una descentralización por externalización del lugar de prestación de servicios como ocurre con las tareas que sólo pueden cumplirse fuera del ámbito físico de la empresa (p.ej. las que realizan los viajantes de comercio, los inspectores de compañías de seguros, los visitantes médicos).

(24) *Op. cit.*

(25) COSTA, FRANCISCO (H.), Monografía presentada en el Programa Anual de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, promoción 2002.

A diferencia de ello, hay tareas que pueden cumplirse dentro de la empresa, pero que, por razones organizativas, son desplazadas o deslocalizadas hacia su exterior. En este caso se esta delante de una hipótesis de teletrabajo si se utilizan las TIC's, que puede o no constituir una descentralización.

Coincido con Confalonieri en que el trabajo a domicilio y el teletrabajo, constituye una fiel expresión de trabajo a distancia, pero para que se configure un característico teletrabajo, hay que tener en cuenta lo expresado en el Acuerdo Marco Europeo (Bruselas, 16/6/2002), cuando requiere que *"el trabajo, que también podría ser ejecutado en el local del empresario, es realizado fuera de este local..."*

En consecuencia, a los elementos admitidos, deslocalización y el uso de las TIC's, se agrega este tercer elemento, la posibilidad de ejecutarse el trabajo en la sede del empleador. Con ello se distingue claramente el trabajo a distancia de un viajante, que pasa pedidos usando los TIC's y un teletrabajador, porque el viajante no podía prestar su servicio en el local del empleador ya que para ser tal debe visitar a los clientes (26).

Reitero que para la configuración de la noción de teletrabajo debe recurrirse a la utilización de medios informáticos y de telecomunicaciones (computadoras, modems, telefonía celular, videotelefonía, fax, correo electrónico, internet, etc), y además a la externalización del lugar de trabajo, por el que ambas condiciones deben estar presentes conjuntamente; pero que ello no sea circunstancial, sino constante o habitual. A estos dos elementos exige un tercero que el trabajo pueda ejecutarse dentro del establecimiento.

Por eso Confalonieri agrega que la prestación de servicios deba cumplirse "preferentemente" fuera de la empresa, utilizándose, "habitualmente", herramientas informáticas y de telecomunicaciones.

La habitualidad en el uso de dichas herramientas, también se pone de relieve en la definición del reglamento italiano Nº 70, del

(26) GARCÍA MARTÍNEZ, *Régimen jurídico de los viajantes de comercio*, ps. 9 y 10, Ed. Zavalía; y FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Los viajantes de comercio ante las leyes del trabajo*, Ed. Contabilidad Moderna, p. 22.

8 de marzo de 1999, "... *con el prevalente soporte de tecnología de la información y de la comunicación, que permita la unión con la administración de que depende".* A su vez, el hecho que la actividad del trabajador sea cumplida, básicamente, fuera del ámbito físico de la empresa, aparece en el Acuerdo Interconfederal Italiano de recibimiento del Acuerdo Marco Europeo "*...donde la actividad laborativa, que podría ser ejecutada en los locales de la empresa, es regularmente ejecutada fuera de los locales de la misma".*

En el Convenio 177 de la OIT, se descarta expresamente la posibilidad de considerar como trabajador a domicilio, a quien realice su trabajo ocasionalmente en su domicilio *"...una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual..."*

Sin embargo, ninguna de las normas citadas, especifica cuál es el tiempo o la medida que deberá tenerse en cuenta para determinar, por un lado, que hubo uso prevalente del material informático y de telecomunicaciones y, paralelamente, que la prestación de servicios se desarrolló regularmente fuera de la empresa.

Por este motivo Confalonieri opina que en nuestro medio, se abre una posibilidad para que la solución sea brindada por la negociación colectiva, en la cual se podrán fijar los mínimos temporales correspondientes, a fin de complementar lo dispuesto en el Convenio 177 de la OIT.

Dichos mínimos, según el autor, permitirán distinguir entre el ***teletrabajo ocasional***, que será el que no llega a cumplir con la exigencia mínima de tiempo y que, por tanto, resultará ajeno al régimen aplicable a los teletrabajadores, del teletrabajo permanente, comprensivo, a su vez, de dos variantes: continuo, cuando toda la jornada se cumple fuera de la empresa utilizando medios informáticos y de telecomunicaciones, y discontinuo, cuando una parte de la jornada de trabajo, alcanza los mínimos temporales requeridos (27).

(27) El tema es analizado también por DÍAZ, VIVIANA L., *Las TICS en el desarrollo de nuevas formas de empleo*, RDLSS-2005-1719.

Confalonieri agrega a las tipologías apuntadas, en base a las definiciones de los cuerpos normativos que han sido citados y a los elementos constitutivos de la noción de teletrabajo que se acaban de analizar, las siguientes modalidades: a) teletrabajo domiciliario, cuando la prestación de servicios se cumple en el domicilio del trabajador o de alguna otra persona (puede ser un familiar o amigo); b) teletrabajo en telecentros, siempre y cuando éstos no pertenezcan a la empresa, dado que si esto fuera así no habría una auténtica externalización del lugar de trabajo; c) teletrabajo itinerante, cuando las tareas se cumplan en distintos lugares (hoteles, aeropuertos, automóviles, empresas, clientes, etc; d) teletrabajo nacional (realizado dentro de las fronteras de un país); e) teletrabajo transnacional (el trabajador cumple tareas en otro u otros países distintos al de ubicación de la empresa que recibe sus servicios); f) teletrabajo sin conexión permanente a una terminal (*off line*), en cuyo caso las instrucciones para la realización del trabajo y el resultado del mismo se reciben y entregan por otros medios (correo convencional, mensajería, etc); g) teletrabajo con conexión permanente (*on line*), hipótesis que a su vez, permite diferenciar: h) las conexiones en una sola dirección (*one way line*), que si bien permiten recibir el material elaborado por el trabajador, no posibilitan un control permanente de aquél en el desarrollo de su trabajo; i) de las conexiones bidireccionales, en las que el contacto entre la empresa y el trabajador es permanente, pudiendo ser controlado este último de modo continuo; j) se admite que el teletrabajo sea por cuenta ajena o por cuenta propia (autónomo), alternativa esta última que no trato en esta nota.

E. Concepto del teletrabajo en la Unión Europea

En cuanto a las definiciones del teletrabajo en los ordenamientos legales de los países de la Unión Europea (UE), Confalonieri rescata el ordenamiento italiano, que cuenta con una definición inserta en el reglamento aplicable al teletrabajo en la administración pública). Dice el art. 2.1.b) de la citada reglamentación: "A los fines del presente se entiende... por teletrabajo, la prestación de trabajo del dependiente de una de las administraciones públicas... en cualquier lugar considerado idóneo, situado fuera de la sede de trabajo, donde la prestación sea técnicamente posible, con el prevalente soporte de tecnología de la información y de la comunicación , que permita la unión con la administración de que depende".

Von Potobsky señala que en el punto 2 del Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo, suscripto en Bruselas el 16 de julio de 2002 (28), las tres grandes confederaciones europeas (Confederación Europea de Sindicatos - CES - Unión de Industrias de la Comunidad Europea - UNICE y Confederación Europea de Empresas Públicas - CEEP), junto con las Confederaciones Europeas de Cuadros y la Asociación de Artesanos y Pymes, firmaron el ***Acuerdo marco sobre el teletrabajo***.

El Acuerdo marco permite una suficiente flexibilidad en su implementación, a fin de tener en cuenta las necesidades específicas de las partes sociales implicadas, no debiendo gravarse innecesariamente a las pymes.

El teletrabajo es definido como una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la informática, en el marco de un contrato o de una relación de empleo, en la que un trabajo que también podría realizarse en los locales del empleador es llevado a cabo fuera de los mismos de una manera regular. El teletrabajo es voluntario: si el empleador lo ofrece, el trabajador es libre de aceptarlo o de rechazarlo, y viceversa. De todos modos, el empleador debe suministrar una información escrita al trabajador sobre las tareas a realizar, el convenio colectivo aplicable, etc.

Un rechazo por parte del trabajador de esta modalidad de trabajo no puede ser motivo de despido o de cambio de las condiciones de empleo.

a) Los trabajadores *gozan de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos* a los trabajadores en situación comparable que desempeñen sus tareas en los locales de la empresa. Pero pueden ser necesarios acuerdos colectivos o individuales complementarios para tener en cuenta las características especiales del teletrabajo.

b) Incumbe al *empleador tomar las medidas necesarias para asegurar la protección de las informaciones* utilizadas necesarias para asegurar la protección de las informaciones utilizadas o tratadas por el teletrabajador para fines profesionales,

(28) VON POTOBSKY, GERARDO, *Tendencias del Derecho del Trabajo,* Crónica Internacional 1993-2002, El Derecho.

y este último deberá conformarse a las normas legislativas y los reglamentos de la empresa a este efecto.

c) El empleador debe *respetar la vida privada del teletrabajador y todo método de supervisión debe ser proporcional al objetivo* buscado y seguir las disposiciones de la directiva 90/270 relativa a las pantallas de visualización.

d) Por regla general, corresponde *al empleador proveer, instalar y realizar el mantenimiento de los equipos* necesarios, salvo si el teletrabajador utiliza sus propios equipos.

e) Así como cubrir los *costos directos* del trabajo y en particular los relativos a las *comunicaciones y suministrar el apropiado apoyo técnico.*

f) El empleador es responsable de la protección de *la salud y seguridad* profesional del teletrabajador, conforme a la directiva 89/391 y otras directivas específicas, la legislación nacional y los convenios colectivos pertinentes.

g) *Debe informar al teletrabajador sobre la política de la empresa* en esta materia, específicamente en lo relativo a las pantallas de visualización. A fin de verificar la aplicación correcta de las disposiciones respectivas, el empleador, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes.

h) *Tendrán acceso al lugar* en que se realiza el trabajo, dentro de los límites establecidos por la legislación y los convenios colectivos nacionales.

i) Si el trabajo se realiza en el *domicilio* del teletrabajador, éste *debe ser preavisado y dar su consentimiento.*

j) Los teletrabajadores organizan su *tiempo de trabajo* en el marco de la legislación, los convenios colectivos y los reglamentos de la empresa.

k) La carta de trabajo y los *criterios de desempeño deben ser equivalentes* a los aplicados en el caso de los trabajadores en *situación comparable* dentro de la empresa.

l) El empleador debe asegurar que *se tomen medidas para evitar el aislamiento* de los teletrabajadores, incluyendo *las posibilidades para reunirse* con sus colegas.

m) *Acceso a las informaciones de la empresa.*

n) Los teletrabajadores deben tener el *mismo acceso a la información* profesional.

o) Estar sometidos a la *misma política de evaluación* que los trabajadores en *situación comparable* de la empresa.

p) Además tendrán los *mismos derechos colectivos* que estos últimos podrán igual que ellos *participar y ser candidatos* en elecciones a órganos de representación del personal.

q) *No tendrán obstáculos para comunicarse con tales representantes.*

A su vez, en Italia, el 9 de junio de 2004, se aprobó el Acuerdo Interconfederal de recibimiento del Acuerdo Marco Europeo, cuyo art. 1º da la siguiente definición: *"El teletrabajo constituye una forma de organización y/o de ejecución del trabajo que se vale de la tecnología de la información en el ámbito de un contrato o de una relación de trabajo, donde la actividad laborativa, que podría ser ejecutada en los locales de la empresa es regularmente ejecutada fuera de los locales de la misma".*

F. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL TELETRABAJO

En general en la doctrina se han descripto ventajas y desventajas desde el punto de vista del trabajador, del empleador y de la sociedad (29).

Como ventajas para el trabajador se menciona la flexibilidad, tanto de horarios como del orden de las tareas a afrontar; la posibilidad de combinar de forma aceptable y satisfactoria la vida laboral y la familiar; que le permite dedicar más tiempo a la familia; participar en tareas como el cuidado de los hijos, de ancianos o con incapacidades, la reducción de los desplazamientos, y para algunos, la reducción de estrés.

(29) COSTA, FRANCISCO, *op. cit.;* MARAMBIO CATAN, GUSTAVO, *Trabajo infomático a domicilio*, DT, 2000-A, 1237 y CASIO MEZQUITA BARRIOS, *Direito e Internet Teletrabajo*, Ed. Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2001.

En cuanto a las ventajas para el empleador se han mencionado la reducción de los costos, sobre todo los de uso de inmuebles, mobiliario, transporte; y que las nuevas estructuras de dirección apuntan a una organización no piramidal, sino más bien horizontal, con una eventual migración hacia un sistema de control por objetivos-resultados.

Respecto de las ventajas para la sociedad se puntualizó la reducción del tráfico y de la consiguiente contaminación; el ahorro de tiempo por parte de los trabajadores que dejan de usarlo en sus desplazamientos, que puede favorecerse el desarrollo de zonas aisladas o marginales; propiciar la integración e incorporación a la vida laboral de segmentos de la población que tradicionalmente no han recibido una adecuada atención; constituyendo una forma de lucha contra el desempleo; permitiendo la contratación de personal calificado de cualquier parte del mundo; y aprovechando los husos horarios para obtener una continuidad en el servicio; siendo una posibilidad para la mujer trabajadora que tiene hijos.

También se han enumerado algunas desventajas para el trabajador por la sensación de soledad, la falta de interacción diaria entre los compañeros y la dificultad de algunos trabajadores de compaginar trabajo y familia. Por eso se han aconsejado programas para que participe el teletrabajador en reuniones informativas; envío de mailing con información; envío de documentación, la obligación de concurrir a la sede de la empresa algunas horas o días a la semana y participar en los programas de capacitación.

En esta misma orientación se inscribe la OIT que ha formulado recomendaciones en el sentido de que se reconozca al teletrabajador la condición de asalariado y que gocen de los mismos regímenes de prestaciones sociales que los empleados internos, con similitud en los sistemas de retribución, haciendo referencia clara a la carga horaria, con posibilidad de actividad sindical, reintegro de gastos e inversiones, previendo sistemas de contacto con otros empleados, con idéntica posibilidad de promoción, incluyéndolos en los programas de formación.

Dentro de esas recomendaciones se incluye el carácter voluntario de la asignación de estas tareas, que los lugares de trabajo reúnan todos los requisitos de seguridad y salud laboral, y que se

facilite la acción de los representantes sindicales, entre otras directivas. Hay que tener en cuenta además las precisiones que contiene el Acuerdo Marco al que me referí antes y que refleja la atención enfocada en algunas particularidades del teletrabajo.

CAPÍTULO III

CONVENIO Nº 177 DE LA OIT. LEY 25.800

En la Argentina, desde que fuera ratificado por medio de la ley 25.800 el Convenio sobre Trabajo a Domicilio de la OIT Nº 177 (1), cuenta con una definición supralegal del trabajo a distancia, dentro de la cual queda subsumido el teletrabajo, dado que la misma, por un lado, no circunscribe el lugar de prestación de servicios al domicilio del trabajador y, por el otro, contempla la utilización del instrumental necesario para teletrabajar (2) y también la opinión de Von Potobsky (3).

El art. 1º del Convenio Nº 177 dice que: "*A los efectos del presente Convenio a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; ii) a cambio de una remuneración; iii) con el fin el elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello...*".

(1) TySS, 2003-1052.

(2) IZQUIERDO, ROBERTO, en *Ley de Contrato de Trabajo*, dirigido por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, p. 182, donde además se aclara que para nuestro país está vigor desde el 1/8/2007.

(3) VON POTOBSKY, GERARDO, *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por MARIO AKERMAN, t. I, ps. 496 y sigtes.

Capítulo IV

Aplicación del derecho del trabajo

Sumario: A. Trabajo a domicilio - Ley 12.713; Comparación entre la ley 12.713 y el Convenio 177.— B. El artículo 175 de la LCT.

Como aclaré al comienzo, este trabajo tiene un ámbito de análisis limitado y su objeto se ciñe a teletrabajadores en relación de dependencia y dejo de lado la otra posibilidad que es la prestación autónoma.

Desde esta postura, reconocida la subordinación o dependencia, se activa lo que Adrián Goldin (1) calificó como la "llave maestra" y se habilita la aplicación de las normas del derecho del trabajo por estar dentro de sus límites personales (2).

Aceptado entonces que estamos ante un trabajador en relación de dependencia, sujeto a esta rama del ordenamiento jurídico, cabe la pregunta si existen diferencias entre trabajo a distancia, teletrabajo y trabajo a domicilio y si ellas son de tal magnitud que estas modalidades impongan una regulación expresa y particular en las normas laborales, y por lo tanto que se justifique un "régimen jurídico específico" por la "naturaleza y modalidades de la actividad" (3) —Antonio Vázquez Vialard (4)—.

---

(1) *El futuro del derecho del trabajo,* DT, 1997-1507.

(2) Guisado, Héctor César, *Tratado de Derecho del Trabajo,* dirigido por Ackerman, t. I, p. 656.

(3) Izquierdo, Roberto, *op. cit.*

(4) Vázquez Vialard, A., *Ley laboral común y especial,* DL, 2003-2-9.

Personalmente creo que el trabajador "deslocalizado" a distancia o el teletrabajador no se apartan sustancialmente del empleado común y sólo se justifica el dictado de disposiciones particulares respecto de algunos puntos que son los que analizaré en el próximo capítulo (Aspectos del teletrabajo que requieren análisis especiales) , pero antes voy a referirme a normas laborales vigentes que, entiendo, no son aplicables al teletrabajo.

A. TRABAJO A DOMICILIO - LEY 12.713

Para ir despejando el tema, en primer lugar es necesario efectuar un análisis del trabajo a domicilio, que es otra manifestación de la deslocalización de las prestaciones a un lugar externo, y su regulación legal en el país.

Actualmente, luego de la ratificación del Convenio de la OIT Nº 177 de 1996 por la ley 25.800, el trabajo a distancia, que además se ejecuta en el domicilio del trabajador, tiene dos regulaciones distintas, el trabajo a domicilio encuadrado en la ley 12.713 (B.O. 12/9/1941) y el que presta un servicio en el domicilio o en otros lugares que escoja distintos de los locales del empleador y me apresuro a señalar que es evidente la inaplicabilidad de la ley 12.713 de trabajo a domicilio, y para el caso del teletrabajo aunque se ejecute en el domicilio del trabajador.

La legislación especial de la ley 12.713 se limita a actividades o tareas fundamentalmente artesanales o manuales, por lo cual no puede aplicarse al moderno teletrabajo que es un servicio.

Helia Henriquez Riquelme en su colaboración "El trabajo a domicilio: Una transformación que requiere afirmar el diagnóstico" (5), afirma que el trabajo a domicilio ha experimentado cambios importantes y que entre las tendencias relevantes está su extensión a actividades que son bastantes distintas de aquellos rubros industriales tradicionales en los que siempre ha tenido peso en el trabajo a domicilio. La extensión del trabajo a domicilio a nuevos sectores

(5) *Trabajo a domicilio en el Siglo XXI - Tres miradas sobre el teletrabajo,* Cuadernos de investigación, Cuaderno Nº 26, Dirección del Trabajo. Departamento de estudios. Santiago de Chile. diciembre 2005.

productivos la describe como un paso "de la confección a la computación" o de la "*máquina de hilar al computador*", expresión que la autora atribuye a Rosario Gallardo Mora, profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La expansión la encuentra en el sector servicios y también en el comercio, donde el trabajo a domicilio se ha instalado y expandido ampliamente, en especial en la venta de bienes o servicios y en el rubro "trabajos profesionales" como asesoría, análisis, consultoría, con un elevado porcentaje de trabajadores a domicilio.

Según la autora, con referencia a Chile y otros países latinoamericanos, las mediciones muestran la extensión del trabajo a domicilio de actividades distintas a las industriales como química, electrónica, editorial, gráfica y múltiples servicios personales de turismo, diversión y técnicos.

Antes de efectuar una comparación entre la ley 12.713 y el Convenio de la OIT Nº 177, vale la pena formular alguna referencia a la terminología usada cuando se indica el "lugar de prestación de los servicios".

En efecto, se menciona el *"establecimiento"* (definido en el art. 6º de la LCT) o el *"centro de trabajo"*, que viene de la normativa española (6) o *"lugar de trabajo"* en la disposiciones internacionales, que el art. 3º, inc. c) del Convenio 155 OIT define "como sitio donde el trabajador tiene que pertenecer y acudir por razones de trabajo y que está bajo el control directo o indirecto del empresario" y también se alude a *"locales"*, el *"local"* o la *"dependencia"*, que son los vocablos que utiliza la LCT, en el art. 175 al referirse a la prohibición de trabajo a domicilio de mujeres ocupadas (más adelante haré una referencia a esta norma cuando trate la jornada).

Quiere decir que el trabajo fuera de todos esos "lugares" sería un supuesto de externalización y entonces aparecen otras denominaciones de "lugares" externos como *"una habitación"* o *"la vivienda"*, *"el local del tallerista"*, *"domicilio del trabajador"*, *"otros locales que escoja"*, para configurar el trabajo a domicilio.

(6) *Descentralización Productiva y Relaciones Laborales*, AAVV, DEL REY GUANTER, SALVADOR, Cap. I, p. 32, "Elemento locativo", Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

Comparación entre la ley 12.713 y el Convenio 177

LEY 12.713	LEY 25.800
AMBITO	
a) La vivienda del obrero o un local elegido por él, para un patrono, intermediario o tallerista. b) En la vivienda o local de un tallerista. c) Establecimientos de beneficencia de educación o de corrección.	En el domicilio del trabajador o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador.
SOLIDARIDAD	
Los empresarios, los intermediarios y talleristas que contraten un trabajo a domicilio son responsables solidariamente de: a) pago de salarios; b) accidentes de trabajo por la reducción, suspensión o supresión arbitraria o injustificada de la dación de trabajo.	Cuando se halle permitido el recurso a intermediarios en el trabajo a domicilio, las responsabilidades respectivas de los empleadores y de los intermediarios deberán determinarse mediante la legislación o decisiones judiciales, de conformidad a la práctica nacional.
SUJETOS	
(Según el dec. regl. 118.755/42) Patrono: el que se dedica a la elaboración o venta de mercadería, con o sin fines de lucro, y que encarga trabajo a un obrero, tallerista o intermediario Intermediario: el que participando o no en las tareas hace elaborar mercaderías a talleristas u obreros. Talleristas: participando o no en las tareas, hace elaborar con obreros a su cargo, en una habitación o local, mercadería recibida de un patrono o intermediario o mercadería adquirida por él para elaborar por encargo de los mismos si esta operación se realiza como actividad accesoria de la anterior. Tallerista-intermediario: el que actúa en los dos roles. Dador de trabajo a domicilio: es el patrono, intermediario tallerista o tallerista-intermediario.	Persona física o jurídica que de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, de trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

LEY 12.713	LEY 25.800

DEFINICION DE TRABAJADOR A DOMICILIO

a) Obrero a domicilio, que bajo su propia dirección ejecuta en una habitación o local elegido por él, tareas destinadas a la ***elaboración de mercaderías*** por encargo de un patrón o intermediario aun cuando se haga ayudar por miembros de su familia y/o por un solo aprendiz o ayudante extraño que trabaje a su lado. b) Aprendiz de obrero a domicilio (mayor de 14 y menor de 18); el que adquiere conocimiento y experiencia de oficio durante la producción y bajo la dirección de obreros calificados. c) Ayudante de obrero a domicilio (el que no reúne las características del aprendiz, pero trabaja junto a un obrero).	El que elabora un producto o ***presta un servicio*** conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quien proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesaria para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o decisiones judiciales.

SEGURIDAD E HIGIENE

Los locales donde se realice el trabajo a domicilio deben reunir las condiciones de higiene y seguridad que determine la autoridad competente.	La legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en cuenta las características propias de éste y deberá determinar las condiciones en que, por razones de seguridad y salud, ciertos tipos de trabajo y la utilización de determinadas sustancias podrán prohibirse en el trabajo a domicilio.

INSPECCIONES

La autoridad de aplicación puede instruir sumarios, decretar pericias y aplicar sanciones. Puede designar con funciones de inspectores, que actuarán conjunta o separadamente, a los miembros de las asociaciones profesionales para realizar inspecciones y comprobaciones, fiscalizar tareas de entrega de mercaderías y controlar la efectividad y condiciones de pago de los salarios.	Un sistema de inspección compatible con la legislación y la práctica nacional deberá garantizar el cumplimiento de la legislación aplicable al trabajo a domicilio. Deberán preverse y aplicarse de manera efectiva medidas apropiadas que incluyan cuando proceda, sanciones para los casos de infracción a dicha legislación.

De la comparación que acabo de hacer resulta evidente que el régimen de la ley 12.713 está referido a trabajos ejecutados sobre "mercaderías", cosas muebles, que se transforman, etiquetan, etc. y esto justifica la inconveniencia, y hasta la imposibilidad, de aplicar sus normas al teletrabajo o, como denomina Marambio Catan, a los trabajadores "cuello de cilicio" (7).

Como mejor demostración de las diferencias que tienen el teletrabajo y el trabajo a domicilio debe ponderarse la realidad que tuvo en cuenta el legislador al dictar estas normas a principios de la década del 40, las condiciones de trabajo que se trataron de regular y los sujetos intervinientes, todo lo cual demuestra la absoluta incompatibilidad con la prestación de un servicios mediante soportes informáticos en el teletrabajo.

Sólo como ejemplo de normas inaplicables al teletrabajo se pueden mencionar las que se refieren a "tarifas", la individualización de los "artículos" con número, marca y rótulo (art. 6º, inc. d y art. 8º) el libro patronal, la libreta del obrero, el funcionamiento de comisiones de salarios, la prohibición de retirar los rótulos hasta que la mercadería esté en poder del consumidor (art. 20, decreto 118.744/42), libro de actas de la Resolución 202/46, etc.

Héctor García (8) señaló que se trata de corregir cosas desde una nueva realidad, que propone nuevas formas de organización del trabajo que merecería una regulación que atienda las necesidades para su desarrollo y expansión, ya que resulta paradojal que una expresión laboral contemporánea como el teletrabajo deba enmarcarse en una ley dictada en 1941 para el Trabajo a Domicilio, "todo un despropósito que incluso no hace más que dificultar la función suprema de administrar justicia."

B. EL ARTÍCULO 175 DE LA LCT

Esta norma tampoco se refiere al trabajo a distancia, a domicilio regido por la ley 12.713 o al teletrabajo ya que en realidad la

(7) *Op. cit.*

(8) *Estatutos Profesionales. Una mirada crítica a partir de serias distorsiones*, DT, 2007-A, 398.

prohibición recae en la ocupación de mujeres, y lo mismo podría decirse en cuanto a los menores de 18 años, que estando ocupados en algún local u otra dependencia de la empresa fuesen encargados de la ejecución de trabajos a domicilio, es decir aquellos que deben cumplirse fuera del lugar donde se desarrollan las tareas normalmente (9).

El origen de esta norma se remonta a la ley 11.317 y Unsain dijo que su objeto es velar por la limitación de la jornada, y por eso la ley prohíbe (art. 8º) encargar la ejecución a domicilio a las mujeres o menores ocupados en algún local o dependencia de la empresa (10).

En el mismo sentido se expidió Martínez Vivot (11), al señalar que la intención es impedir tareas que hayan de cumplirse después de terminadas las labores en la empresa porque de ese modo vendrían a incrementar su tiempo ocupacional dependiente.

(9) *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por VÁZQUEZ VIALARD, Capítulo XII, "Tiempo posible de Trabajo", CARCAVALLO, HUGO R., p. 182 y CENTENO, NORBERTO, en *Ley de contrato de trabajo comentada*, t. I, p. 821, 2ª ed.

(10) UNSAIN, A. M., *Legislación del Trabajo*, t. I, p. 419.

(11) MARTÍNEZ VIVOT, JULIO J., *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Ed. Astrea, p. 210.

CAPÍTULO V

ASPECTOS DEL TELETRABAJO QUE REQUIEREN ANÁLISIS ESPECIALES

SUMARIO: A. La Ley aplicable - Principio de territorialidad.— B. Gastos derivados de la prestación.— C. Los controles y la privacidad en el trabajo a domicilio.— D. Jornada de trabajo.— E. Remuneración.— F. Higiene y Seguridad.— G. La novedosa facultad de reversión.— H. El teletrabajo y el derecho sindical.— I. La confidencialidad - control.

A. LA LEY APLICABLE - PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Como señaló Farrés (1), toda actividad teleinformática genera un problema sobre el derecho aplicable y la jurisdicción correspondiente lo que ocasiona un inconveniente que requerirá el auxilio de elementos probatorios para determinar el lugar de trabajo y vincularlo a la normativa laboral, tanto sustantiva como adjetiva.

Según este autor "la utilización de las "tecnologías informáticas" lleva casi necesariamente a formular un *salto cualitativo respecto de la relación físico geográfica* a la que tradicionalmente el derecho se ha visto atado. Esta nueva categorización es lo que denomina "*espacio electrónico*", que no tiene una entidad física determinada, sino que constituye el resultado de una *aplicación tecnológica que obliga a despreciar el espacio geográfico como parámetro referencial,* e impone la necesidad de buscar soluciones jurídicas novedosas tendientes a vincular las relaciones interpersonales a sistemas normativos y jurisdiccionales precisos.

(1) FARRÉS, PABLO, *Parámetros de valoración jurídica en el derecho informático"* RDLSS, 2005-16-1253.

Horacio Fargosi (2) señaló que se plantea una realidad nueva, generada por lo que suele determinarse como globalización y que el eje central de esta cuestión se vincula con la relación espacio - tiempo en la cual el primero aparece desvinculado de la realidad física porque la velocidad de las comunicaciones, cuanto las redes telemáticas, han generado un espacio desvinculado de todo territorio: se trata de *"un no lugar"* abstracto y artifical que es donde se desarrollan los negocios de la economía planetaria. Por ello para el autor hay temas acuciantes del quehacer jurídico como determinar que derecho gobierna el mercado planetario y qué modo y formas de la juricidad son compatibles con el espacio telemático (3).

Por el art. 3º de la LCT rige el principio de territorialidad (4), pero el teletrabajo evidentemente puede generar dudas sobre el lugar de "ejecución de los servicios" o "localización del servicio".

En efecto, determinar el lugar de ejecución no parece tan nítido si se utilizan TIC's que pueden corresponder a servidores o bases en el exterior o se tiene en cuenta que el empleador puede no estar domiciliado en la Argentina y que los servicios tienen destinatarios que "aprovechan" los mismos en el exterior. Rodríguez Mancini señaló que existe una posición que reputa como relevante el lugar de "aprovechamiento del servicio", esto es, en el caso el receptor de la información, comunicación, investigación, etc. (5).

Es un complicado problema de derecho internacional privado que ha distinguido los contratos que versan sobre la prestación de servicios, según éstos recaen sobre cosas o tienen relación con algún lugar especial donde haya de producir sus efectos. El aprovechamiento del servicio puede ser en el país o en otro u otros.

Aparece con alguna nitidez que el teletrabajo puede no recaer sobre cosas que estén en la Argentina y la prestación del servicio

(2) FARGOSI, HORACIO P., *Derecho y mercado,* Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de octubre de 2006, Anticipo de Anales, Año LI, Segunda Epoca, Nº 44, p. 12.

(3) *Op. cit.*, p. 14.

(4) LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, t. I, p. 39; ver RODRÍGUEZ MANCINI, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. I, p. 239, Ed. La Ley.

(5) *Op. cit.*, p. 245.

podría no producir efectos en el país pero, además, si tenemos en cuenta, por ejemplo, el lugar de contratación, el lugar donde se opera la dación de tareas, el lugar de cobro de la remuneración, de donde se emiten las directivas, el idioma que se usa, las características de las tareas, la cobertura de seguridad social y eventualmente si se pactó una jurisdicción distinta a la nacional, no cabe duda la dificultad que encierra sostener que el "lugar de ejecución" es un determinado país o concretamente la Argentina, para regir la relación con sus leyes.

Un ejemplo práctico sería el de un trabajador argentino, domiciliado en el exterior, que se radica nuevamente en el país y que es contratado para concertar negocios, organizar la logística, contratar proveedores, etc. en todo el mundo, en nombre y para ser ejecutados y aprovechados por una empresa extranjera y opera con los TIC's. En estas condiciones no es fácil atribuir al territorio nacional el carácter de "lugar de ejecución" según el art. 3º de la LCT.

En el ejemplo que acabo de describir el teletrabajo no recae sobre cosas que están en la Argentina y la prestación del servicio tampoco produce efectos en el país, ya que el empleador no se domicilia acá y todas las operaciones se ejecutarán a través del país extranjero o en otros países (6).

Situaciones como ésta podrían justificar el ejercicio de la autonomía de la voluntad para la determinación del derecho aplicable, excluyendo la legislación argentina (7).

Este pacto sería válido en la medida que resulte más beneficioso para el trabajador, de conformidad con el criterio del art. 9º de la LCT. La carga de la prueba del derecho extranjero y mayor beneficio incumbe a quien lo invoque. Recuerdo que si se pacta el derecho extranjero y no se prueba, los tribunales argentinos deben resolver con la legislación nacional (8).

---

(6) FERMÉ, EDUARDO L., *Tratado del Derecho del Trabajo*, dirigido por VÁZQUEZ VIALARD, t. II, p. 880.

(7) DEVEALI, MARIO, DT, 1951-95, punto II: "Conflicto entre el convenio colectivo del lugar de contrato y el del lugar de trabajo".

(8) "Eiras Pérez, Leonardo c. Techint Engineering Co.", LA LEY, 142-176; "Sarmiento, César Manuel c. Editorial Perfil S.A.", DT, 1988-B, 1770; "Tomassini, Ernesto c. Itzncko Scientific S.A.", Digesto La Ley, LCT, t. I, p. 44, sum. 426; "Antoñanzas, Eduardo

Abundando en cuestiones que se pueden plantear en supuestos como el que estoy analizando, recuerdo que en doctrina se ha admitido, como límite de la elección del derecho aplicable que no implique un "fraude", requiriendo "razonabilidad" en la determinación de ese derecho. Con referencia específica al derecho laboral, también se ha reconocido que el orden público es un obstáculo a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, siendo el orden público laboral, que ha sido reconocido en beneficio del trabajador y, si la ley laboral extranjera es más favorable que la ley nacional, resulta difícil rehusar su aplicación bajo el argumento de que viola el orden público. En definitiva, la ley que elijan las partes no podría colocar al trabajador en una situación más desfavorable que la ley que se debería aplicar a falta de dicha elección. Por supuesto que determinar si una ley es más favorable que otra no es una tarea sencilla, porque implica el análisis de ventajas y desventajas comparativas por institución (9).

En Europa, a diferencia de América Latina, la posibilidad de elegir la ley laboral aplicable ha sido expresamente admitida en buena parte de sus países, al extremo que es común que se afirme que el principio general no es el de aplicación de la ley territorial, sino la libertad de elección (10). Esta doctrina fue confirmada en 1980 por la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, concluida en el marco de la Comunidad Económica Europea.

Dificultades similares ya se presentaron en los trabajadores itinerantes a los que, en principio, debe aplicarse la ley del lugar de ejecución, pero un acatamiento rígido de este principio en la realidad actual, donde se advierten movilidades frecuentes e incluso transferencias temporarias, podría conducir a soluciones injustas como lo reconoció Ermida Uriarte cuando sostuvo que esto implicaba cortar la relación laboral "en rebanadas" por cada país en el que se habían prestado servicios. Por su parte, la jurisprudencia argentina admitió la aplicación del derecho de otro país cuando el "elemento extranjero" es significativamente fuerte, como resulta de

c. Duperial S.A.", DT, 1997-A, 79; "Diaz, Jorge c. Altamiranda, Nelson y Asociados S.A.", DT, 1998-B, 2090.

(9) DEVEALI, MARIO, DT, 1947-452.

(10) BRONSTEIN, ARTURO, LT, XXXIII-670.

los casos Techint y Duperial, ya citados. Se desarrolla así el criterio del "elemento central" o "punto de contacto común" (*connecting factor*) como solución razonable en las relaciones de trabajo con un trabajador "itinerante" y este criterio podría reconocerse también para los teletrabajadores, analizado a través de un "test de razonabilidad" (11).

B. GASTOS DERIVADOS DE LA PRESTACIÓN

Existe un problema que se ve potenciado en el teletrabajo. Son los gastos en los que necesariamente incurre si aporta los instrumentos técnicos para prestar el servicio y, además, cuando la prestación se ejecuta en su domicilio (o de otro) por la incidencia del valor locativo del ámbito que se afecta al trabajo, los gastos comunes de mantenimiento de los equipos, luz, teléfono, calefacción, impuestos, etc., generando el deber de reintegro por el empleador en los términos del art. 76 de la LCT.

En principio esos reintegros no son "salarios" porque no retribuyen los servicios (12) y además están contemplados en la LCT (art. 76) en cuanto dispone que el empleador debe reintegrar al trabajador los gastos sufridos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo y también resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo, en la medida que sean necesarios y estrictamente relacionados con el cumplimiento de la labor asignada.

Estamos frente a un "reintegro de gastos" que no tienen carácter salarial porque no retribuyen trabajo sino que resarcen al dependiente de una erogación que le correspondía efectuar al empleador como parte del giro empresario. Tampoco, por la misma razón, supone una ventaja patrimonial (13).

---

(11) TAMANGO, LUCAS, *El impacto de la informática en el derecho laboral - La utilización de tecnologías de la información en las relaciones laborales*, p. 302 en "Derecho y nuevas tecnologías", VVAA dirigido por PABLO PALAZZI, Ed. Ad-Hoc.

(12) LÓPEZ, JUSTO, *El salario* en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por DEVEALI, MARIO, Ed. La Ley, Bs. As., 1972, t. II, p. 476.

(13) *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, LÓPEZ, CENTENO, FERNÁNDEZ MADRID, t. II, p. 457, Ed. Contabilidad Moderna, ed. 1978.

Las dificultades que previsiblemente se plantearán son similares a las que se generan con los viáticos del art. 106 y la exigencia de su acreditación por medio de comprobantes, tema que generó el intenso debate doctrinario y jurisprudencial (14)y con relación a los viajantes (15), o judicialmente (ver el Plenario registrado en DT, 1970-773).

Esta cuestión dará un amplio campo para que se actúe en el plano colectivo y podría recurrirse al art. 106, en una acepción amplia del concepto de viático, como reintegro de gastos que le impone el trabajo al empleado fuera de la empresa, con la facultad de calificar esos reintegros como no remuneratorios cuando se establecen en convenciones colectivas de trabajo (16).

Por último, se puede plantear el tema de la obligación del teletrabajador de devolver los elementos de trabajo cuando se esté en uso de licencias como vacaciones, enfermedad, accidente, maternidad o excedencia, restituyendo los soportes informáticos o de comunicación (17), ya que los medios informáticos son una especie de los "medios instrumentales", máquinas o útiles, puestos a disposición del trabajador en los términos del art. 84 de la LCT (18).

C. LOS CONTROLES Y LA PRIVACIDAD EN EL TRABAJO A DOMICILIO

Advierto alguna dificultad mayor que las que ya tiene la inspección de trabajo, el control de las aseguradoras de riesgo y las obligaciones del empleador respecto de las normas de Higiene y Seguridad (ver punto F).

En efecto, se puede prever que para ejercer el control de los trabajadores que prestan servicios en su domicilio se plantee una

(14) DEVEALI, MARIO, *Naturaleza y régimen de los viáticos*, DT, 1954-357.

(15) CARCAVALLO, HUGO, *La remuneración del viajante en la ley 14.546*, LT, XV-324.

(16) Plenario CNTrab. Nº 247, 28/8/1985, "Aiello, A. c. Transportes Automotores Chevalier", DT, 1985-B, 1435.

(17) DT, 2000-B, 2462.

(18) FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Ley de contrato de trabajo comentada*, LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, t. I, p. 403, ed. 1977.

nueva limitación que se funda en el derecho de privacidad. Expresándolo de otro modo hay que tener en cuenta los términos del Pacto Federal del Trabajo aprobado por la ley 25.212 ya que, como lo explicó Carcavallo (19), el art. 4º, inc. b), califica como infracción "muy grave" a aquella que consista en "actos del empleador" contrarios a la intimidad y dignidad de los trabajadores.

Son evidentes las dificultades que puede provocar la protección adecuada del derecho fundamental y personalísimo a la intimidad dentro de la privacidad garantizada por el art. 19 de la Constitución Nacional, el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 1071 bis del Código Civil, ya que se manifestarán problemas sin ninguna duda en el control de los medios informáticos por el empleador o cuando se pretenda la inspección del ambiente donde se presta la tarea cuando es en el domicilio particular.

Estas dificultades se acentuarán si no se contempla la característica del teletrabajo ya que, la información y datos que se procesan con las TIC's, son de propiedad del empleador y pueden contener informaciones sensibles del comercio o la industria. Si ya se han planteado cuestiones referidas al uso del correo, en locales e instalaciones del empleador, ahora esas dificultades se acentuarán si se agrega que el lugar de trabajo puede coincidir con el hogar del teletrabajador y que exista la posibilidad de que los instrumentos ni siquiera sean provistos por el empleador.

Deberá acentuarse la investigación acerca de la existencia de la voluntad expresa o presunta del empleador sobre el carácter confidencial del material que procese el teletrabajador y para ello adquiere importancia la notificación o reglamentación oportuna con notificación al trabajador (20), postura a la que adhiere Pablo Palazzi (21).

Por razones de Higiene y Seguridad las visitas o constataciones que pueda efectuar el empleador, las aseguradoras de Riesgos del Trabajo o la autoridad administrativa competente tendrán que ro-

(19) TySS, 2000-300.

(20) FERNÁNDEZ DELPECH, HORACIO, *Internet: su problemática jurídica*, 2ª ed., LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

(21) *Op. cit.*, p. 562.

dearse de garantías, autorizaciones, y límites razonables para que no se afecte el aludido derecho fundamental y personalísimo a la privacidad, y en especial a la intimidad, ajustándose todo ello a los criterios de colaboración, solidaridad y buena fe (arts. 63 LCT) y el general de razonabilidad (art. 28 CN).

D. JORNADA DE TRABAJO

En cuanto a la dificultad de aplicación de las normas sobre jornada con relación al teletrabajo debo reconocer que se rompe la conexión entre lugar de trabajo y trabajo, pero también rompe o puede atentar contra la conexión tiempo de trabajo, horarios y jornada de trabajo (22).

Sin embargo, el problema de la jornada en el teletrabajo no deja de tener solución cuando se observa la tecnología existente para efectuar la verificación del tiempo efectivo de trabajo, como por ejemplo mediante un ordenador en el que según el programa de trabajo empleado, la empresa pueda verificar el horario de entrada y de salida. Cardona Rubert (23) distingue el control realizado por los ordenadores que puede tanto operar en "tiempo real" como manifestarse en forma de "control histórico", y alude también al control que denomina "capilar" que permite el conocimiento sistemático de los datos relativos a la actividad del trabajador admitiendo los controles de "calidad" y "cantidad", así como los "defensivos", aclarando que un control "demasiado penetrante" sobre el trabajo puede romper el equilibrio que requiere la intimidad del trabajador. Por supuesto podría recurrirse a métodos más sofisticados como los que trató Confalonieri (24).

A nadie se le escapa que el control administrativo también es más difícil pero, de nuevo, si se tienen en cuenta las opciones tecnológicas de control, y se diseña en los convenios colectivos, se facilitaría la policía del trabajo e incluso la prueba judicial.

(22) COSTA, FRANCISCO (H.), *op. cit.*

(23) *Op. cit.*, p. 60.

(24) *Op. cit.*, "El control del trabajador por medio de cámara de video".

E. REMUNERACIÓN

Tampoco encuentro inconvenientes en la aplicación de la LCT (Título IV, arts. 103 y siguientes), con sus diversas modalidades de retribución a esta nueva forma de prestación de los servicios que es el teletrabajo.

Puede ser que se incentive en algunos casos la vuelta a los sistemas de pago por unidad de obra o a destajo, pero ello no implica necesariamente que no se pueda continuar con otros métodos de retribución, en la medida en que se respeten los mínimos inderogables, el salario mínimo vital y los mínimos convencionales.

En cuanto a la aplicación del principio general por el cual a igual trato debe corresponder igual retribución hay que tener en cuenta que sea en igualdad de circunstancias y por ello el Acuerdo Marco suscripto en Bruselas en 2002, al que me referí antes, utiliza la expresión "en situación comparable" a los que desempeñen sus tareas en los locales de la empresa.

F. HIGIENE Y SEGURIDAD

El tema de higiene y seguridad, sobre todo cuando el teletrabajo se ejecutan en el domicilio del trabajador, adquiere ribetes particulares y con una mayor complejidad ya que es difícil encontrarlo descripto en las normas vigentes como la ley 19.587 y el decreto 351/79, sin que sectorice el reglamento (art. 5º, inc. c) y se distinga, por las características del "puesto" de trabajo (art. 6º, incs. a, b y c). También debe tenerse en cuenta la LRT 24.557 que los comprende por ser "trabajadores en relación de dependencia" (art. 2º, inc. b).

La OIT ha publicado un informe en el año 1993, en el que subraya los factores de tensión relacionados con el teletrabajo. Dentro de los problemas más importantes señala la necesidad de la ruptura entre la vida privada y la laboral y el inconveniente que implica la falta de participación y el aislamiento.

Por eso la OIT recomienda como apropiado que el lugar de prestación se encuentre separado del resto de la casa y que la instalación telefónica debería ser independiente de la línea privada del hogar.

Corresponde al empleador la responsabilidad de garantizar las exigencias ergonómicas del lugar de trabajo, adecuada iluminación y ventilación y otras medidas de seguridad y prevención de riesgos del trabajo.

G. LA NOVEDOSA FACULTAD DE REVERSIÓN

En la obra ya citada (25), Claudia Pérez Troncoso y Adriana Xalambrí Medici señalan que de acuerdo a la experiencia francesa, el pasaje de un trabajador que desempeña tareas en una empresa hacia el teletrabajo requiere de una verdadera y doble voluntad. Por una parte la voluntad del futuro teletrabajador. Esta se perfila en diferentes etapas: a través de un curso de formación específica y una simulación progresiva (pasaje a una oficina solitaria en contacto con el futuro material, luego uno, dos y tres días en el domicilio). Los dos primeros meses son considerados como un período de prueba, en el cual cualquiera de las partes puede exigir el regreso inmediato a la empresa.

Por ello, las autoras consideran necesaria la inclusión de una cláusula de reversibilidad que pueda asegurarle al trabajador que intenta esta nueva experiencia que, de no adaptarse, podrá volver a su trabajo inicial.

Para esta doctrina, el empleador también se ve beneficiado por la cláusula de reversibilidad porque tiene la opción de poner fin a una experiencia que no resultó, ni desde el punto de vista de la rentabilidad, ni en el plano humano.

Los proyectos de ley que es están elaborando en nuestro país, y a los que me referiré más adelante, contemplan precisamente esa situación, y plantean la posibilidad de regreso al lugar de procedencia del trabajador.

También se ha distinguido entre quien fue deslocalizado por la empresa o directamente ingresó o fue contratado como teletrabajador.

---

(25) *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo.*

H. EL TELETRABAJO Y EL DERECHO SINDICAL

Un aspecto importante es el de los derechos sindicales del teletrabajador, y reitero mi opinión que no es distinta a la de otros trabajadores con sustento en la ley 23.551.

El teletrabajador como otros trabajadores a distancia, tienen el derecho a ser elegido y a elegir a sus representantes y en general se ha destacado la necesidad de facilitar a las asociaciones sindicales la difusión de información para lo cual se aconseja promover el acceso del sindicato a redes informáticas.

La entidad gremial podría mantener contacto con sus representados teletrabajadores mediante el acceso a redes informáticas y así el dirigente se comunicará con sus representados a través de un ordenador, sin necesidad de la presencia física de uno u otro. Estamos ante la aparición del "derecho sindical virtual" (26).

En cuanto a la acción sindical, podría manifestarse por medidas acción directa, en ejercicio del derecho de huelga, porque el trabajador contaría con la posibilidad de adherir a la decisión del gremio e interrumpir su trabajo apagando o desconectando los instrumentos informáticos con los que presta su labor.

El concepto de huelga no se desvanece y los sindicatos podrían adoptar novedosas medidas de acción sindical, según lo prevé el art. 5º de la ley 23.551.

Por supuesto la calificación de legitimidad dependerá de su naturaleza y no cabe duda que la huelga del teletrabajador, desconectándose de sus herramientas, podrá calificarse como legítima pero otras "protestas virtuales" pueden merecer otras calificaciones como la saturación de los sistemas informáticos haciendo coincidir mensajes en determinadas fechas y horas que pueden hacer colapsar los sistemas del empleador, acción más parecida a un sabotaje que una huelga.

El tema del número de delegados por cada establecimiento (art. 45 LS) presenta la misma dificultad que hay ahora con los tra-

(26) COSTA (H.), FRANCISCO, *op. cit.*, p. 284.

bajadores a distancia como son los cuerpos de vendedores, promotores, inspectores, etc., pero se ha solucionado por la imputación que resulta generalmente del local o dependencia de donde se reciben las instrucciones, se manda la información, pagan los salarios o tienen el domicilio denunciado del empleador (art. 140, incs. a, i, j), lugar donde se lleven los libros y registros (art. 144).

En cuanto al lugar para el desarrollo de las tareas por los delegados (art. 44, inc. c, LS), puede tener limitaciones y requerirse la acción virtual, que también soluciona la obligación de contar con una cartelera sindical, que será sustituida por información por medios informáticos, y el crédito de horas podrá ser acordado y determinado dentro de la jornada del teletrabajador si es representante sindical en la empresa.

Desde un punto de vista práctico algunos autores han señalado que en el plano colectivo también se puede advertir como menguado el poder de negociación colectivo, acrecentando el de negociación individual, que tienen los trabajadores en las empresas de conocimiento y se ha advertido que la actividad sindical en las empresas de alta tecnología debió luchar con una inicial apatía de los trabajadores precisamente por el poder de negociación individual.

I. La confidencialidad - Control

El acceso a los sistemas, archivos y registros de la empresa plantea otra cuestión relativa a la protección de los datos transmitidos o conocidos por el teletrabajador y la reserva o secreto que debe tener de todas las informaciones, a las que accede por la índole de las tareas, en los términos del art. 85 de la LCT y la ley 24.766.

Esta situación preocupó en la doctrina (27), al describir las ventajas y desventajas del teletrabajo, tanto para el empleado como para el empleador, agregó para este último el riesgo de violación de la confidencialidad atento la tentación del trabajador que pasa a disponer de códigos de acceso, datos de interés de la competencia, productos, archivos con relación a clientes y bases que pueden ser importantes para la competencia.

(27) MEZQUITA BARROS, *op. cit.*

Del poder de dirección del empleador resulta la facultad de control sobre los bienes y sobre la prestación y si éste es el principio general en la relación laboral subordinada, frente al uso de las herramientas informáticas parece que adquieren mayor entidad cuando se trata de teletrabajadores que no están sujetos a la vigilancia común en un determinado ámbito de labor.

De este balance, surge la necesidad de una cláusula de no competencia, y otra de confidencialidad, la redacción de códigos de conducta u otras medidas relativas a la protección de los diskettes, memorias, correos, etc.

Además, debe evitarse que otras personas puedan conocer el sistema informático que tenga incorporados secretos empresariales o mercantiles, invadiendo la seguridad técnica y comercial del empleador.

Capítulo VI

Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo

En el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación, funciona una comisión de Teletrabajo, que fue creada en el mes de septiembre de 2003, con integrantes de diversas asociaciones, entidades gremiales, empresas, la Asociación Argentina de Derecho al Trabajo y Seguridad Social, la OIT, la CGT, Unión Industrial Argentina, etc.

Dicha comisión elevó al Ministro de Trabajo en diciembre de 2004 un proyecto de ley que el Poder Ejecutivo presentó en el Congreso (expediente de origen 0941-D-2006. Proyecto de modificación de la LCT incorporando el contrato de Teletrabajo). Luego en el 2007 se preparó otro proyecto remitido por el Poder Ejecutivo el 2/7/2007 con las modificaciones que resaltaré más adelante.

En el mensaje de elevación se hace referencia a que la República Argentina, mediante la ley 25.800, ratificó el convenio de la OIT Nº 177 sobre Trabajo a Domicilio que contempla en su articulado todo tipo de trabajo a distancia.

Por ello, en consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores, el Poder Ejecutivo elaboró el Proyecto de Ley en el que reconoce como objetivo esencial, la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y otros asalariados, la garantía del ejercicio de la libertad sindical, la no discriminación, la protección en materia de higiene y seguridad, el acceso a la información, la cobertura de seguridad social, la protección de la maternidad, etc. Se aclara que el proyecto viene a establecer bases mínimas para este tipo de actividad (en consonancia con el art. 8º de la LCT) entendiendo que es prudente encomendar al marco de las negociaciones colectivas la regulación con más detalles.

Se reconoce que la normativa del trabajo a domicilio vigente, con obvia alusión a la ley 12.713, da escasa o nula respuesta a la novedosa situación derivada del trabajo prestado mediante la utilización de las técnicas de la información y comunicaciones.

Sin embargo fija ciertas pautas como la igualdad de trato, la facultad de elección por el trabajador, la indemnidad en materia de gastos y riesgos, seguridad social higiene y seguridad y en particular el carácter voluntario, que en la fundamentación del proyecto se califica como una "genuina manifestación de voluntad".

En el último proyecto se aclaró que se ciñe exclusivamente al trabajo en relación de dependencia y que tiene la intención de convertirse en un piso mínimo sobre el cual las partes individual o colectivamente puedan negociar las condiciones específicas del teletrabajo (arts. 7º y 8º LCT).

En el art. 1º recoge la posibilidad de que el trabajo sea realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador, o en lugares distintos del establecimiento del empleador, mediante la utilización de TIC's.

Para calificar el contrato se recurre a una remisión a los términos de los arts. 21 y 22 de la LCT, con lo cual se elude la discusión posible sobre la calificación de trabajo subordinado o autónomo.

En el art. 2º se reitera que los teletrabajadores gozarán de los mismos derechos que los demás en relación de dependencia consignando que las comisiones paritarias (debieron indicarse a las comisiones negociadoras) de los convenios colectivos deben establecer las condiciones de trabajo según la índole de relación y la igualdad de trato entre un teletrabajador y un trabajador que desempeñe igual tarea en el establecimiento.

En el art. 3º se reconoce la importancia de la información de propiedad del empleador, pero, para salvaguardar la intimidad del trabajador y la privacidad de su domicilio, se relativiza el sistema de control.

En el primer proyecto de ley se imponía al empleador la provisión del equipamiento necesario y financiar su mantenimiento y

en el segundo se admite que el trabajador aporte su propio equipamiento, debiendo el empleador compensar la totalidad de los gastos.

Por el art. 5º, si los equipos son provistos por el empleador se establece la responsabilidad del teletrabajador por su correcto uso y mantenimiento, conductas que están regladas en los arts. 84 y 87 de la LCT. Agregando la obligación de evitar que los bienes sean utilizados por terceros ajenos a la relación laboral.

En el art. 6º se limita el poder de organización poniendo un límite a lo dispuesto en los arts. 64 y 65 de la LCT, al establecer que la forma de teletrabajo es voluntaria para el trabajador, mención sobreabundante y que ahora además cuenta con la regulación específica de la ley 26.088 (1). Agrega el proyecto que la conformidad debe expresarse por escrito, con el novedoso derecho de reversión a su condición anterior.

En el primer proyecto el derecho de reversión no tenía límite temporal, pero se elimina esta posibilidad previendo un plazo haciendo referencia al art. 256 de la LCT. Esta norma regula la prescripción de dos años y tal vez la facultad de reversión tendría que estar sujeta a caducidad, no a prescripción.

La reversión puede ser solicitada si el trabajador no manifestó su conformidad por escrito, según el agregado que se hace en el nuevo proyecto al art. 6º.

Tengo entendido que el proyecto de ley perdió a la fecha estado parlamentario.

(1) TySS, 2006-356.

Capítulo VII

A modo de conclusión, una reflexión final

Si se dictara un reglamento como el preparado, quedaría planteado el dilema si dentro del derecho laboral, que en su dominio es un verdadero derecho común, el de los teletrabajadores implicaría un derecho particular o excepcional por su caracterización de lugar y uso de TIC's, una delegación más explícita a las normas del Convenio Colectivo, trato particular sobre el uso y mantenimiento de las herramientas, con la prohibición de utilización por terceros, la forma escrita (art. 49 de la LCT y 1044 del Cód. Civil) con la facultad de reversión ahora por dos años, antes sin límite temporal, disponiendo que se dicten normas especiales de higiene y seguridad y se incorporen afecciones específicas al listado de enfermedades de la LRT.

Gran parte de los temas que son tratados en el Proyecto de Ley, están previstos o resueltos en el derecho del trabajo común, apareciendo así como redundantes las normas propuestas y temo que los recaudos específicos que ahora se indican, como la equiparación hasta la igualdad del teletrabajador y el trabajador que presta sus servicios en el local o dependencia del empleador, la facultad de reversión que limita las facultades de dirección y organización de los arts. 64 y 65 de la LCT, pese a la protección que tiene la ley 26.088, además de la forma escrita, pueden ser factores que desalienten el uso de esta modalidad de prestación de los servicios.

Estos inconvenientes justifican que también me detenga a evocar los principios de la "ciencia de la legislación laboral" que propu-

so Deveali (1) y que rescata Goldin (2), cuando señaló la "reactividad del mundo económico laboral" y la efectividad de los beneficios cuando una diferencia respecto de una categoría laboral induce a suprimir el uso de esa categoría y las discriminaciones positivas inducen a sustituir a los trabajadores afectando negativamente a los sujetos supuestamente beneficiados.

(1) DEVEALI, MARIO L., *La ciencia de la legislación laboral y sus principios*, estudio incluido en "Lineamientos de Derecho del Trabajo", Ed. TEA, Bs. As., 1956.

(2) GOLDIN, ADRIÁN, *Sobre una propuesta de reforma laboral en Canadá*, DT, 2008-B, 821.

Subcontratación, descontratación empresaria y negociaciones colectivas

Por Luis Ramírez Bosco

Capítulo I

La cuestión clásica de los contratistas y la nueva de la descentralización empresaria

El antiquísimo problema de los contratistas (con ese nombre o con él más expresivo de "intermediarios"), siempre consistió, si se lo resume a su esencia más simple, en que con esta figura —o en su caso— lo que se hace es desvincular a los trabajadores respecto del patrimonio (de su titular) hábil para responder a sus créditos. Básicamente es un problema de insolvencia del deudor laboral, no necesariamente predispuesta pero sí previsible e innecesaria (porque el patrimonio hábil para responder no es que se consumió, sino que quedó en cabeza de otro).

Muchas veces da la impresión de ser sólo un apéndice en variante "laboralista", de la cuestión más general, estudiada sobre todo en el derecho comercial, sobre el descarte de las formas o apariencias jurídicas cuando éstas no reflejan una realidad sino que impiden verla (con o sin intención originaria de hacer eso o de dañar). Pero aun cuando algo de esto en el fondo haya, es preciso asumir que el problema de los contratistas existe como tal, con una identidad propia, en la medida en que después de más de un siglo y medio desde que se lo registra (casi todo el tiempo pasado donde los inicios del derecho del trabajo en sus lugares de origen) se mantiene vital, con una tenacidad que no sería propia de un planteo artificioso o equivocado.

Me parece posible que, en principio, este constante reaparecer del problema en términos que se separan de la doctrina general sobre "descarte de la personalidad jurídica" (o cosa equivalente) se

deba más bien a las características resistencias o dificultades en materia laboral, para enfrentar las exigencias de la prueba en materia civil o comercial o para esperar el tiempo que lleva su producción. Problema que, debe apuntarse, como tantos parecidos es más pasado que presente, y tiende a diluirse, sólo en la medida en que los estándares de requerimiento para la prueba del derecho común se aligeran cada vez más, en el sentido de que cada vez más se acepta presumir situaciones a partir de muy pocos indicios. O, si se quiere verlo así, cada vez la exigencia de prueba en el derecho no laboral se acerca más a la del laboral, cuando no queda por debajo.

Pero lo propio del derecho del trabajo siempre fue tratar de desembarazarse de esas dificultades de gestión de los derechos y en esta materia la cuestión se presentó desde su origen de un modo que hasta puede parecer —lógicamente— un poco brutal: los planteos originarios exigían, "la abolición del régimen de contratistas" y en el fondo, aún hoy, es frecuente ver planteos que aunque un poco más disimulados, en esencia lo que proponen o procuran es eso mismo (1).

Por mi parte, creo que un elemento que dificultó la comprensión y el progreso del pensamiento (teórico y aplicado) sobre esta cuestión de los contratistas, fue el de un apego innecesario y antifuncional a la concepción de la relación de dependencia (la situación a proteger) iniciado desde y centrado en la noción de subordinación jurídica, problema que, por otro lado, a mi juicio tiende a irradiarse sobre todo el capítulo de la materia referido a la relación de dependencia y a los sujetos del derecho del trabajo.

Creo que el análisis de las cuestiones sobre contratistas e intermediarios se hubiera facilitado en caso de utilizarse preferiblemente la idea de subordinación económica, o, sobre todo, la de empresa o de incorporación a una empresa, porque al fin y al cabo la "mano

(1) DOLLEANS, EDOUARD, en *Historia del Movimiento Obrero*, versión en español, EUDEBA, Buenos Aires, 1960, p. 171, relata que en el programa publicado por el diario L'Atelier después de las huelgas "del verano" de 1840, se incluía "la abolición del sistema de los subcontratistas". Dice que gran parte de ese programa se realizó en "las primeras horas de la revolución de 1848".

Entiendo que según el orden y la denominación que usa la LCT, lo de intermediación se entiende preferible si no únicamente referido al supuesto de sub-empresas de mano de obra. Pero en la historia del tema la denominación de "intermediarios", "subcontratistas" y "contratistas" ha sido de uso prácticamente indistinto.

de obra" empleada por un contratista, es un factor de la producción que depender, sólo puede hacerlo (sustancialmente) de quien sea titular de los demás factores de producción (o de los decisivos) con que la mano de obra se organiza para poder producir lo que al fin sea que se produce.

Lo mismo que (dicho sea de paso para seguir con la cuestión ubicada en su contexto mayor) ocurre con los modernos problemas de los trabajadores para-subordinados, o autónomos dependientes, respecto de los cuales la perplejidad sería seguramente menor si se trascendiese al dato económico o estructural de la relación.

Puedo entender que ésta no es la explicación más difundida de las cosas y me hago cargo de que es así. Pero creo que, con la relatividad de todas estas explicaciones esquemáticas de realidades complejas, lo que digo puede apuntalarse atendiendo al transcurso por el que el tema de los contratistas pasó en nuestro medio, dividiendo lo ocurrido en lo anterior o posterior a la LCT.

Revisando ese transcurso local de los planteos y soluciones en materia de contratistas, lo que se ve es que las soluciones se agruparon en dos tipos principales, sin perjuicio de una variedad de alternativas intermedias que registró la legislación, sobre todo en casos de actividades especiales ("estatutos") o cuestiones "extralaborales" (más que nada, jubilatorias o previsionales) (2).

Una primera forma de solución fue la de la jurisprudencia anterior a 1974 (a la LCT) que se enfocó en la noción del verdadero empresario (que debía serlo para ser admitido como "contratista"), exteriorizada por ciertas notas de "realidad", de las cuales algunas (con menor precisión, adviértase) repite ahora el art. 30 LCT, desde su reforma del 2002 (ley 25.013). Pedía esa jurisprudencia anterior que el propuesto contratista acreditase tener establecimiento, antecedentes, capital de giro, equipos proporcionados a la actividad y una oferta de servicios dirigidos al mercado de manera indiferenciada. Si carecía de esto, no era un empleador admisible y se lo sacaba del medio, tantas veces, vale subrayar esto, sin averiguar la

(2) Un repertorio de soluciones legales utilizadas en el pasado por la legislación nacional, puede verse en mi *Sub-contratistas e intermediarios en la LCT*, LT, XXIII- A, 193.

intención con que se había interpuesto la figura del contratista o sin mencionar la hipótesis del fraude.

Desde mi punto de vista —y con mi limitada experiencia sobre aquel período— esto se acercaba sin decirlo a las nociones de subordinación económica y de incorporación en una empresa y daba un resultado cierto, predecible, explicable, consistente, poco discutible y que en el fondo —esto posiblemente sin siquiera planteárselo— transitaba por el camino de la pura "objetividad", que, es tan propio del derecho del trabajo como, agréguese, lo es en el caso de cualquier derecho alimentario o elemental.

La LCT tomó otro rumbo, que, es cierto, compartió con algún derecho comparado. Lo que se hizo en 1974 fue tratar de establecer una frontera entre el contratista "verdadero" y el otro, por cuyo personal el principal es corresponsable, no en función de los datos esenciales de la relación de dependencia, sino en función del objeto (real) de la explotación de uno y otro "empleador": dicho sencillamente, si el objeto es el mismo hay corresponsabilidad; si es distinto, no (3).

Creo que sin haberlo pensado así, esta elección de la corresponsabilidad como el criterio central del sistema, se hizo preferible en razón de que con las ideas ya desarrolladas sobre la relación de dependencia, el problema no se podía solucionar (o no lo rápidamente y con la seguridad que se quería hacerlo), porque la dirección jurídica del contratista respecto de su personal (la subordinación jurídica) no era en los hechos, en general, algo discutible ni falseado, y por lo tanto en esos términos "tradicionales", habría que reconocer sin más que el intermediario era un verdadero empleador.

Por eso mismo, quizás, después de diseñar así el tipo legal (distinción según el objeto de explotación de los contratantes) la consecuencia jurídica que fue herramienta de nuestra legislación desde entonces, a través de varias reformas, fue la de añadir una

(3) Creo que la idea alrededor de la que se armó esta forma de resolver las cosas, es la de que el principal, en principio y por regla, debe responder frente a los trabajadores del contratista (o sea, la idea de la "abolición"). Pero que como llevar esto hasta su máxima instancia o a ser una definición absoluta, puede haber parecido demasiado, en la necesidad de interrumpir la corresponsabilidad en alguna parte, se eligió ésta de quien hace cosas distintas de aquellas que ocupan al principal.

solidaridad entre principales y contratistas, solución que en si nada tiene de malo, pero que no es más que una solución práctica sólo justificable como tal (y que no encuentra otra justificación) (4).

Pero lo que en todo caso hizo la LCT, desde el punto de vista lógico, al definir las cosas tomando como dato decisivo al objeto de la explotación de las empresas en cuestión, fue enredarse en un continuo lógico, porque si se ponen en línea los objetos de explotación de las empresas que forman cadenas de contratos, es casi imposible que el de la una no tenga que ver —poco o mucho— con el de la que contrata sus servicios, porque si no fueran necesarios para esta última, ésta no los contrataría. Y siendo así, es difícil, sino imposible, definir un punto en que ese continuo se pueda cortar con una lógica que no sea la pura discreción o en uno que sea claramente mejor o peor que otro. Por eso es que, si bien se ven las cosas, no tiene sentido (lógico) aceptar (como ocurre principalmente en la realidad) que los fabricantes de autopartes no son "contratistas" de las terminales automotrices, pero sí lo son —en el quizás más viejo de los ejemplos— los hilanderos o las "tintorerías industriales", respecto de los fabricantes de telas terminadas. En realidad si se ven las cosas desde el punto de vista, más fácil, de qué es lo que se considera en general un "producto terminado" (sí a la autoparte, no al hilado sin más elaboración), me parece que el único sentido de esto es el de que esa es la realidad de cómo se aceptan o no las cosas en la plaza. Hay un uso de plaza bastante detectable y difundido sobre qué cosas son un producto terminado y cuáles sólo una parte de un proceso a cargo de otro, lo que conlleva que cada una que elabora un producto terminado, es una empresa "completa" y no un accesorio o parte de otra. Y este uso de plaza, en el fondo, se atiene (sin decirlo y posiblemente sin pensarlo así) al volumen de la operación en uno u otro caso, de modo tal que el "contratista" deja de serlo (y pasa a ser un "empresario") cuando en los hechos tiene suficiente volumen económico como para responder a sus débitos laborales, aparte, claro está, de que pueda perderlo como cualquiera sin que las cosas cambien, si es que lo tenía antes verdaderamente.

Es la cuestión de la solvencia que se señaló al principio, como la esencia del problema, y que si alguna comprobación más requiere,

(4) Sobre las razones que van explícitas o implícitas en cada una de las soluciones en algún momento utilizadas por la ley argentina, ver el trabajo en LT, XXIII-A, 193 cit.

puede tomarla de la cantidad de grandes "tintorerías industriales" que al ser económicamente competentes, nadie, de todas maneras, plantea a su respecto que sean un caso de "distacco" o de subcontratación, pese a que, como se dijo, son posiblemente el caso más clásico de intermediación o segmentación empresaria considerado como tal.

De todos modos, por la razón que fuere, a partir de 1974, entre nosotros la LCT definió los casos de los contratistas a los que se iba a considerar tales y no verdaderos empresarios, conforme algunas características de las tareas de las que ellos y las empresas a las que prestaran su servicio se ocupasen.

Literalmente esto sólo pudo presentarse como un listado de adjetivos (calificativos de las actividades del contratista) que la práctica mostró hasta qué punto no pueden dejar de ser ambiguos y hasta ambivalentes, en todo caso nada definitorios: así se clasificó a las tareas que convierten o no al contratista en tal y no en empresa independiente, según la ley, alternativamente, en principal, accesoria, normal, específica y propia o, añadidas por la jurisprudencia y doctrina, tratando de sortear la inevitable equivocidad de los términos legales, en "secundarias", "escindibles", "complementarias" o "coadyuvantes".

O en España, donde se siguió un camino normativo muy parecido al nuestro, con la clasificación de los servicios u obras en "correspondientes (o no) a la propia actividad" (art. 42 ETE) pero al parecer concentrando la discusión alrededor de los adjetivos "indispensable" e "inherente". Y la solución parece haber sido muy expresiva de la naturaleza lógica (como tal irresoluble) del problema, porque la decisión de la STS del 24/11/1998, fue a favor del segundo término, que era el más restringido tal como se planteaban allá las cosas, pero que, en el caso concreto, resultó en la declaración de solidaridad de una empresa de enseñanza, frente al personal de su proveedor de servicios gastronómicos (5).

Es así como en la Argentina, hemos llegado hasta el presente sin tener una solución jurisprudencial predecible, ni aún para

(5) Ver de RAINOLTER, MILTON y GARCÍA VIOR, ANDREA, *Solidaridad laboral en la tercerización*, Astrea, Bs. As., 2008, p. 110. Ver también, escuetamente, *Derecho del trabajo*, de PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, 13ª ed., Madrid, 2005, p. 511.

los casos más netos y tradicionales de proveedores sobre los que se debe resolver si son contratistas, en el sentido de que pueden derivar en responsabilidad propia del "principal" con su personal, o posiblemente, según la ley, en responsabilidad solidaria de éste. Estos casos mas frecuentes son los de proveedores de servicios de seguridad y vigilancia, de limpieza o maestranza y de gastronomía (para el personal).

A esta lista, según el grado de desarrollo en el país (todavía bastante modesto), del proceso (universal) de especialización de tareas empresarias, se han ido agregando otros casos de eventuales "contratistas" cuya característica en común es la de ser tareas, o servicios, que según un modelo de organización empresaria anterior (más que nada el clásico, que entre nosotros es el de los 50/60) eran actividades atendidas con personal propio de la empresa "principal". Esta lista es bastante abierta pero a simple vista puede comprender: el mantenimiento (sea de inmuebles, sea de equipos), la informática (o la parte menos rutinaria de la informática) la comercialización, la terminación de productos o su preparación para la venta, la atención post- venta, la cobranza o la fabricación de ciertas piezas o partes, y la logística, la distribución o el "telemarketing". Y la solución de estos casos, naturalmente, es todavía más incierta que la de los del breve listado inicial que sigue sin resolver. Y por fin se agregan algunos sectores de producción con una " fisonomía contractual propia" (hoy sería "segmentada") tales como las concesionarias de ventas de automotrices, la actividad petrolera o la farmacéutica (6).

Los desarrollos posteriores que en el mundo se plantean como de "última generación", propios de la tan pregonada crisis del derecho del trabajo y producto, si no causa de la igualmente mentada (y descalificada) "flexibilización", son los que, en general se podrían resumir como de desconcentración empresaria: las empresas se dividen por crecientes especializaciones o por razones meramente organizativas (de costo, de contabilización de los costos, financieras, impositivas o sólo de optimización de la administración); se desagrupan en "grupos empresarios"; se segmentan, se descentralizan, se "tercerizan" operaciones o se las transnacionaliza o "globaliza".

(6) Ver de RAINOLTER, MILTON y GARCÍA VIOR, ANDREA, *op. cit.*, p. 195.

Esto último, se advierte desde ya, es lo único que, me parece, plantea para el derecho colectivo del trabajo un problema sin solución mientras se mantenga en los términos en que está (7). Como básicamente consiste en que en un mercado de mano de obra globalizada, el empresario puede poner en competencia a los trabajadores locales con otros extranjeros menos costosos (ya sea trasladando sus establecimientos al extranjero o importando productos fabricados por trabajadores más baratos); de hecho lo que esto logra es que los sindicatos locales pierdan el monopolio de representación de la mano de obra implicada, y con ello gran parte de su capacidad de negociación.

Y lo cierto es que los remedios conocidos para enfrentar directamente esta clase de fenómenos (devaluaciones monetarias, aranceles en frontera) tampoco son lo mejor que se pueda querer.

Pero sobre esto, en Argentina, es más lo que carecemos de experiencia que otra cosa, salvo en casos de empresas de gran tamaño (que son contadas y no debieran dar lugar a criterios trasladables al panorama general) o, si se quiere así, de los casos de privatización de empresas públicas, considerados como una "externalización" respecto del estado ex propietario. Lo más difundido en nuestro medio sigue siendo parecido a la temática de los contratistas, en sus planteos más conocidos, aunque con lista ampliada.

(7) Esto, según p. ej., GREENSPAN, ALAN (*La era de las turbulencias*, Buenos Aires, 2008) ha dado lugar en los últimos tiempos a una sostenida debilidad de los salarios en los países en desarrollo, pero es una situación que, a su juicio, tiende a durar pocos años más, cuando se agote la mano de obra sobrante en el mercado globalizado- Hasta ahora, dice, con ese mecanismo se han incorporado al mercado mundial de trabajo algo así como 150 millones de trabajadores de los países ex socialistas y un total de cerca de 1.000 millones de trabajadores (ps. 413/429/430/431/433).

WILLIAMS, RAYMOND, en *Hacia el año 2000*, Ed. Critica, Barcelona, 1984, ya describía, en 1983, el fenómeno de la migración de las empresas en búsqueda de mano de obra menos costosa, como un problema para la acción sindical (p. 110).

Capítulo II

El reflejo de la cuestión sobre las negociaciones colectivas

En este estado tan poco definido, casi sin resolver, llegan hasta ahora las cosas entre nosotros sobre este tema de los empresarios plurales —sino mezclados— dentro de su ámbito originario, que es el del derecho individual del trabajo. Y éste es el limitado acopio de ideas, experiencia y posibles respuestas que la rama individual provee al derecho colectivo, en el momento, reciente o estrictamente presente, en que este último debe hacerse cargo de la temática, porque la cuestión de los empleadores múltiples empieza a interferir más decididamente con las negociaciones colectivas.

Aunque en esta rama el problema varía: no se trata, como en el derecho individual, de solucionar los efectos de la insolvencia (actual o potencial) del intermediario o contratista, para protección del trabajador. En derecho colectivo el problema es con el mecanismo en sí, al que la pluralidad de empleadores impide funcionar con la facilidad (o con la forma) acostumbrada, que está adaptada a la estructura clásica de organización empresaria. La división de una actividad en varias o aun la de un empleador en más de uno (eventualmente considerando a sus actividades como distintas) lo que hace es problematizar, complicar, dificultar y volver más trabajosas las negociaciones colectivas unificadas (que en nuestro país fueron y son todavía un clásico absoluto) sobre todo cuando lo que era una sola entidad se presenta ahora como más de una; y/o pone en problemas la posterior vigilancia o control que los sindicatos puedan tener sobre el cumplimiento de convenciones colectivas, que hasta puede ser dudoso que alcancen o no a empleadores tercerizados o externalizados, que quedaron a cargo de actividades,

que antes, física y jurídicamente, y por más que fueran cosas bien diferenciadas, eran consideradas partes de un mismo todo, según un criterio nacional un poco mítico, según el cual en una empresa sólo se debiera aplicar la convención colectiva propia de la actividad principal (1).

(1) Ese criterio está tomado de lo que en general se acepta que dice —y en realidad no dice— el fallo plenario de CNTrab., en "Risso c. Química Estrella", 22/3/1957, DT, 1957-237, sobre que en un establecimiento sólo se debe aplicar un convenio colectivo, que es el correspondiente a la actividad principal. Aquel fallo no dijo eso, sino que a los viajantes de comercio de una empresa química que no había sido representada en la negociación del convenio de los viajantes, no se le puede aplicar ese convenio. En esencia, lo que se le atribuye es una afirmación más que nada adaptada al propósito concentrador de la legislación sindical argentina, porque dicho esto así, en absoluto, termina por ser más falso que cierto: en el medio existen innumerables casos de convivencia de representaciones sindicales y convenios aplicables a partes diferenciadas de un mismo establecimiento.

Capítulo III

Las respuestas posibles en el ámbito de las negociaciones colectivas

Cuando las tareas externalizadas o tercerizadas todavía son parte de lo que, a los efectos de las negociaciones colectivas, sigue considerándose una misma actividad, la primera parte del problema casi no existe, dado el sistema de representación generalizada (de afiliados y no afiliados) con que nuestra legislación se maneja como regla. Lo que puede subsistir es la parte del problema referida a las dificultades de control del cumplimiento de los convenios en unidades más chicas y dispersas, o de los mayores costos que ese control extendido suponga. O en todo caso, si el grado de segmentación empresaria deviene en un panorama de muchas empresas sin un predominio visible de alguna, a lo que puede dar lugar es a un problema real sobre como conseguir un agente unificado de negociación empresarial, que sea realmente representativo.

Pero fuera de ese caso más sencillo, en los supuestos de segmentaciones o descentralizaciones mas "específicas", no parece posible, por lo menos por el momento, hacer más que un informe al muestreo, tratando de esquematizar las previsiones que, al respecto, aparecen en convenciones colectivas de actividades en las que, según la experiencia, la descentralización organizativa está bastante extendida (aunque más bien limitada a hipótesis de contratistas). Así:

a) Como definiciones directas de un CCT, positivas en el sentido de que obliguen o traten de alcanzar con sus disposiciones a los contratistas, se ha acordado que el CCT comprenda también a los contratistas o subcontratistas que presten servicios propios

de la actividad (art. 4º, CCT 663/04 E); o específicamente al personal de mantenimiento sin distinguir de quien dependa (art. 1º, CCT 527/08); o que la solidaridad con los contratistas se dé en todos los casos y no sólo en los previstos por la ley (art. 2.b, CCT 315/99) (1); o que el CCT alcanza a todo trabajador empleado en tareas propias y específicas de la actividad o administrativas coadyuvante (art. 4º, CCT 663/04 E), términos que, dicho sea de paso, son muy parecidos a los de la LCT pero literalmente (lo de "propias") un poco más limitados; o que el CCT comprende también al personal de los contratistas y subcontratistas y (el de) otras empresas privadas integrantes o no de las Cámaras empresarias, cuya actividad está vinculada a la actividad petrolera (art. 3º, CCT 449/06); o que el convenio alcanza a "la totalidad de los trabajadores" que realicen la actividad del CCT, aun los ocupados por contratistas (párrafo introductorio CCT 508/07); o que *"las empresas no podrán contratar o subcontratar obras, servicios o trabajos de la actividad normal y específica del establecimiento, salvo que aquellas se encuadren y cumplan con la CCT y acepten la representación sindical Química y Petroquímica"* siendo de todos modos, en esos casos "principal responsable de la contratación o subcontratación efectuada" (art. 33, CCT 77/89).

b) Como definiciones abarcativas o positivas, pero indirectas (o "a contrario") en el CCT 730/05 E, la empresa se obliga a no aplicar otro convenio (art. 4º); o se establece que el CCT alcanza a todo trabajador que preste servicios propios y específicos de la actividad aceitera" (art. 4º, CCT 663/04 E); o, lo mismo, que la CCT se aplicará a todo trabajador que realice operaciones de carga y descarga (art. 4º, CCT 508/07); o, por exclusión, que se aplicará a todo trabajador no comprendido en otro CCT (art. 5º, CCT 511/07); o que queda incluido en el CCT todo trabajador "que por sus funciones debiera estarlo" (art. 1º, CCT 489/07).

c) También hay definiciones negativas directas, de casos de contratación o subcontratación admitidos: el CCT 663/04 E excluye expresamente los proveedores especializados de actividades "norma-

(1) Esta cláusula convencional no es de fácil compresión, lo que hace inseguro su alcance; al final del primer párrafo dice que la solidaridad es respecto de las obligaciones adquiridas por los contratistas con su personal "en los términos de la legislación vigentes", no quedando (me) claro si esto se refiere a las obligaciones de ley o a la solidaridad en los términos de la ley, lo cual, esto último, haría sobreabundante a esta cláusula.

les y específicas", a saber: construcción, reparación, mantenimiento de obras civiles, sistemas de vigilancia y seguridad, servicio de limpieza y mantenimiento provisto por terceros, preparación, distribución y servicio de comidas, manejo, recepción y despacho de cargas y materiales, servicios médicos y de enfermería, servicios de informática y de transporte" (art. 7º); el CCT 527/08 excluye al personal de "empresas especializadas y/o contratistas y/o empresas de servicios eventuales que se desempeñan en la empresa en tareas como la construcción" (art. 1º); o el 663/04 E excluye a los trabajadores del servicio de vigilancia (no dice que esto es así cuando el servicio está a cargo de terceros) el de construcción, de servicios de comidas "tercerizados", servicio médico y de enfermería, mantenimiento y limpieza, o "los empleados de empresas de servicios especializados que no correspondan a las actividades normales y específicas de la empresa" (art. 4º).

Capítulo IV

Breve esquema de las cláusulas convencionales sobre contratistas

A partir de este panorama, o de este esbozo de panorama, las previsiones con que en los convenios colectivos se trata de regular el problema de las empresas multiplicadas, creo que pueden esquematizarse así:

a) Una posibilidad, que se usa, en las CCT, es la de derivar el control de cumplimiento al empresario que recibe la provisión de obras servicios, ya sea directamente, encargándosela de modo explícito, ya sea indirectamente, por vía de establecer la solidaridad del contratante o contratista. O sea, para decirlo simplemente, repitiendo lo que dice la LCT, con lo cual este tipo de cláusulas tiende a ser un poco redundante.

Pero en los convenios colectivos pueden aparecer con algunas variantes: una, cuando disponen que los contratistas por los cuales responde o a los cuales debe controlar el principal, son más que los previstos en la LCT. En estos casos el control extendido no parece tener nada que llame la atención, porque nada de objetable hay en que los empleadores tomen la obligación de controlar más cosas que aquellas a las que legislación les obliga a hacerlo. El problema sería con la sanción a la falta o el defecto de este control, porque habría que ver si la disposición del Código Civil según la cual la solidaridad sólo puede establecer por ley, por tratamiento o por contrato (individual, quiere decir) significa que por medio de una CCT no se puede hacer eso de extenderle lo de la ley a casos no previstos en ella (1).

(1) Eso es lo que resultaría del art. 699 del Código Civil, salvo que se atribuya al CCT carácter de "título constitutivo".

Otra variante en los convenios colectivos que a mi juicio es lo mismo, es la de hacer explícita una lista de actividades a las que se deberá, según sus disposiciones, considerar de las "normales y específicas" a los efectos del art 30 LCT, incluyendo en ese listado algún servicio u obra que uno o varios tribunales no compartan que esté incluido en los términos del art. 30, con lo cual, de hecho, el problema —de nuevo— es si resulta válida esta extensión más allá de donde la ley dispone.

b) Otra previsión posible y utilizada en las CCT, es lo de que el CCT alcance a todo personal que trabaje dentro del establecimiento, o visto de otro modo, que el empleador "no aplicará otro convenio".

En la medida que una cláusula así se refiera a personal (propio o tercerizado) incluido en el ámbito del convenio, nuevamente se está frente a una obviedad redundante.

Pero lo que manda es si aplicar el CCT a todo trabajador que entra en una planta, en cualquier condición y para hacer lo que sea, esto puede contener más de un exceso y/o error. Para tratar de facilitar las cosas con un ejemplo, está el caso de los trabajadores de empresas fabricantes de pintura, proveedoras de terminales automotrices que por razones técnicas, realizan o controlan los procesos de colocación de pintura directamente dentro de la planta automotriz, y sostener o acordar que a estos trabajadores, a los efectos del CCT, se les debe aplicar el de las automotrices, plantea por lo menos los siguientes puntos dudosos:

1. Es posible que un acuerdo y sobre todo una práctica así, implique el ejercicio de unas facultades de encuadramiento convencional —si no sindical también— que no tienen ninguno de los dos firmantes del convenio.

   Mal o bien, el sistema nacional de inclusión/exclusión del ámbito de los convenios colectivos parte de la base —al menos en la parte principal que es la de los convenios de actividad— de que el trabajador está encuadrado en la actividad a la que se dedica su empleador (no importa dónde la realice) y esto se acepta prescindiendo de la preferencia de los trabajadores implicados por cuestionable que esto último a veces resulte desde el punto de vista de la libertad sindical y personal.

2. Es también posible que un acuerdo de este tipo esté invadiendo las libertades individuales de los trabajadores comprometidos, a ser representados sindicalmente por quien la ley designe para hacerlo y no por quien digan terceros que, como se acaba de decir, no están habilitados para tomar una decisión así.

3. Desde ya que un convenio como éste, limita sin facultades el alcance de la representación que, según su personería gremial, ejerce el sindicato de la actividad del proveedor (y sin darle oportunidad de opinar).

c) Es posible, aunque menos frecuente de lo que se podría esperar en correspondencia con el modelo sindical nacional, que las CCT prohíban a las empresas subcontratar obras o servicios propios de su actividad, o que en el pasado se venían realizando con trabajadores propios.

En principio ésta parece una limitación excesiva de la libertad de contratar y de la de empresa (por el lado de organizar como convenga las propias actividades), aunque sería el caso de caso de una limitación a la libertad de contratar que se produce mediante un contrato celebrado libremente (o de una autolimitación a la libertad de empresa), caso muy parecido a lo que se dio en el antecedente " Figueroa c. Loma Negra" , donde la CSJN decidió que la estabilidad absoluta pactada en un CCT ("contratada") viola la libertad de contratar.

En realidad, esta cuestión depende más bien de la perspectiva con que se expliquen los CCT: si se los ve como contratos —también individuales— aunque celebrados en colectividad (como es mi forma de ver las cosas), es difícil que se pueda sostener que al celebrarlos de algún modo se vulnera la libertad de contratar. Pero si se los explica, como es lo más frecuente, como normas heterónomas para las empresas y trabajadores individualmente considerados, creo que en ese caso es inevitable concluir que este tipo de cláusulas se enfrentan con las libertades de contratar y de empresa (2).

(2) El antecedente de la CSJN "Potenze c. FEC" (12/4/1972, DT, 1972-579) debe contener la más clara concepción de la jurisprudencia de este tribunal sobre el carácter contractual de los CCT. Pero no parece que esto sea suficiente para asegurar que según esa concepción, para los obligados por los CCT, sus cláusulas sean

d) Por último, existen cláusulas que tratan la cuestión directamente disponiendo la aplicación de los CCT. a los contratistas y a su personal.

Y de nuevo es que si los contratistas participan de la misma actividad del principal, esto podría ni siquiera decirse, porque quedan alcanzados —también su personal— por la representación generalizada que se ejerza de una y otra parte al negociar la convención.

Pero si los contratistas están fuera de la actividad representada por las partes de la negociación, para ellos una cláusula que los incluya en un convenio de cuya celebración no participaron, sería visiblemente inoponible, y en caso de duda sería necesario un trámite de encuadramiento convencional, de esos que con rara unanimidad, entre nosotros se acepta que son tan difíciles, porque no quedan a cargo de nadie.

De todos modos este supuesto del contratista ajeno a la actividad al que sin perjuicio de ello se lo trata de incluir en el CCT, es previsiblemente el que más tendencia o más posibilidades tenga de presentarse en la realidad, porque por la forma de ser las cosas, los contratistas en esta posición serían los más impulsados y mejor posicionados para resistir su inclusión en un convenio para ellos extraño.

El otro supuesto parecido, el del contratista que debió "aceptar" la inclusión en el CCT porque en caso contrario éste "prohibía" al principal la contratación, quizás fuese objeto de un planteo sobre vicio en la voluntad o sobre ejercicio arbitrario (hasta eventualmente discriminatorio) de la libertad de contratar (por parte del principal). Pero en todo caso un planteo mucho menos previsible en la realidad.

autónomas. JUSTO LÓPEZ, por ej., decía que con los CCT se ejercía autonomía de las organizaciones, pero que esta autonomía era heteronomía (autoridad de las organizaciones) para los obligados (*Autonomía privada colectiva*, JA, doctrina 1971-269).

En el caso " Figueroa c. Loma Negra", la CSJN (04/08/1984, ED, 1984-4) descalificó la estabilidad absoluta pactada en un convenio colectivo como contraria a la libertad de contratar y si bien no tiene mucho sentido extender críticas sobre un fallo cuyo contenido claramente estaba más bien en lo que decidió, lo cierto, también, es que teniendo más en cuenta el carácter contractual de la CCT, para decidir lo mismo, los fundamentos pudieron no ser iguales.

Capítulo V

En resumen

En síntesis creo que lo primero a destacar es que el fenómeno de las descentralizaciones o desconcentraciones empresarias (por especialidad o meramente organizativas) es un problema que no ha llegado de pleno a la Argentina, porque depende de un grado de desarrollo empresarial hasta ahora aquí no generalizado. Pero que en cuanto se refleja sobre las negociaciones colectivas, es lo previsible que ponga a las estructuras sindicales, tal cual como están organizadas, en francas dificultades para llevar adelante negociaciones del alcance hoy conocido.

En cuanto a la otra presentación sustancial del tema, la de la "transnacionalización del mercado de mano de obra", para lo cual ya apunté que no se ve una solución eficaz disponible, de todos modos, para nosotros es una cuestión que no solemos —o no podemos—, concebir desde la misma perspectiva que en los países de economías "centrales". Si bien es cierto que los trabajadores y sindicatos locales están en los últimos tiempos continuamente expuestos a la alternativa de radicación de empresas o, sobre todo, de plantas nuevas, en otros países —más que nada vecinos al menos en lo que se advierte— también es cierto que Argentina no es un país de radicación originaria de empresas que salgan en búsqueda de mano de obra más barata. Más bien, en ocasiones, nuestro país funciona como la oportunidad de radicación menos costosa.

Y en cuanto al reflejo de la cuestión de los contratistas en las negociaciones colectivas, que es lo que más nos concierne, lo que se ve es un esfuerzo de los agentes de negociación de la estructura tradicional por mantener a ésta dentro de su presentación clásica,

pero, me parece, no un esfuerzo tan importante ni por medios generalizadamente colectivos.

Si es cuestión de sintetizar, las cláusulas que aparecen en las CCT tratando de resistir la desconcentración concretada por medio de contratistas, plantean entre nosotros dos problemas principales: uno el del ejercicio indebido de facultades de encuadramiento convencional por parte de los agentes de negociación, problema prácticamente irresoluble entre nosotros —al menos de una manera general y predefinida—, pero no porque el problema en sí no tenga solución, sino por el extraño estado en que está la cuestión de los encuadramientos convencionales en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

El otro, me parece que más sustancial, es el de la violación de las libertades de contratar y de empresa, ya sea de las empresas "principales" (sobre todo si el CCT. se entiende ser para ellas una norma heterónoma) o, más que nada, de las contratistas (de ramos distintos a la actividad principal).

Sin embargo, lo que parece a simple vista poco probable, es que el juego de los intereses tal como se da en la estructura de relaciones vigente, pueda derivar en planteos judiciales de estas cuestiones; ni las sobre encuadramientos indebidos ni aún las sobre aplicación compulsiva de convenios ajenos, que serían las con mayor tendencia a producir alguna forma de contencioso, aunque sea defensivo.

Planteos de trabajadores en defensa de sus libertades sindicales individuales, creo que pueden descartarse, probablemente como una demostración práctica de la escasa autonomía real que contiene el sistema argentino de representación sindical.

A propósito de la descentralización productiva: anotaciones sobre contratistas y subcontratistas en el marco de la seguridad social

Por Roberto Izquierdo

Capítulo I

Introducción

Sin la pretensión de indagar sobre la variedad de sentidos con que la reflexión jurídica aprehende modernamente la noción de "descentralización productiva" (la obra a la que se agrega el presente estudio ofrece suficientes contribuciones al respecto) y sus consecuencias en el plano del trabajo asalariado, es común la aproximación a este fenómeno desde un retorno a la perspectiva que ofrece el tradicional desempeño de contratistas y subcontratistas (1); esto es, de las personas físicas o jurídicas que contraen con el empresario principal el compromiso de ejecutar una obra o prestar un servicio dirigiendo la labor de su propio personal para la realización de tal

(1) Más allá de la abundante bibliografía que brinda la experiencia comparada en torno al fenómeno de la descentralización productiva, la opacidad que aún registra y la inquietud que provoca entre nosotros esta noción, promueve el seguro refugio de su afiliación a la más conocida problemática de contratistas y subcontratistas. Una manifestación de ese tácito estado de espíritu puede compulsarse en la sanción de la reciente ley 26.390 sobre trabajo de menores, entre cuyas condiciones habilitantes del trabajo familiar de los mismos entre 14 y 16 años a título de excepción a la edad mínima de 16 años para la admisión al empleo, bajo condiciones de jornada reducidas a la vez que ajenas a toda forma de insalubridad, aseguramiento de la asistencia escolar y autorización estatal, prevé en el segundo párrafo de su art. 8º incorporado como 189 de la LCT lo siguiente: "...*Cuando, por cualquier vínculo o acto,* ***o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva****, la empresa del padre, la madre o del tutor se encuentre subordinada económicamente* ***o fuere contratista o proveedora de otra empresa,*** *no podrá obtener la autorización establecida en esta norma*" (negrita nos pertenece). A su turno, al sustituir la ley 25.689 de 2003 el art. 8º de la ley 22.431 de 1981 incorporó la ***tercerización de servicios*** como una de las situaciones a computar para la cobertura por discapacitados idóneos del cupo obligatorio de personal a ocupar en el empleo público de los tres poderes del Estado Nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos.

cometido (el contratista) sin mengua de servirse, a su vez, mediante una sucesiva relación obligatoria, de la prestación de otro u otros que con igual régimen de autonomía tomen a su cargo una parte de la misión original (el subcontratista) y sea que tal intervención delegada en éstos aparezca prevista en aquel compromiso inicial o que les resulte confiada autónomamente por el contratista inicial (en este caso, claramente, a modo de subcontratante) (2). En efecto, la realidad muestra que aunque existente desde antiguo, pero fuertemente presente en el tiempo actual al auspicio de las mutaciones de los mercados de productos y servicios y de la vertiginosidad del cambio tecnológico (incluyendo bajo este genérico supuesto tanto las innovaciones en los aspectos técnicos del equipamiento productivo como en lo concerniente a las tecnologías blandas más visibles en términos de técnicas organizativas, con las consiguientes exigencias de nuevas o renovadas cualificaciones de los trabajadores en ambos casos), aquel clásico circuito contractual se prolonga en múltiples contrataciones, para cuyos destinatarios se mantiene la denominación de "subcontratista".

Aludimos antes a lo de "tradicional" porque, bien que con distinto sesgo y diversidad de técnicas jurídicas, las figuras de contratistas y subcontratistas (a veces confundidas entre sí por la dificultad que puede presentar su consideración en la integración de la red de contratación de la que frecuentemente forman parte) han sido materia de atención del legislador en la evolución de nuestras leyes del trabajo, sin que resulte ocioso el confronte de ese tratamiento con el dado a los "terceros" o "intermediarios" legalmente habilitados como meros proveedores de mano de obra temporaria para satisfacer necesidades no ordinarias de las empresas que los requieren, aun cuando esta situación diste de expresar cualquier forma de manifestación descentralizadora de la producción (II); otro tanto puede decirse de la consideración de contratistas, subcontratistas e intermediarios en el azaroso proceso formativo de nuestras leyes

(2) Para un examen de las relaciones jurídicas que emergen de la contratación y subcontratación, bien que específicamente encuadradas en el art. 30 de la LCT, pero igualmente expresivas para las apreciaciones genéricas del texto en torno a estas formas de vinculación jurídica y su proyección sobre los trabajadores de contratistas y subcontratistas, remitimos al insoslayable comentario a dicho dispositivo de FOGLIA, RICARDO A., en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, dirigida por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI y coordinada por ANA ALEJANDRA BARILARO, Ed. La Ley, Bs. As., 2007, t. II, ps. 361/363.

de previsión social (3) (III). Las primeras procurando la protección del crédito de los trabajadores de unos u otros, las segundas haciendo lo propio respecto de las obligaciones de contratistas y subcontratistas frente a lo que hoy reconocemos como los subsistemas contributivos de la seguridad social. Y que esto resulte así nada tiene de relevante; sin entrometernos en cualquier forma de polémica (de todos modos, creemos, ya superada) (4) acerca de la autonomía del Derecho de la Seguridad Social a la vez que de sus conexiones con el Derecho del Trabajo en cuyo seno aquella nació, es por demás sabido que, amén de histórico, el núcleo central de esta disciplina ha pivoteado siempre sobre la situación de los trabajadores y, en especial, de los trabajadores dependientes (5); y tanto es así, que no obstante la creciente incidencia de los recursos de origen fiscal (6), las cuentas oficiales aún muestran a las cotizaciones sobre la nómina salarial financiando poco menos de la mitad de las erogaciones del régimen previsional. A su vez, en uno y otro campo —las leyes del trabajo y las de la seguridad social— el abordaje de tales protecciones ha observado diversidad de técnicas (IV).

Sin embargo, el unificado tratamiento legislativo que ahora reciben ambas luego de emplazadas en el exclusivo marco del ordenamiento laboral concita algunas reflexiones e interrogantes suscitados por la diferente naturaleza de los créditos que cada una procura resguardar, a poco que examinemos la cuestión desde la perspectiva del derecho de la seguridad social. A poner de resalto la vinculación de esta disciplina con los contratistas y subcontratistas —protagonistas si no típicos pero frecuente manifestación contractual de las relaciones jurídicas que anidan en la realidad de la descentralización productiva— van dirigidas aquellas reflexiones e in-

(3) Ver al respecto, BRITO PERET, JOSÉ I., *Aspectos en el desarrollo legislativo y jurisprudencial del régimen previsional. Las reformas silenciosas*, DT, 2004 (marzo), 305 - DT, 2004-A, 305.

(4) DEVEALI, MARIO L., *La interpretación de las leyes del trabajo*, DT, 1948-161. Sobre la combinación de conexidad y tendencia emancipadora del Derecho de la Seguridad Social respecto del Derecho del Trabajo, ver ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1977, vol. I, ps. 104 y sigtes.

(5) DEVEALI, ídem.

(6) Es de conocimiento común poco más de la mitad de los recursos para la financiación de dicho régimen son de fuente fiscal. Ver como ejemplo al respecto la ley 23.966, Título II.

terrogantes (V) con las que nos proponemos culminar estos breves apuntes, una vez repertoriados los puntos salientes de la evolución normativa que precedió a la mentada unificación y las técnicas de responsabilización usadas en ese decurso.

CAPÍTULO II

CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS EN LA EVOLUCIÓN DE NUESTRAS LEYES LABORALES

SUMARIO: A. En las antiguas leyes generales.— B. En la Ley de Contrato de Trabajo.— C. En la ley de trabajo a domicilio de 1941.— D. En los demás estatutos profesionales sancionados en la década del 40.— E. Los casos de periodistas y empleados de empresas periodísticas.— F. El Régimen Nacional de Trabajo Agrario de 1980.— G. El estatuto de la industria de la construcción, también de 1980.

A. EN LAS ANTIGUAS LEYES GENERALES

Al evocar en este plano la cuestión del recurso a contratistas en la actividad productiva se hace de recibo recordar que el texto original del art. 6º de la hace casi dos décadas derogada ley 9688, sancionada en 1915, ya preveía que: "*La responsabilidad del patrón subsiste aunque el obrero trabaje bajo la dirección de contratistas de que aquel se valga para la explotación de su industria*". Cabe colegir que con esa extensión de responsabilidad el legislador de la época dio el primer signo normativo de la desconfianza que provocaba la intervención de contratistas; la menguada capacidad económica que solía mostrar el contratista comparada con la del empresario dador de la obra, trabajo o "industria" como entonces se lo decía, justificaba el recelo de posible insolvencia del primero para atender la responsabilidad por los infortunios laborales de los trabajadores bajo su dirección, recelo indiferenciado ya alertado tiempo atrás por los movimientos sindicales que propiciaba, sin más, la abolición del "sistema de subcontratistas" (1).

(1) RAMÍREZ BOSCO, LUIS, *Subcontratistas e intermediarios en la ley de contrato de trabajo*, LT, XXIII-193.

Ocho años después, ahora con relación a la protección del tiempo, lugar y forma del pago del salario, el art. 6º de la ley 11.278, sancionada en 1923, obligó a "*las personas*" (2) para quienes trabajaren contratistas o intermediarios a retener y entregarles, a exigencia de los empleados u obreros ocupados por éstos, "... el importe de los sueldos o salarios devengados en uno de los períodos de pago que establece esta ley, si en el día de su vencimiento no se les hubiesen pagado." Como podrá apreciarse, desde la perspectiva que da el tiempo transcurrido luego de esta antigua ley y de algunas que la siguieron, se puede apreciar en la norma la referencia a la ambigua figura del "intermediario" con igualdad de rango que la del contratista en el mecanismo legal porque ambos "ocupaban" a los trabajadores cuya percepción del salario el dispositivo apuntaba a proteger; esto es, a trabajadores dependientes, a órdenes o dirigidos por cualquiera de ambas figuras; de otro modo, resultaba poco convincente que el trabajador pudiera exigir la retención a aquél para quien trabajaba el intermediario si no fuera éste quien normalmente tenía a cargo el pago del salario. Luego, en el contexto de la ley 9688, el "intermediario" era tan patrono respecto del obrero que ocupaba como el "contratista" del suyo. Con escasas variantes la redacción de esta antigua norma se reprodujo en el primer párrafo del art. 150 de la LCT sancionada en 1974, persistiendo sin variación bajo el numeral 136, luego de ordenarse su texto por decreto 390/76 con motivo de los cambios que a dicho ordenamiento le introdujo la ley 21.297.

---

(2) Así rezaba el dispositivo, probablemente para no dejar afuera a nadie, incluso a quienes no resultaren titulares de una "explotación" a la que refería la ley 9688, como es el caso de quien encomienda la construcción de su propia casa a un contratista del ramo, y al que la jurisprudencia ponía al margen de la responsabilidad por el accidente del obrero de éste mientras no se acreditare que el dueño hubiere dirigido la obra. Esta ley, cuya sanción original había sido incorporada a los Códigos Civil y Comercial, derogando las disposiciones de éstos que se le opusieran; su sanción original requirió para su promulgación la insistencia del Congreso frente a algunas objeciones planteadas por el Poder Ejecutivo al texto primitivo. Con todo, aquella resistencia del ejecutivo afloró inmediatamente en un decreto de 1926 que excluía de su aplicación a las reparticiones del Estado bajo el argumento de que sus previsiones estaban sólo dirigidas a la defensa de los obreros y empleados de la industria privada; pero, no llegó a pasar un año para que este decreto fuera derogado por otro. Entretanto, había sido sancionada la ley 11.337 de 1926 introduciendo algunas modificaciones a la ley 11.273, una de ellas referida a los plazos para el pago de remuneraciones en las explotaciones del Estado y en las empresas de transporte establecidas por concesión nacional. De todas estas alternativas y con transcripción de todas estas normas, da cuenta RAMÍREZ GRONDA, *op. cit.*, ps. 212 y 213.

Entretanto, la ley 11.729 —evidente embrión de un futuro régimen general del contrato de trabajo al modificar en 1933 los arts. 154 a 160 del Código de Comercio— guardó silencio sobre la temática de contratistas y subcontratistas. Luego, mientras no se advirtiere la ocultación de una maniobra para burlar sus previsiones bajo la interposición fraudulenta o simulada de un "hombre de paja", la acción del trabajador al auspicio de las mismas solo debía dirigirse contra su empleador directo, cualquiera fuere el lugar que ocupare éste en la eventual cadena de contratación que existiere. Aun cuando sólo se tratare de un subcontratista y los actos en que intervino su contratista lo fueren por cuenta de él; y salvo, desde luego, que el objeto del empeño fuere una locación de obra y por aplicación del derecho común —art. 1645 del Código Civil— el trabajador del contratista encontrare satisfacción accionando directamente contra el dueño de dicha obra con el límite de lo que éste adeudare a su patrono.

Trasladada, pues, la cuestión a la identificación del pseudo contratista por contraposición al contratista verdadero, lo fuera por aquellas reprochables formas de interposición, o por su evidente o imaginable insolvencia previa (3), como argumento para descar-

(3) Así los llamaba DEVEALI, MARIO L., *Los pseudos contratistas y la burla a la ley 11.729*, DT, 1944-575, en comentario al pie del fallo "Chadravicius, José c. Fhurman S.A.", CPaz Letrada de Cap., sala IV, 25/09/1944, donde, justificando el pronunciamiento, decía: "El fallo actual examina una cuestión casi nueva entre nosotros y sobre la cual, en cambio, existe una abundante jurisprudencia en otros países. No se trata de la conocida teoría sobre la responsabilidad solidaria o subsidiaria del empresario que se sirve de un contratista, con respecto a los obreros utilizados por el mismo; teoría que se invoca para justificar algunas disposiciones de la legislación positiva, especialmente en materia de accidentes del trabajo. La cuestión examinada por el fallo actual es completamente distinta y consisten en determinar cuando se trata de un *verdadero contratista* —cuya función económica, especialmente en algunas ramas de actividad, no puede seriamente negarse— y cuando en cambio el contratista representa solamente un hombre de paja, un vulgar biombo que sirve para ocultar al verdadero empleador, a efectos de evitar que éste tenga que responder con su patrimonio a las obligaciones que pueden nacer de la relación laboral. La distinción entre el verdadero contratista y el contratista simulado o por lo menos artificioso, no siempre es fácil. En efecto, al lado de los casos típicos, son numerosos los casos intermedios, en que el propósito fraudulento parece acompañarse de una seria justificación económica. Se trata entonces de decidir hasta qué punto ésta es suficiente para legitimar la situación, con prescindencia del primer factor ...". En el caso, en virtud de la maniobra utilizada por el demandado —el empleador verdadero— y la circunstancia que el aparente contratista era su ex empleado inclinó al tribunal a considerar a éste un insolvente.

gar la responsabilidad del empleador real, generóse una profusa y matizada jurisprudencia cuya reseña excede los propósitos de estos apuntes (4). De todas maneras, innecesario parece insistir que tanto para entonces como hasta hoy el descarte jurídico de la intervención del contratista o subcontratista aparente legitimaba y legitima la acción del trabajador direccionada contra el verdadero empleador cualquiera sea la posición ocupada por éste en el encadenamiento contractual nacido de los diversos modos que adoptan los procesos de descentralización productiva.

B. En la Ley de Contrato de Trabajo

A esta suerte de fragmentación legislativa en orden a la protección de los diversos créditos laborales de los trabajadores al servicio de contratistas y subcontratistas le puso fin en 1974, la Ley de Contrato de Trabajo 20.744.

Concentrándonos en estos supuestos y en los aspectos más salientes, su art. 32 dividió la cuestión en dos planos en función del tipo de obras, servicios o trabajos a los que contratistas o subcontratistas realizaren o prestaren a sus contratantes.

De los aplicados a la actividad principal o accesoria de éstos, ambos —esto es, contratante y contratista o subcontratista— resultaban solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con o respecto de los trabajadores de uno u otro de los segundos y durante el tiempo de duración de sus contratos, tanto en el orden laboral como de la seguridad social; y al propio tiempo, el dispositivo imponía al contratante exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. En cambio, considerábase que la relación de trabajo del personal afectado a la contratación o subcontratación encontrábase constituida con el principal cuando las obras, servicios o trabajos correspondieren a la actividad normal y específica propia del establecimiento de éste y se desarrollaren

(4) Un ilustrativo resumen de esta situación, a la época del pronunciamiento, puede verse en la nota sin aclaración de autor *Responsabilidad del contratrista o subcontratista frente a la ley 11.729,* puesta al pie del fallo recaído en autos "Reynoso, Canuto L. y otros c. Compañía Forestal Tajiber", CNTrab., sala II, 30/04/1949, LA LEY, 54-638.

dentro de tal ámbito; y esto así, preveía la norma en su locución final, "... especialmente a los fines de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajo y de la representación sindical de la actividad respectiva".

En suma, mientras el compromiso fuese atinente a lo que el dispositivo identificaba como "actividad principal o accesoria" y con independencia del lugar donde se lo ejecutare, consagrábase la responsabilidad solidaria del empresario principal y su contratista o subcontratista frente a los créditos laborales del respectivo personal de éstos y a los créditos de la seguridad social nacidos al conjuro de las relaciones de trabajo afectadas al cumplimiento de aquel compromiso. Diferentemente, en tanto la labor del trabajador del contratista o subcontratista se practicase al interior del establecimiento del principal y aplicada a la "actividad normal y específica propia" que allí se desarrolla, su relación de trabajo quedaba "constituida" con éste en virtud de ser así "considerada" por el precepto; como fundamento de esta *consideración* han sido evocadas expresiones de la exposición de motivos de la ley relativas a la no admisibilidad de "... la subcontratación, si de ello se deriva la afectación de la unidad de ejecución del art. 6°" (5).

Por su parte, el precedente art. 31 consideraba empleados directos de la empresa a los trabajadores contratados por terceros al fin de proporcionarlos a aquélla. En tal supuesto empresa y proveedor de mano de obra resultaban frente al trabajador así contratado solidariamente responsables en la doble dirección antes explicada para el art. 32 concerniente al plano de la "actividad principal o accesoria": esto es, "...de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social".

(5) La evocación pertenece a FOGLIA, RICARDO A. en su comentario sobre el art. 30 de la LCT, en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, dirigida por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI y coordinada por ANA ALEJANDRA BARILARO, Ed. La Ley, Bs. As., 2007, t. II, p. 319. Para nuestro modo de ver las cosas, podría suponerse que el proyectante de la LCT entendió a esa posibilidad de interposición contractual como un fenómeno antinatural en el contexto de la noción de establecimiento del art. 6º, y a esta noción un estándar al estilo de los civiles, como la moral y las buenas costumbres o el buen padre de familia, cuya inobservancia alterara sus fundamentos esenciales. Desde luego que si la suposición fuere correcta, tal inteligencia parecería exagerada. De todos modos se trata de una norma derogada.

Ambos dispositivos —los arts. 31 y 32— fueron modificados en 1976 cuando la ley 21.297 introdujo reformas en el Régimen de Contrato de Trabajo de la ley 20.744 y el texto ordenado resultante los renumeró 29 y 30, respectivamente.

Por suficientemente conocidos en su versión actual y ser materia de otros estudios en la presente obra parece innecesario transcribir sus textos actualizados.

Ello no obsta, a la vista de los posteriores cambios normativos que también experimentaron, a precisar que el ex art. 31 que se viene de examinar, ahora 29, conservó los dos párrafos que totalizaban su redacción original, pero agregó un tercero por el que se exceptuaban de los alcances del dispositivo los servicios prestados por trabajadores de empresas de servicios eventuales reconocidas por la autoridad de aplicación (el Ministerio de Trabajo conforme el art. 9º de la ley 20.744, aprobatoria del Régimen de Contrato de Trabajo original). La Ley de Empleo sancionada en 1991, sin embargo, redujo fuertemente esa excepción incorporada por la ley de reforma de 1976: con la creación del hoy vigente art. 29 bis fija la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores que le suministre la empresa de servicios eventuales, a la vez que obliga a la primera ("... deberá...", dice) al depósito en término de los respectivos aportes y contribuciones de esos trabajadores para la seguridad social, en virtud de lo cual le impone el deber de retener tales montos de los pagos que efectúe a la segunda; además de ello, el dispositivo adicional extiende al trabajador suministrado por la empresa de servicios eventuales la representación sindical, amparo de la convención colectiva y beneficios de obra social correspondientes a la empresa usuaria durante su efectivo desempeño en la misma. Y, paralelamente, también la Ley de Empleo cubrió el vacío que producía la explicada supresión de la excepción en el art. 29, sustituyendo el mentado tercer párrafo que le agregara la reforma de 1976 por otro que ahora caracteriza el vínculo laboral del trabajador de la empresa de servicios eventuales como de permanente continuo o discontinuo en los términos del art. 99 de la propia LCT y 77 a 80 de ella misma; del juego combinado de los arts. 77 de la ley 24.013 y 4º, segundo párrafo, del decreto 1694/06 el trabajador contratado para ser proporcionado a terceros usuarios de su labor se encuentra unido con la empresa de servicios eventuales por un vínculo permanente discontinuo.

Como se verá, en este marco de interposición contractual la solidaridad pasiva entre quien recibe y quien proporciona trabajadores queda textualmente limitada al plano de las obligaciones laborales cuando el proveedor sea una empresa de servicios eventuales legalmente habilitada a ese título (art. 29 bis), mientras que la carencia de esta habilitación abre la solidaridad en ambas dimensiones —laboral y de la seguridad social— reforzando la consideración de la usuaria como empleadora directa y esto así más allá de la existencia o no de una situación fraudulenta o simulada (art. 29, primero y segundo párrafos). Con todo, el incumplimiento de la usuaria del deber previsto en el primer caso, de retener de los pagos por el suministro de trabajadores y depositar ante la seguridad social las cotizaciones relativas a éstos, no exime a la empresa de servicios eventuales de la obligación de afrontarlos; en tanto a ella cabe el rol de empleadora su responsabilidad se mantiene, aun cuando se la entienda subsidiaria, y su *quantum* debe calcularse en función de la legislación aplicable en la empresa usuaria (arg. art. 4º, último párrafo del decreto 1694/06).

Por su innegable importancia frente a toda reflexión atinente a la descentralización productiva, menos obsta aún formular algunos señalamientos sobre la situación actual del ex art. 32, hoy el 30.

Sin duda su modificación de mayor fuste proviene de la primera reforma de la LCT por la ley 21.297. Combinando parte de sus elementos originales, la reforma retiene exclusivamente la referencia a la actividad normal y específica propia del establecimiento y la atribución de responsabilidad solidaria entre principal y contratistas o subcontratistas por las obligaciones laborales y de seguridad social generadas por la labor del personal de éstos afectados a la actividad del primero que responde a ese diseño, precedida del deber de éste de exigir a aquéllos el adecuado cumplimiento de tales obligaciones; como único matiz ajeno al origen, se advierte en la nueva redacción la indiferencia por el ámbito donde se desplieguen los trabajos o servicios de los trabajadores al mando del contratista o subcontratista: tanto da ahora que ello ocurra al interior o fuera del establecimiento. Desaparecen, pues, de la norma la responsabilización directa del principal antes conectada al único supuesto de actividad retenido por la reforma, "la normal y específica propia del establecimiento", como así también desaparece la "actividad principal o accesoria" como destinataria de la responsabilidad solidaridaria que ahora queda para aquélla.

Poco más de veinte años después, la ley 25.013 de 1998 (también llamada de "reforma laboral) introducirá en el así modificado art. 30 el detalle de una serie de exigencias en orden al control que el principal debe practicar respecto del cumplimiento de contratistas y subcontratistas de las obligaciones hacia sus trabajadores y la seguridad social, exigencias que en algunos aspectos aparecen como evidentes duplicaciones en tanto implican para el principal asumir la gestión de un personal que no le es propio. De todas formas, la reformulación del dispositivo aportada por la ley 25.013 muestra a dicha sobrecarga del principal como un plus ("además", reza el segundo párrafo agregado por esta norma) cuya observancia no lo libera de la atribución de responsabilidad solidaria cuando, a la postre, el contratista o subcontratista incumple con lo suyo.

Pero los reajustes del actual art. 30 parecen continuar. Esta vez, en el nuevo marco reglamentario de las empresas de servicios eventuales (cuya regulación a nivel legal se encuentra en los ya recordados arts. 29 último párrafo y 29 bis de la LCT y 77 a 80 de la LNE, no en el 30 de la primera), el art. 8º del decreto 1694/06 (6) fija al *"... empleador (que) 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, ..."* el deber de optar entre tres alternativas, la última de las cuales va descripta en el inc. c) como la de: *"subcontratar el evento a terceras empresas, cuya actividad sea de publicidad y promoción. En este caso* (continúa diciendo el mentado inciso) *la contratante deberá, además de cumplir con los recaudos del artículo, 30 segundo párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo Nº 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".* Ahora bien, si las otras dos parecen sobreabundantes por ya contar con regulación legal (7) o,

(6) Esta reglamentación sustituye a las de los decretos 342/92 y 951/99 que expresamente deroga en su art. 31.

(7) *"a) Contratarlos y registrarlos como trabajadores propios con las modalidades permitidas en la Ley de Contrato de Trabajo Nº 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 "...La sola remisión*

si se lo prefiere, justificables en homenaje al propósito manifestado en los considerandos del decreto de contribuir a la erradicación del trabajo "en negro" en ese tipo de eventos (8), esta alternativa del inciso c) refiere a un contrato (un "subcontrato" en la dicción allí utilizada) de obra o servicios cuyo objeto encomendado por "la contratante" (sin que interese el lugar ocupado por tal comitente en una eventual cadena de contratación) es la realización de un evento —acontecimiento, acaecimiento, suceso, además de transitorio por expresa indicación normativa indicadora de lo fugaz o efímero— (el *opus* "promocional" o "publicitario", pues eso es lo que se subcontrata, no el solo suministro de trabajadores) puesto a cargo y bajo la dirección de la elegida (subcontratada) empresa de publicidad y promoción, y relativo a alguna de las aplicaciones descriptas en el dispositivo.

Trátase, entonces, de un supuesto distinto al de mediar en la contratación de trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual que constituye el objeto único de la persona jurídica que toma el rol de empresa de servicios eventuales conforme el art. 77 de la LNE pues, amén de que los trabajadores que ésta proporciona quedan bajo la dirección del requirente de sus servicios mientras les son asignados, mal puede colegirse que el reglamento regule un desempeño prohibido para aquélla como el que resultaría de asumir la realización del evento (9).

---

de ambos incisos a otras normas legales exime de mayor comentario. De cualquier forma, los dos enunciados no pasan de ser meras ejemplificaciones de posibles alternativas ya previstas en las respectivas leyes reglamentadas y a las que se encuentra sujeta la dinámica lícita de la contratación laboral, en este caso en el marco de las técnicas de mercadeo; pero sin que de ello se siga la aptitud reglamentaria para alterar los requisitos que habilitan la temporalidad contractual en el primero [nótese que el inc. a refiere genéricamente a "... las modalidades permitidas en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias;" expresión incluyente tanto del contrato de trabajo a plazo fijo —arts. 93 a 95— como del contrato de trabajo eventual —art. 99 sustituido por el art. 68 de la LNE y arts. 69 a 74 que en esta última completan su regulación—], ni las exigencias a las que va consignado para el segundo el suministro de trabajadores por las empresas de servicios eventuales en los arts. 29 último párrafo y 29 bis de la LCT y 75 a 80 de la LNE de los que se da noticia en el texto.

(8) Donde se dice: "Que es propicia la oportunidad para establecer pautas reglamentarias que coadyuven a la erradicación del trabajo sin registro en los eventos destinados a la exhibición, promoción o venta de productos en ferias, congresos, conferencias, exposiciones o programaciones."

(9) Una cosa es que como estrategia de negocios la empresa de servicios eventuales procure su nicho de mercado especializándose en la provisión a terceros de

Y supuesto, a su vez, donde la exhibición y venta de productos de la comitente en un marco publicidad y promoción realizado de forma transitoria por la empresa subcontratada a ese fin no parece corresponderse necesariamente con la actividad normal y específica propia del establecimiento productor como para justificar, por vía del reglamento, su encuadre apodíctico en la hipótesis de responsabilización solidaria prevista en el art. 30 de la LCT; y que la que la da por descontada lo confirma la literalidad de la norma al decir "... *En este caso la contratante deberá,* ***además*** *de cumplir con los recaudos del artículo 30 segundo párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo* ..." (la negrita nos pertenece). En efecto, y sin perder de vista la inicial referencia disyuntiva de este art. 8º del decreto 1694/06 a la "... *venta de sus productos* ...," contigua a las de "... *exhibición* [o] *promoción* ..." tantas son las variantes que ofrece el fenómeno descentralizador en la realidad del tráfico que parece inadecuado transformar aquí a este dispositivo secundario en un seleccionador de la norma legal aplicable a la situación que regula; máxime teniendo en cuenta el requerimiento prevenido por la Corte Suprema sobre la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en el art. 30 de la LCT (10), sólo verificables en el caso concreto. De esta suerte, en lo hasta aquí examinado el mentado inc. c) resulta inocuo pues mal puede desprenderse de su texto una atribución de responsabilidad solidaria a la empresa contratante

---

trabajadores adiestrados para intervenir en eventos promocionales o publicitarios (incluso capacitando a todo o parte de su efectivo permanente discontinuo a ese fin, lo cual constituiría una adaptación no prevista del espíritu del Capítulo VIII incorporado al Título II de la LCT por la ley 24.576, ya que no de su letra) y otra, diferente, es que a su exclusivo rol legal le sume la explotación de "promociones y publicidad" contrariando la unicidad de objeto que la ley le impone con el consiguiente efecto sancionatorio (por lo pronto, el que resulta de la directiva de los arts. 77 y 79 de la LNE y el primer párrafo del inc. b del art. 20 del decreto 1694/06).

(10) Conf. CSJN, "Rodríguez, Juan c. Cía. Embotelladora y otro", DT, 1993-A, 753. Ver también RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *La solidaridad en el derecho del trabajo*, Ed. Quórum, Bs. As., p. 25. Con todo, en un reciente caso de subcontratación de *merchandising* a una empresa de servicios empresarios, consistente en la reposición de productos en supermercados, hipermercados, clientes mayoristas, farmacias y perfumerías incluyendo además el mantenimiento adecuado de las góndolas donde se comercializaban los productos de la comitente así como la toma y remisión de información del punto de venta, visualizó el tribunal la existencia de una actividad de *promoción* vinculada a la unidad técnica de ejecución de esta última y en virtud de la conexión con su actividad normal y específica propia se asignó a la empresa principal la responsabilidad solidaria prevista en el art. 30 de la LCT (CNTrab., sala X, 23/0/2008, "Moreno, Federico c. Bayton Servicios Empresarios S.A. y otro", SAIJ Sumario: E0015483 con remisión al fallo completo).

en tanto el caso concreto no ofrezca esos presupuestos (11); y, para tal escrutinio, basta con la elaboración practicada por la Corte Suprema sobre los presupuestos del art. 30 aplicados a diversidad de situaciones (12), sin que, por lo que viene de decirse, se visualice en el art. 8º, inc. c), del decreto 1694/06 el propósito de proveer una genérica reglamentación de dicha norma.

Pero más allá de estas objeciones y del razonable reproche que ha merecido este artículo 8º por exceder en sus incisos a) y c) —sobre el que venimos deteniendo nuestro comentario— la materia que se propuso reglamentar (el régimen legal de las empresas de servicios eventuales) (13), dicho inc. c) suma una cuestión que merece remarcarse desde ya. En su transcripción de líneas atrás puede verse que "además" del cumplimiento de los recaudos del art. 30 de la LCT —asunto éste sobre el que acabamos de pronunciarnos— deberá el contratante retener las contribuciones a la Seguridad Social conforme a las normas que dicte la AFIP. Ahora bien, dejando aparte la inteligencia que corresponde atribuir a la expresión *contribuciones a la Seguridad Social* lo cierto es que el inciso mentado crea en cabeza del contratante del evento (a quien, al comienzo del art. 8º la norma denomina "El empleador ...", pero aquí inadecuadamente porque no lo es, por lo ya visto) la obligación de retener de lo que por tal obra o servicio deba pagar al subcontratista los montos generados a ese título —*contribuciones a la Seguridad Social*— por la labor de los dependientes de éste en dicho desempeño. Sabido es que este deber de retención no va incluido en la actual dicción del art. 30 de la LCT, aun asumiendo la hipótesis de su aplicación a la situación descripta en el inciso c) del art. 8º del decreto en comentario; pero también lo es que, con indiferencia del encuadre o no en dicho art. 30, igual deber aparece regulado en diversas normas emanadas de la autoridad fiscal para otros supuestos de contrataciones de servicios ajenos al de la provisión de trabajadores propia

(11) Con lo que, en ese orden de ideas, coincidimos con las anticipadas afirmaciones de GRISOLÍA, JULIO, *La reglamentación de las empresas de servicios eventuales (decreto 1694/2006)*, RDLSS 2007-6-482; HIERREZUELO, RICARDO D., *La regulación de las empresas de servicios eventuales después del decreto 1694/2006*, RDLSS, 2008-3-189.

(12) Ver al respecto, de FOGLIA, RICARDO A., su estudio del referido art. 30, en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, dirigida por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI y coordinada por ANA ALEJANDRA BARILARO, Ed. La Ley, Bs. As., 2007, t. II, ps. 346/356.

(13) Ver HIERREZUELO, RICARDO D., *op. cit.*

de las empresas de servicios eventuales (14), por lo que cabe colegir que en ese derrotero de filiación tributaria se inscribe el aquí previsto, y sobre el que volveremos en una reflexión final del presente trabajo.

En la lógica de la descentralización productiva, tal como se presenta en la problemática del derecho del trabajo (y por vía de consecuencia en el derecho de la seguridad social) el traslado a un tercero de parte de la actividad empresarial implica un cambio de titularidad en la organización y dirección de la actividad transferida.

No es el caso del recurso a la contratación de grupos de trabajo más allá de que el compromiso por parte de los trabajadores de desarrollar en común la labor encomendada por la contratante aparezca asumido por un representante o delegado del conjunto que integran; este representante, delegado o cabecilla resulta la polea de transmisión entre el poder organizativo y directivo del empleador y cada uno de los trabajadores incorporados al contrato al que la LCT en sus arts. 101 y 47 regula bajo la figura del "contrato de trabajo de grupo o por equipo"; a la relación unitaria así anudada entre empleador y representante de los trabajadores no hace mella al reconocimiento de tantas relaciones individuales de trabajo entre aquel y cada uno de éstos, como que tampoco afecta a esta configuración la determinación en el pacto unitario de un salario colectivo a distribuirse según las reglas acordadas al interior del grupo.

Otro tanto puede decirse del supuesto previsto en el art. 102 de la LCT, calco, con algún aditamento que perfecciona su redacción, del art. 2º de la ley 16.593 derogada por la ley 20.744 que aprobó el pri-

(14) Caso de las Resoluciones Generales de AFIP 1556 de 2003 en cabeza de los comitentes de empresas de limpieza, 1769 de 2004 para quienes contraten o subcontraten servicios de investigación y seguridad, y de DGI 4052 de 1995, modificada por Resolución General de AFIP 178 de 1998 respecto de empresas constructoras y contratistas o subcontratistas de esa actividad. Y excluyendo estos supuestos, la Resolución General AFIP 1784 de 2004 y posteriores modificaciones de la misma han instaurado un régimen general de retenciones de contribuciones patronales de mayor alcance y posibilidad de tasa fija —como pago a cuenta de la obligación que a tal título corresponda al respectivo responsable— aplicable a los pagos parcial o totalmente cancelatorios de operaciones de ventas de cosas muebles, locaciones de obras, locaciones de cosas y de locaciones o prestaciones de servicios, gravadas por el impuesto al valor agregado, y a los realizados por el sector público de todas las jurisdicciones por servicios prestados a quienes explotan servicios públicos o de interés público.

mer texto de Régimen de Contrato de Trabajo. Conforme este dispositivo, "... *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* [servicios]", frente al "... *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* ...". Sin que pueda asegurarse que la construcción reseñada en la norma no trasciende el original objetivo antifraude que impulsó su redacción (¿hasta dónde es negable la probabilidad de una voluntaria gestión descentralizada que asuma el costo de los efectos de esta norma?), lo cierto es que el dispositivo plantea una situación objetiva en la que la decisión legislativa es considerar a cada integrante miembro de cualquier de las formaciones allí reseñadas (sociedad, asociación, comunidad, o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica) en trabajador dependiente del tercero contratante de alguna de aquéllas, bajo la doble condición de que el objeto del desempeño individual de dicho integrante coincida con el posible de un contrato de trabajo (15) y que tal prestación resulte brindada al tercero en forma permanente y exclusiva (16).

---

(15) Implícita razón por la cual debe tratarse de un servicio rendido por una persona física, lo que viene a cuento remarcar porque la sociedad mentada en la norma puede estar integrada por otra, lo que no es del caso. Pero excluida la presencia de prestación propia de un contrato de trabajo como una de las condiciones habilitantes para la operación de esta norma (y, por tanto "trabajo dirigido" por el tercero que lo recibe al igual que ocurre en el típico contrato de grupo del art. 101 aun cuando lo sea en el común empeño del equipo), cabe recordar el señalamiento de CENTENO, NORBERTO O., al comentarla —en LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977, t. 1, p. 443— en el sentido de no descartar la posible existencia de una real contrato de empresa, esto es, de una figura ya ajena a la "equiparada" en el art. 102.

(16) No pareció a CENTENO, *op.* y *loc. cits.*, que estas exigencias de permanencia y exclusividad resulten esenciales para la operatividad del art. 102 en tanto no lo son para el 101 al que aquél se equipara ("equiparación" es el término que se lee en el acápite del art. 102 y el dato sí esencial es para Centeno la unidad de relación jurídica que surge del art. 101), por lo que coligió que: "... No podrá entonces dejarse de considerar que media contrato de trabajo por equipo, aún a falta de tales requisitos, si la modalidad del contrato no lo exige siempre que los integrantes de la sociedad, comunidad, etc. queden obligados merced al contrato que éste (*sic*) formalice con el tercero a prestar el servicio en la forma y con los alcances del art. 101 primer párrafo, lo que estará referido a la actividad del empleador y al objeto del contrato, que puede o no requerir que lo sea en forma permanente y exclusiva." Diferenciándose de esta visión, MACHADO, JOSÉ DANIEL —ver su comentario al mentado art. 120, en VÁZQUEZ

Así desestimada la formalización grupal (sea de su personalidad jurídica si es una sociedad o asociación regularmente constituida o de cualquier expresión de su existencia como comunidad), sólo queda el tercero receptor de los servicios como responsable directo de las obligaciones laborales y de seguridad social atinentes a los que los prestaron por intermedio de aquel ente colectivo.

C. EN LA LEY DE TRABAJO A DOMICILIO DE 1941

Junto con la del tallerista, la figura del "intermediario" relevada en la ley 11.278 retorna a la escena en la sanción de la ley 12.713 de trabajo a domicilio de 1941 sancionada con el tenor de lo que luego conocimos bajo la rúbrica de estatuto profesional. Uno y otro —tallerista e intermediario—, configuran, a nuestro modo de ver, la común misión de contratistas en la economía de ese ordenamiento estatutario; aunque la ley les atribuya esas denominaciones y el empresario principal al que atienden resulte para ellos el dador de trabajo o comitente, talleristas e intermediarios (17) también revisten esta calidad frente a los trabajadores a quienes encargan la ejecución del trabajo (18), dualidad que el párrafo final del art. 3º

VIALARD, ANTONIO (director) y OJEDA, RAÚL HORACIO (coordinador), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, t. II, ps. 82/83 con sus notas 23 y 24— acuerda en la exigibilidad de ambos extremos, evocando para la exclusividad la realidad de las relaciones entre empresas principales y empresas satélites y caracterizando la noción de permanencia bajo la forma de vínculos estables y duraderos conectados a "... necesidades o tareas inherentes [al] giro ..." de la empresa receptora de los servicios provistos por el ente colectivo.

(17) Mientras que la del "tallerista" aún registra permanencia en la realidad productiva, aunque en declinación por lo que luego se dice en el texto y sigue en la próxima nota, la del "intermediario" constituyó siempre una nebulosa; a tal punto que el Maestro DEVEALI (ver su estudio *El trabajo a domicilio según el decreto reglamentario del Poder Ejecutivo Nacional*, DT, 1942-225) lo entendió como "... una figura parásita, destinada a desaparecer por efecto de la reglamentación legislativa que se interesó de la misma sólo al efecto de evitar que pudiera servir para desvirtuar el alcance de sus normas. Tal como en el caso del *tallerista*, la reglamentación pone de manifiesto el verdadero carácter de *intermediario* como *empresario* o *comisionista*, definiéndolo como 'el que por encargo de un patrono hace elaborar mercaderías a talleristas u obreros a domicilio' (art. 2°, inc. c). ..."; el decreto reglamentario de la ley 12.713 al que se refería Deveali es el n° 118.755/42.

(18) Recurriendo a otras denominaciones más crípticas, tácitamente refería a ambos el art. 18 de la primera ley sobre trabajo a domicilio 10.505 sancionada con carácter local en 1918 y derogada por el art. 2º de la ley 12.713, cuando en su art. 18

de esta ley destaca al considerarlos "obreros" para lo primero y "patronos" en términos de lo segundo. Con todo, no obstante que sus prestaciones aparecen hoy mayoritariamente recicladas bajo la genérica rúbrica de contratos de empresa (19), en cierto modo han expresado un ejemplo de descentralización productiva al auspicio de las condiciones en que se desenvolvían (y en alguna medida aún se desenvuelven) actividades industriales tradicionalmente propensas a externalizar parte de su labor; la de la indumentaria, permanentemente expuesta a las cambiantes exigencias de la moda, es un ejemplo visible en tal sentido (20).

---

rezaba: "Los salarios mínimos fijados por la 'Comisión' deberán ser pagados íntegramente al obrero, sin ninguna reducción para la retribución de *empresarios* o *subempresarios*" (las cursivas nos pertenecen). Pese a ese carácter local la redacción de este dispositivo introducía una mínima protección del crédito salarial del trabajador a domicilio (mayoritariamente mujeres, como es frecuente observarlo aún hoy en este tipo contractual) en tanto apuntaba a defender su integralidad frente a pretendidas comisiones de quien le daba trabajo bajo esa modalidad indudablemente propicia a acompañar incipientes hábitos industriales de descentralizar la producción. Mínima, en todo caso, porque el art. 21 de la misma ley solo reconocía que "... obrero a quien se ha pagado un salario inferior al fijado por la 'comisión de salarios', puede, a pesar de toda convención en contrario, reclamar a su contratista el complemento de su salario sin perjuicio de la reclamación de daños e intereses a que hubiere lugar. La acción se prescribe al año, a contar para cada pago, del día en que se efectuó." La integralidad del salario recién aparece protegida con la sanción en 1933 de la ley 11.278, ya en ese caso incorporada al Código Civil.

(19) Lo que, a título de ejemplo, puede inferirse de la lectura del CCT 533/88 (t.o. del CCT 131/90), B.O. 02/07/2008, relativo a la actividad de relojería y joyería, donde, una de las dos entidades empresariales que lo suscriben se declara continuadora de la anterior "Unión de Talleristas de Joyerías y Afines".

(20) Respecto del particular sistema de determinación de las remuneraciones instituido por la ley 12.713, la Res. MT 1184/05, B.O. 02/01/2006, conformó las Comisiones de Salarios para la industria del vestido reorganizando las previsiones de la Res. 320/89, B.O. 19/10/1989; entre otros aspectos la nueva resolución asignó las representaciones de empresarios, talleristas y obreros, sin que conozcamos la fijación, luego, de retribuciones para talleristas a cargo de los primeros pero sí de tarifas salariales para obreros a domicilio en cuya determinación concurren como signatarios los representantes de la cámara empresarial de la indumentaria y del sindicato de talleristas (p. ej. la Res. 4/07 de la 1ª Comis. de Salarios para la Industria del Vestido, B.O. 31/08/2007). También algunos convenios colectivos en sectores donde el recurso a trabajadores a domicilio ha sido frecuente contienen previsiones extendiendo a esta categoría las condiciones retributivas de los trabajadores internos de los establecimientos: valen como ejemplo el CCT 512/07 para la peletería (art. 12, inc. 2), B.O. 11/12/2007 y el Acuerdo Colectivo 402/08 (arts. 2º y 3º), B.O. 04/08/2008 celebrado en el marco del CCT 423/05 de la industria del calzado; pero en ellos no aparecen representados los talleristas, sea a título de patronos o de obreros como los diseñó la fórmula de la ley 12.713.

Ahora bien, el art. 4º de la ley 12.713 impuso la responsabilidad solidaria de empresarios, intermediarios y talleristas respecto de: a) del pago del salario fijado por las comisiones respectivas (esto es, las comisiones de salario o de conciliación y arbitraje creadas por la misma norma, a la vista de lo previsto en este último caso por el art. 52, inc. d, del decreto 118.755/42). Pero la responsabilidad del empresario quedaba limitada al "... importe de dos meses de remuneración o hasta el valor de un trabajo determinado, cuando su ejecución ocupe un plazo mayor ..." si dicho trabajo "...se ha contratado por un intermediario o tallerista ..." (inc. a); b) los accidentes de trabajo y de las condiciones en que éste se realizare, "... excepto cuando el trabajo se ejecuta o cuando el accidente ocurra en el domicilio privado del obrero;" (inc. b), exoneración de responsabilidad que no parecía alcanzar respecto de condiciones e infortunios ocurridos a los obreros del tallerista cuya labor se desenvolviera en el ámbito del taller dirigido por éste en lugar de realizarla domiciliariamente. Ocurrido lo primero, la situación pasaba (y pasa) a regirse por el art. 3º, segundo párrafo, del mentado decreto de 1942 en virtud de la cual, a título de patrono se mantiene sujeto a las obligaciones que "... *le imponen las leyes del trabajo y* (además de) *esta reglamentación* (o sea el decreto 118.755 de dicho año), *con relación a los obreros de su taller*" (21), vale decir, el ordenamiento común del trabajo (para entonces, las leyes 9688, 11.544, etc., hoy la ley 24.557 y la LCT, para sólo citar las más relevantes); y c) de la multa prevista en el art. 32 de la misma ley por reducción, suspensión o supresión arbitraria o injustificada de la dación de trabajo (inc. c).

D. EN LOS DEMÁS ESTATUTOS PROFESIONALES SANCIONADOS EN LA DÉCADA DEL 40

Pero de los "estatutos profesionales" referidos luego de manera genérica en el art. 1°, inc. b), de la ley 20.744 como fuentes regulatorias del contrato y la relación de trabajo a continuación de aquélla, muy pocos contienen previsiones en materia de contratistas y subcontratistas. Alrededor de la mitad de los reputados a ese título y

(21) Como sagazmente apuntara el Maestro DEVEALI (*op. cit.*, nota 8), los obreros del tallerista no son obreros a domicilio, calificando de más apropiada la primera denominación en reemplazo de la segunda que aún persiste en la letra del art. 32, inc. c) del ya citado decreto reglamentario.

todavía vigentes fueron sancionados en la década del 40 cuando la problemática de la descentralización productiva bajo los diversos aspectos con que hoy se presenta estaba fuera de la preocupación del legislador; cuestiones de derecho público relativas a la policía de la profesión ocupaban un lugar importante en algunos (aeronavegantes, profesionales del arte de curar, periodistas profesionales, radiocabletelegrafistas, etc.), a la vez que en todos se incorporaron inicialmente escalafones retributivos en consonancia con las categorizaciones laborales allí determinadas y diversidad de condiciones de trabajo a veces específicas y otras remitidas a la legislación común del tiempo en que fueron sancionados. Es evidente que en el genérico plano de las condiciones de trabajo, los estatutos profesionales cumplieron el rol del convenio colectivo falto todavía de la legislación específica que afirmara su función normativa aún cuando la jurisprudencia mostrara avances a favor de ese reconocimiento; pero, por sobre todo, compensaron la debilidad sindical, y por tanto negocial, de los trabajadores así amparados. Y también lo es que, en su mayoría y computando ya las diferentes épocas en que florecieron —bien que de manera decreciente ante el ejemplo del rápido avance de la negociación colectiva en el espacio industrial— las iniciativas estatutarias se concentraron en la disciplina de actividades relativas al sector terciario o de los servicios, quedando las menos reservadas para la labor rural en el sector primario. Pero que la diversidad de propósitos que revelan (o, por lo menos, revelaron al momento de su aparición en la escena jurídica) torne difícil reconducir ese variado material estatutario a un modelo regulatorio (aun aproximativo), no exime de identificar en él algunos ejemplos relativos a la responsabilidad del empresario principal frente a los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas.

E. LOS CASOS DE PERIODISTAS Y EMPLEADOS DE EMPRESAS PERIODÍSTICAS

En efecto, además de la ya explicada regulación de intermediarios y talleristas de la segunda ley de trabajo a domicilio 12.713 de fines de 1941 con las precisiones que aportó su reglamentación del año siguiente mediante decreto 118.755, la referida problemática aparece en los arts. 77 de la ley 12.908, sobre estatuto del periodista profesional, y 28 del decreto-ley 13.839/46, sobre estatuto del empleado administrativo de empresas periodísticas

que precedió a aquél en algunos meses y fue luego ratificado por la ley 12.921- XXIII. Trátase en ambos de igual supuesto, en virtud del cual se asigna a la empresa periodística responsabilidad solidaria limitada al adeudo por parte de contratistas y subcontratistas a sus trabajadores de hasta dos meses de remuneraciones, *"... solidaridad que se hace extensiva en los casos de accidentes y enfermedades sobrevivientes* [*sobrevenidas* es el término utilizado en el estatuto del empleado de empresas periodísticas, sin que ello cambie el sentido] *a consecuencia de las tareas encomendadas"*.

Como puede advertirse, esa genérica referencia de ambos estatutos al recurso de contratistas y subcontratistas, en tanto carente de toda indicación sobre el carácter de las tareas que les son asignadas, provee una ventaja falta de correlato en el régimen común de la LCT, sin mengua de resultar limitada en su doble alcance —plafond de dos meses de retribución y exclusiva atinencia a débitos de carácter laboral—. Pero no enerva la aplicación de la mejor cobertura otorgada por el art. 30 de esta última cuando se den los puntuales presupuestos que aquí consagran en plenitud, tanto en el orden laboral como de la seguridad social, la responsabilidad solidaria, en este caso de la empresa periodística contratante o subcontratante por correspondencia del servicio prestado con su actividad normal y específica propia (22); y esto así porque más allá del mejor beneficio que reconoce, el mentado art. 30 no ofrece óbice de incompatibilidad con la naturaleza y modalidades de ambos regímenes a la par que pasa a ocupar un vacío existente en los dos (arg. art. 2º, primer párrafo, de la LCT), razonamiento que vale igualmente con relación a las estudiadas protecciones de la ley 12.713 de trabajo a domicilio solidariamente extendidas al dador de trabajo con relación a los obreros de talleristas o intermediarios cuya tarea connaturalmente se configura como normal y específica propia del establecimiento de aquél (y tanto sea un industrial o un comerciante).

(22) Ver en tal sentido CNTrab., sala 1, 29/04/1983, "Benitez, Hector Ignacio y otros c. Ryela SAIC. y otros s/ cobro de pesos", SAIJ, sumario E0000125 cuyo texto reza: "En virtud de lo normado por el artículo 30 del RCT (t.o.), la empresa periodística es responsable solidariamente por el incumplimiento de las obligaciones laborales con el personal comprendido en el decreto-ley 13.839/46, ocupado por el contratista, subcontratista, concesionario u otra empresa encargada de la distribución, comercialización y expedición de las publicaciones periodísticas de aquélla, en un espacio cedido por la misma.

F. EL RÉGIMEN NACIONAL DE TRABAJO AGRARIO DE 1980

Distintas particularidades ofrece, a su turno, el estatuto para la labor del campo en lo que al tema en examen atañe. Como se sabe, en un marco de mayor desarrollo normativo el ahora denominado Régimen Nacional del Trabajo Agrario —RNTA, aprobado por la ley 22.248 de 1980— reunió bajo su regulación las modalidades estables y temporarias de la faena rural separadamente disciplinadas antes en los respectivos Estatuto del Peón, decreto 28.169/44, y ley 13.020 de 1947, ordenamientos ambos derogados con la sanción de aquél. La mentada ley aprobatoria excluyó también de la aplicación de la LCT —al sumar al art. 2º de ésta, su actual inc. c)— con lo cual el RNTA se presenta como un ordenamiento autónomo, o si se lo prefiere, autosuficiente, tal como va adelantado en el mensaje remisivo que acompañó su proyecto; consecuentemente se diferencia de los restantes estatutos profesionales que conforme el art. 1°, inc. b), de la LCT operan en el mismo espacio regulatorio que ésta y sólo resignan su aplicación a favor de ella cuando la misma supera el examen de compatibilidad previsto en el primer párrafo de su art. 2° (23).

En el marco de este estatuto vincúlanse al asunto que nos viene ocupando su art. 9º y los arts. 5º y 6º del decreto 563/81 reglamentario del RNTA.

En su párrafo inicial, el art. 9º del Título Preliminar del RNTA combina algunos elementos atinentes a la extensión de responsabilidad a quien contrata o subcontrata en línea con lo previsto en el completo art. 30 de la LCT vigente en 1980 al momento de sancionarse el ordenamiento rural (vale decir, conforme al texto resultante de la reforma de la ley 21.297 de 1976 impresa al art. 32 de la LCT en su versión original). Así: "*Quienes contrataren, subcontrataren o cedieren total o parcialmente trabajos o servicios que integraren el proceso productivo normal y propio del establecimiento serán solidariamente responsables con sus contratistas, subcontratistas o cesionarios del cumplimiento de las normas relativas al tra-*

(23) La reseña de las diversas posiciones adoptadas en la doctrina y la jurisprudencia acerca de los alcances de dicho examen puede verse en nuestro comentario al art. 2º de la LCT en JORGE RODRÍGUEZ MANCINI —Director— ANA ALEJANDRA BARILARO —Coordinadora—, *Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada*, Ed. La Ley, Bs. As., 2007, t. I, ps. 146 y sigtes.

bajo y a la seguridad social, por el plazo de duración de los contratos respectivos. ...", dicción que confrontada con la del entonces art. 30 delata dos ausencias: la referencia al desempeño dentro o fuera del establecimiento rural del contratista, subcontratista o cesionario y el deber del contratante de exigir a éstos el adecuado cumplimiento de las normas a las que el dispositivo legal imputa la extensión de responsabilidad.

El primer silencio no parece trascendente pues, implícitamente, el estatuto rural permite entender que al igual que en el marco de la LCT tanto da que el cometido del tercero se realice dentro o fuera del establecimiento de quien lo contrata o subcontrata; el dato relevante para la aplicación de la norma será la integración de la labor contratada o subcontratada con el proceso productivo normal y propio allí desarrollado, yendo de suyo que los componentes de tal proceso requieren ser encuadrables en campo aplicativo del RNTA conforme a la mixtura de los criterios geográfico o ecológico y profesional a que da pie la interpretación de sus art. 2° y 3° con las limitaciones previstas por este último (24).

En cuanto concierne a la antes observada segunda ausencia, la reglamentación del RNTA asume su rol complementario llenando ese vacío mediante una inversión de roles a la par que pormenorizando las acciones que, con algún parecido a las luego incorporadas por la ley 25.013, se presentaban en el contemporáneo art. 30 de la LCT bajo la genérica rubrica de un "deber de exigencia" a cargo del principal. En efecto, el art. 5º del decreto 563/81 traslada a los

(24) *"Artículo 2º.— Habrá contrato de trabajo agrario cuando una persona física realizare, fuera del ámbito urbano, en relación de dependencia de otra persona, persiguiera o no ésta fines de lucro, tareas vinculadas principal o accesoriamente con la actividad agraria, en cualesquiera de sus especializaciones, tales como la agrícola, pecuaria, forestal, avícola o apícola.*

Cuando existieren dudas para la aplicación del presente régimen en razón del ámbito en que las tareas se realizaren, se estará a la naturaleza de éstas.

Artículo 3º.— Estarán incluidos en el presente régimen, aun cuando se desarrollaren en zonas urbanas, la manipulación y el almacenamiento de cereales, oleaginosos, legumbres, hortalizas, semillas u otros frutos o productos agrarios salvo cuando se realizaren en establecimientos industriales; las tareas que se prestaren en ferias y remates de hacienda; y el empaque de frutos y productos agrarios propios o de otros productores, siempre que el empaque de la propia producción superare la cantidad total de las que provinieren de los demás productores."

Ver también el mensaje remisivo de la ley 22.248 en el tramo referido al Título Preliminar del RNTA donde se encuentran emplazadas ambas normas.

contratistas, subcontratistas y cesionarios la obligación de exhibir al empleador principal al momento de terminar la relación contractual que los unió y previo al pago de la suma total convenida , o cuando éste lo requiriese, la documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social relativas a los dependientes que aquéllos ocuparon. A su vez, y al igual que el anterior también imputado como reglamentario del art. 9º primer párrafo del RNTA, el art. 6º del decreto antes citado reproduce, con algunas diferencias textuales que no enervan su similitud, el art. 136 de la LCT del que ya hemos dado referencia líneas atrás. Sin embargo, cabe manifestar un reparo a esta técnica normativa. Más allá de la dudosa vía de subsanar con el reglamento previsiones que tanto en uno y otro artículo del decreto 563/81 deberían situarse al nivel de la ley, la situación contemplada en el 6º merece una interpretación extensiva que al igual que el art. 136 de la LCT lleve sus alcances a toda deuda laboral y de seguridad social contraída por el contratista o subcontratista con motivo de su empeño para el principal, sin limitarla al caso en que tal empeño responda al exclusivo diseño de integración al proceso productivo normal y propio del establecimiento predicado en el art. 9º del RNTA.

Pero, ya carentes de parangón en la LCT, los dos párrafos siguientes del art. 9º del RNTA ponen sendos límites a la responsabilización del principal. Por lo pronto, se lee en su párrafo segundo: *"... No existirá la solidaridad prevista en el párrafo anterior respecto de las tareas que habitualmente se realizaren con personal no permanente, cuando el contratista constituyere una empresa de servicios y su principal aporte no se limitare a la organización del equipo de trabajo".*

De tal suerte, sin mengua de que el desempeño del contratista aparezca *integrado al proceso productivo normal y propio del establecimiento,* el titular de éste queda exonerado de la extensión de responsabilidad consagrada en el párrafo precedente para tal supuesto cuando el concurso del mentado contratista satisfaga tres condiciones: a) aplicación de sus trabajadores a tareas cíclicas o estacionales, o a procesos temporales propios de las actividades reguladas en el estatuto, o que se realicen en ferias y remates de hacienda, o en tareas ocasionales, accidentales o supletorias, vale decir la serie de faenas de la campaña cuya realización denota la caracterización del llamado "personal no permanente" en el art. 77

del RNTA; b) titularizarse como una empresa de servicios; y, c) superar la mera organización del equipo de trabajo en la aportación del servicio prestado al contratante. Lo primero encuentra, como se ve, explicación en la misma ley, y su ejemplo más visible lo da el titular de una explotación agropecuaria que se sirve de un tercero para levantar la cosecha; la realidad enlaza, a su vez, los siguientes dos aspectos: la sola evocación del referido tipo de empresa a título de contratista y la fórmula negativa utilizada para caracterizar su aportación contractual conducen implícitamente a relevar una organización que aparte de los medios personales (el trabajo de sus dependientes) instrumente otros medios materiales (maquinarias diversas, tractores, carburantes, insumos químicos, vacunas, etc.) o inmateriales (nombre, programas informáticos, patentes o licencias, etc.) para la realización del compromiso; en este último sentido, la acelerada incorporación de tecnología que experimenta el campo argentino ha alentado el desarrollo de las mentadas empresas de servicios en las que se terceriza parte de las operaciones agropecuarias al auspicio de la visible integración horizontal que a través del recurso a contratistas y subcontratistas presenta hoy este tipo de explotaciones con mucho mayor vigor que antaño. Y en la desresponsabilización del empresario principal no deja de resonar la antigua redacción del segundo párrafo del artículo 6° de la ley 9688, incorporado por la ley 12.631(ya derogado, desde luego), donde, a continuación de declararse la arriba evocada subsistencia de la responsabilidad del patrón por el accidente del obrero de su contratista, se decía: "... *Sin embargo, tratándose de explotaciones forestal, agrícola, ganadera o pesquera, el contratista que use máquinas movidas por fuerza mecánica, responde exclusiva y directamente por los daños ocasionados por las que sean de su propiedad*". Luego, el espacio reservado a la solidaridad del principal queda acotado al reducido supuesto en el que la misión del contratista se limite a la organización del trabajo sin la aportación de ningún otro medio: esto es, a dirigir la labor de su personal, aún cuando ésta se mediatice con el uso de materiales, máquinas o cualquier otro tipo de equipamiento provisto por el contratante titular de la explotación y donde su verificación supone descartar la presencia de una pluralidad de contratos de trabajo directos entre productor principal y trabajadores no permanentes, al estilo del contrato de grupo o equipo legislado en el art. 101 de la LCT; claro está que la circunstancia de que esta figura no aparezca legislada en el RNTA en nada empece a su posible configuración en la realidad de la faena agraria

cuando la dirección de las tareas resulte directamente asumida por el titular del establecimiento.

Pero aun de verificarse la licitud de ese espacio disponible para el nacimiento de la solidaridad consagrada al comienzo por el art. 9º, su párrafo tercero prevé: "*...Para que la solidaridad tenga efecto se deberá demandar previa o conjuntamente a los contratistas, subcontratistas o cesionarios*". Este tramo final del dispositivo cristaliza normativamente en el texto del RNTA lo que al momento de su sanción constituía predominante interpretación de doctrina y jurisprudencia concerniente a la operatividad del art. 30 de la LCT; esto es, la insuficiencia del reclamo al deudor vicario —quien contrató el servicio del contratista o subcontratista— si no comprendía igualmente a uno u otro de estos últimos según fuere el caso. En el marco del dispositivo de la LCT, la declinación de ese criterio culmina con su total reversión en el reciente plenario 309 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de 2006 (25), sin que tal viraje obste a la supervivencia del condicionamiento del párrafo final del art. 9º habida cuenta que los trabajadores agrarios se mantienen excluidos del campo aplicativo del ordenamiento laboral común (26).

G. EL ESTATUTO DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN, TAMBIÉN DE 1980

Con algún reajuste del art. 10 del primer estatuto de la industria de la construcción instituido por la ley 17.258 de 1967 (dictado

(25) 03/02/2006, "Ramírez, María I. c. Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro s/despido", TySS 2006-105, donde se fijó la siguiente doctrina plenaria: "Es aplicable el art. 705 del Cód. Civil a la responsabilidad del art. 30 de la L.C.T.". Ver también VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La posibilidad que el acreedor laboral le reclame directamente al deudor vicario*, TySS, 2002-801.

(26) Sin que tampoco parezca que la doctrina de la Corte Suprema enunciada en el sumario de su sentencia en el caso "Cabezas, Audelia y otros c. Sanz y Cía. y otro s/recurso extraordinario" (Fallos 306-2:1421) evocada en su sostén por el Procurador General del Trabajo y algún otro voto de la mayoría (Juez Puppo) como caso análogo para sentar la doctrina plenaria transcripta en la nota anterior, pueda extrapolarse al marco del art. 9º del RNTA por la razón que se da en el texto, dado que dicho pronunciamiento del Alto Tribunal trató de un asunto regido por la LCT, amén de que en el voto minoritario de la Juez González en el mentado Plenario argumentóse que "... los presupuestos fácticos ... no permiten extraer en el decisorio referido (el de la Corte Suprema, se sobreentiende), doctrina específica en torno al alcance y efectos de la solidaridad prevista en el art. 30 de la LCT cuando en realidad se trataría de un caso de intermediación fraudulenta...".

como se advertirá con anterioridad a la sanción de la LCT original de 1974), la ley 22.250 de 1980 que reemplazó a éste determina en su art. 32: "*Quien contrate o subcontrate los servicios de contratistas o subcontratistas de la construcción, deberá requerir de éstos la constancia de su inscripción en Registro Nacional de la Industria de la Construcción y comunicar a éste la iniciación de la obra y su ubicación. Los empresarios, los propietarios y los profesionales, cuando se desempeñen como constructores de obra que contraten contratistas o subcontratistas que no hayan acreditado su inscripción en el Registro Nacional, serán, por esa sola omisión, responsables solidariamente de las obligaciones de dichos contratistas o subcontratistas respecto al personal que ocuparen en la obra y que fueren emergentes de la relación laboral referida a la misma.*"

Un plenario de la justicia nacional del trabajo de diciembre de 1988 declaró la inaplicabilidad del art. 30 de la LCT a las relaciones de trabajo regidas por la ley 22.248 (27). Esto es, prevalecía la liberación de responsabilidad solidaria de quien se desempeñare como constructor de obra en tanto resultare acreditada la inscripción del contratista o subcontratista del que aquél se valiese. Y esto así habida cuenta que frente al texto entonces dispuesto para el art. 30 de la LCT, el art. 35 de la ley de la construcción previó que sus disposiciones relativas a aspectos atinentes a las especiales relaciones laborales que regulan excluyen las contenidas en el ordenamiento general, en el mismo orden de ideas adelantado por el art. 2º párrafo primero *in fine* de la LCT (t.o. 1976). Pero el último párrafo del art. 17 de la ley 25.013 sancionada en 1998 dispuso que el contenido sustitutivo del segundo párrafo del art. 30 de la LCT inserto por aquél se aplicase también al régimen de solidaridad específicamente previsto en el art. 32 de la ley 22.250.

De tal modo, al igual que en la ley general han pasado a valer para el régimen de la construcción las directivas siguientes que, por tan trilladas omitimos reproducir antes al referirnos al actual art. 30 de la primera conviene volver sobre las mismas ahora que nos ocupamos del citado régimen especial: "*Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral*

(27) CNTrab., Plenario n° 265, 27/12/1988, "Medina, Santiago c. Nicolás y Enrique Hernán Flamingo S.A.", TySS, 1989-215, cuya doctrina rezaba: El art. 30 de la LCT (t.o.), no es aplicable a una relación regida por la ley 22.250".

de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

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

El incumplimiento de alguno de los requisitos 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".

Es indudable que la técnica aplicada para trasladar al sistema de solidaridad del estatuto de la construcción las modificaciones introducidas en el mentado art. 30 del ordenamiento general, pueden merecer diversos reparos y observaciones. Así por ejemplo la inadecuada a la vez que promiscua mención de "cedentes, contratistas y subcontratistas" cuando la responsabilización solidaria del art. 32 de la ley 22.250 refiere a "... *Los empresarios, los propietarios y los profesionales, cuando se desempeñen como constructores de obra que contraten contratistas o subcontratistas ...*", dispositivo que, dicho sea de paso respecto de la noción de propietario, había merecido días antes del plenario citado antes el refuerzo del que afirmó "El propietario que no se desempeña como constructor de obra , no responde en los términos del art. 32 de la ley 22.250" (28). Como que también es cierto que la extensión al régimen de la construcción de la mentada directiva del art. 17 de la ley 25.013 no integra el texto del art. 30 de la LCT (29) y, por tanto no supedita la responsa-

(28) CNTrab., Plenario n° 261, 13/12/1988, "Loza, José y otro c. Villalba, Francisco y otro", DT, 1989-215.

(29) Conf. HIERREZUELO, RICARDO D., *La responsabilidad solidaria en la industria de la construcción*, RDLSS, 2005-18-1475.

bilidad que esa directiva consagra a la condición de conexidad con la actividad normal y específica propia del establecimiento referida en la norma general. Pero no lo es menos que el modo "endogámico" —si se nos permite la licencia— con que opera la actividad de la construcción en el contexto de las relaciones que crea entre dueños, constructores, contratistas y subcontratistas conduce al mismo resultado; o, de no, a la aplicación lisa y llana del art. 30 de la LCT, cuando aunque inscripto en el Registro de la ley 22.250 la real tarea encomendada al contratista o subcontratista no coincida con las correspondientes a la industria de la construcción conforme a su art. 1° pero se de el presupuesto de conectividad de actividades que exige la atribución de responsabilidad solidaria en cabeza del principal en la norma común. Y sin descartar que en la feliz expresión de "red articulada descendente de contratos de derecho común" —que aunque utilizada para describir las características de la actividad de la construcción (30) pero igualmente valiosa para describir el encadenamiento convencional que concita el desarrollo de otras actividades donde el principal se vale de contratistas y subcontratistas— encontremos contratistas ajenos al *métier* de la construcción pero necesitados de subcontratar alguna tarea que sí le es propia para completar su cometido; en este último caso (y excluido, desde luego, el supuesto en el que baste con la aplicación del art. 30 de la LCT luego de modificado por la ley 25.013), no cabrá otra alternativa que asignarle el rol de constructor de obra por ese tramo de su misión y en tal "espacio" atribuirle responsabilidad solidaria ex art. 32 de la ley 22.250 por los incumplimientos laborales y de la seguridad social del subcontratista —aun cuando estuviere debidamente inscripto en el IERIC— respecto de los trabajadores que ocupe en el empeño, y sin interesar el lugar que aquél ocupa en la cadena contractual.

Sin mengua de señalar por nuestra parte que en la *ratio* de la explicada extensión al régimen de solidaridad específico de la construcción ordenada por el art. 17 de la ley 25.013, mal puede resultar neutra la integración al texto sustitutivo del vocablo "además" sino como natural evocación de un plus que completa, complementa o pormenoriza la exigencia de un genérico cumplimiento adecuado, tácito en el art. 32 de la ley 22.250 y expreso en el art. 30 de la LCT

(30) Conf. CASTAGNINO, LAURA CRISTINA, *Obreros de la construcción*, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, MARIO E. ACKERMAN (director), DIEGO M. TOSCA (coordinador), Bs. As., Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2006, ts. V-IV, p. 82.

(y que ese adecuado cumplimiento genérico mal puede referirse a otra cosa que a obligaciones de tenor laboral y de la seguridad social para mantener consistencia con la extensión dirigida a la específica responsabilización limitada originalmente en el contexto del dispositivo del estatuto de la construcción), existe convicción doctrinal mayoritaria y manifestaciones jurisprudenciales en igual dirección en el sentido de que a partir del cambio ordenado por el recordado art. 17 ha perdido virtualidad el plenario 265 de 1988 (31) recordado líneas atrás; mayor matización encuentra, en cambio, la cuestión de si los deberes extendidos por dicho artículo deben ser entendidos como obligaciones de resultado, esto es que la acreditación de la sola práctica de las exigencias y controles allí previstos no exime de responsabilidad solidaria cuando, de cualquier forma, terminan resultando incumplidas las obligaciones laborales y de seguridad social del contratista o subcontratista (32).

(31) Como expresión de ese criterio doctrinal mayoritario, ver RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE y CONFALONIERI, JUAN A. (H.), *Reformas laborales*, Ed. Astrea, Bs. As., 2000, p. 125; ídem, HERREZUELO, RICARDO D., *Intermediación e interposición laboral y descentralización productiva*, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, MARIO E. ACKERMAN (director), DIEGO M. TOSCA (coordinador), Bs. As., Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, t. II-1, p. 211. En el ámbito jurisprudencial registran igual criterio CNTrab., sala VII, 29/12/2004, "Gutiérrez, Anastasio c. Alric, Alfredo y otros s/despido" y sala X, 10/11/2005, "Maza, Aldo c. Hidro Obras S.A. y otro s/despido", fallos ambos cuyos sumarios se encuentran publicados en CNAT-Boletín Temático de Jurisrudencia, junio 2006; ídem, sala IX, 31/12/2004, "Silguero, Claudio Alejandro y otros c. Center Construcciones S.R.L. y otros s/despido", SAIJ, sumario nº E0012190. En contra, PIROLO, MIGUEL ANGEL, *Legislación del trabajo sistematizada*, Ed. Astrea, Bs. As., 2001, p. 327, citado por CASTAGNINO, LAURA CRISTINA en *op. cit.*, p. 88.

(32) Por extensión de ideas, RODRÍGUEZ MANCINI y CONFALONIERI (H.), *op. cit.*, p. 126 y CASTAGNINO, LAURA CRISTINA, *op. cit.*, p. 86. Examinada como postura no pacífica y controvertida en la doctrina, puede verse HERREZUELO, *op. cit.*, p. 210, nota 53.

Capítulo III

La protección del crédito de la Seguridad Social frente a la actuación de contratistas y subcontratistas

Sumario: A. El régimen previsional de ferroviarios de 1919 y sus novedades de 1944. — B. El régimen previsional del comercio. — C. Los regímenes provisionales de marina mercante y aeronáutica civil, y de la industria. — D. El silencio del régimen de previsión para trabajadores del campo. — E. El momento de la unificación del sistema previsional para trabajadores dependientes (1969). — F. La situación en el marco de la ley 24.241 (el SIJP-1993).

En el largo proceso evolutivo de nuestras instituciones de la seguridad social los regímenes previsionales ocuparon y siguen ocupando un lugar central; y en la organización administrativa que les dio sostén encontraron albergue luego algunas otras de aquellas instituciones, más allá de que los ejemplos refieran a disposiciones hoy derogadas (1). Desde luego, escapa al objeto del presente estudio el examen de esa evolución, insoslayablemente matizada del acontecer político, social y económico que la signó en cada momento y de la variedad de opiniones que esa evolución suscitó en orden al alcance de las metas que todo sistema de seguridad

(1) Repárese, entre los muchos ejemplos que brindó esa evolución la prevista tutela de la Caja de Maternidad por la Caja de Jubilaciones y Pensiones Civiles (ley 11.933 y decreto 80.229/36), o la administración conferida por el decreto 14.549/44 a favor de la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios creada por la ley 10.650 respecto del Fondo Común de las asignaciones familiares para ese personal, autorizadas por el decreto 3771/43.

social lleva implícitas, sea en su etapa formativa o en algún punto de su consolidación; en cambio, y con el fin de practicar seguidamente ese inventario de técnicas a que nos propusimos al principio, resulta de interés examinar la variedad de posiciones que a lo largo de esa evolución adoptaron los regímenes previsionales para asegurarse el cobro de sus recursos cuando los empleadores hubieren utilizado el servicio de contratistas o subcontratistas.

A. EL RÉGIMEN PREVISIONAL DE FERROVIARIOS DE 1919 Y SUS NOVEDADES DE 1944

Por lo pronto, el decreto 17.470/44 (ratificado por ley 12.921-LXXXI) dispuso la eliminación de los contratistas utilizados en forma estable para la ejecución de tareas de complemento por las empresas ferroviarias de jurisdicción nacional comprendidas en la ley 10.650 de jubilaciones y pensiones para los trabajadores del riel, de 1919 —esto es tanto, aquéllas privadas como de propiedad del Estado Nacional— y el paralelo reconocimiento por ellas a título de personal permanente de los trabajadores entonces afectados a tales contratas (art. 1°), quedando prohibido a las empresas suscribir contrato alguno con intermediarios a partir de la vigencia del decreto, con salvedad del cumplimiento de los ya celebrados pero, de todos modos, con caducidad de las opciones de prórroga de los mismos (art. 3º) (2). Estos trabajadores adquirían, por tanto, la consideración de "ferroviarios" en orden a su tratamiento previsional en el marco de la mentada ley 10.650 (art. 2º).

Con todo, esta draconiana solución contaba con un antiguo antecedente normativo que, por menos visible no desorbita de la cuestión general que nos ocupa, vista la resonancia que en las aguas jurisprudenciales de los últimos años ha presentado la cuestión de la ajenidad o no de los servicios de restauración con las actividades en cuyo marco se brindan. En efecto, por su art. 2°, inc. 1, segundo párrafo, la ley 10.650 —con cuyo régimen se unificó el tratamiento

(2) En los considerandos del decreto, a la par de hacerse mérito de la reclamación gremial en el sentido decidido, se ponderó la naturaleza complementaria y permanente que realizaban los trabajadores de "equipos estabilizados" a cargo de contratistas, confrontada con la "situación transitoria" a que se encontraban sometidos contractualmente con la consiguiente privación de beneficios laborales (estabilidad, vacaciones, y amparo del convenio colectivo).

previsional de los ferroviarios estatales, hasta entonces comprendidos en la Caja para el Personal del Estado creada por la ley 4349 de 1904, y los de las empresas privadas del riel, al auspicio de los reclamos en tal sentido de los segundos (3)— dispuso alcanzar en su ámbito aplicativo a "... *los empleados de confitería, debiendo computárseles los servicios prestados bajo la dependencia de compañías arrendatarias de las empresas*"; al igual que los demás trabajadores permanentes ya existentes o que se incorporaren en el futuro a las explotaciones de ferrocarril (inc. 1, primer párrafo, del mismo artículo); dicho de otro modo una transferencia *ope legis* del contrato de trabajo no necesariamente distinta del caso anterior de eliminación de contratistas salvedad hecha de su efecto retroactivo igualmente asegurado por dicho dispositivo y la presencia de un ex empleador cuyo desempeño en el negocio ferroviario se planteaba a la inversa: en lugar de ser contratado por la empresa del riel a título de contratista, tocaría seguramente a él arrendarle a aquélla un vagón o una confitería en la estación para proveer servicios de comida a viajeros o viandantes.

B. El régimen previsional del comercio

También de la década del 40, ya creado el Instituto Nacional de Previsión Social por el decreto 2976/44 (ratificado por ley 12.921-LXI) como ente de cúpula del sistema jubilatorio de la época, varios regímenes de ese linaje, configurados ahora bajo el modelo profesional y organizados administrativamente como Secciones de aquél, volverán con otro sesgo sobre la temática de contratistas o subcontratistas.

Abrió la serie el decreto 31.665/44 (ratificado por ley 12.921-LXIV) instituyendo el régimen de previsión para el personal del comercio, las actividades afines y las civiles. Su art. 66 preveía al respecto: "*Con relación al personal ocupado por contratistas, subcontratistas, o por cualquier otra clase de intermediarios, los empleadores tienen, ante el Instituto, las mismas obligaciones legales y reglamentarias y bajo igual responsabilidad, que con respecto al personal directamente dependiente de ellos.*

(3) Conf. Payá (h.), Fernando H. y Martín Yánez, María, *Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, Capítulo 3, LexisNexis, 2006, www.lexisnexis.com.ar.

Incluirán los empleadores en las planillas mensuales que deben elevar a la Sección, la nómina, servicio y remuneraciones de ese personal y liquidarán, con la conveniente separación, las contribuciones y los descuentos legales, cuyo importe depositarán conjuntamente con los aportes del propio personal."

C. Los regímenes provisionales de marina mercante y aeronáutica civil, y de la industria

Con alguna diferencia de su segundo párrafo que no altera su sentido, le siguieron poco después de pasado un año manteniendo similar texto los art. 87 del decreto 6395/46 (ratificado por ley 12.921-LVII) sobre jubilaciones del personal de la marina mercante, de la aeronáutica civil y afines, y 91 del decreto 13.937/46 (ratificado por ley 12.921-LXXI) relativo a las jubilaciones del personal de la industria y afines; este último prevenía en su art. 5º que los obreros de la industria no perderían el carácter de afiliados al régimen industrial porque, entre otras razones, trabajaren bajo la dependencia de contratistas, subcontratistas o de cualquiera otra clase de intermediarios.

D. El silencio del régimen de previsión para trabajadores del campo

En cambio, el régimen jubilatorio para trabajadores rurales sancionado por la ley 14.399 de fines de 1954 carecía de previsiones sobre contratistas o subcontratistas.

E. El momento de la unificación del sistema previsional para trabajadores dependientes (1969)

Quince años más tarde, el sistema jubilatorio se reformula completamente. O, dicho mejor, el subsistema jubilatorio pasa por ese trance, porque ya está muy cerca de acompañarse de todas las demás piezas del sistema contributivo de la seguridad social con la fisonomía con que lo conocemos hoy. En efecto, y dicho gruesamente, en enero de 1969 el anterior panorama jubilatorio abandona su fragmentación profesional (deróganse los de estatales, ferroviarios,

trabajadores privados de los servicios públicos, comercio, industria, rurales, bancarios, periodistas, navegación, etc. y un grueso número de llamados regímenes especiales) (4) y lo propio ocurre con los regímenes previsionales consagrados a los trabajadores por cuenta propia (empresarios, independientes y profesionales) reunificándose sus respectivas piezas en dos regímenes básicos: el de la ley 18.037 para los trabajadores dependientes tanto del ámbito privado como público y el de la ley 18.038 para los trabajadores autónomos; en adelante, la atención administrativa de los primeros correría por la respectiva cuenta de dos Cajas Nacionales de Previsión: la de la Industria, Comercio y Actividades Civiles, y la del Personal del Estado y Servicios Públicos, mientras que de los segundos se haría cargo la Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos, ambas previamente creadas en los arts. 9º y 10 de la ley 17.575. Y para lo que interesa centralmente a nuestro estudio, el art. 56 de la ley 18.037 pasó a disponer: "*Todo empleador que contrate o subcontrate los servicios de contratistas, subcontratistas o intermediarios, deberá requerir de éstos la constancia de su inscripción como empleadores y que tienen a su personal afiliado o denunciado a la Caja respectiva. Caso contrario será solidariamente responsable del cumplimiento de las obligaciones referentes a la retención y depósito de los aportes y contribuciones que corresponden al personal que preste servicios a las órdenes de los contratistas, subcontratistas e intermediarios.*"

Sin embargo, la vida de esta directiva legal fue corta. El texto ordenado de la ley 18.037 dictado mediante Resolución de la Secretaría de Seguridad Social 807/74 publicada en el B.O. del 20 de noviembre de ese año suprime el antes transcripto art. 56; en el cuadro inserto al pie de dicho texto ordenado bajo el título "Disposiciones excluidas del ordenamiento" se indica para el art. 56 como causa de su exclusión "LCT (Ley 20.744) art. 32" (5) (tratábase del

(4) El art. 93 de la ley 18.037 disponía en tal sentido: "*Deróganse las leyes 4.349, 10.650, 11.110, 11.575, 12.579, 13.561, 14.258, 14.399, 14.499, con excepción de los artículos 9º, 11 y 12, 14.514, 14.588, 15.719, 15.891, 15.892, 16.066, 16.589, 16.796, 16,886, 17.039, 17.304, 17.310, 17.384, 17.385 y 17.582, los decretos leyes 14.535/44, 23.682/44, 31.665/44, 6.395/46, 13.937/46, 11.911/56, 1.049/58, 5.166/58 y 5.567/58 y sus modificatorias, el artículo 30 de la ley 14.370, los incisos del artículo 52 de la ley 14.473, con excepción del inciso c), el penúltimo párrafo del artículo 172 de la ley 14.473 y los regímenes dictados por aplicación de dicha norma legal.*"

(5) ADLA,1974, XXXIV-D, 3648/3661.

art. 32 de la versión original de la LCT publicada poco menos de dos meses atrás —el 27/09/1974—, cuya redacción ya examinamos en el capítulo precedente). Frente a la comparencia de dos normas de carácter general y convergentes sobre el mismo objeto la prevalencia de la posterior no ofrecía duda más allá de que, por añadidura, resultare más favorable. De donde la tácita abrogación de la norma previsional por el dispositivo del entonces nuevo ordenamiento laboral resultó la opción correcta expresada con la supresión de la primera en el citado texto ordenado de la ley 18.037 (6).

F. La situación en el marco de la ley 24.241 (el SIJP-1993)

Desde ese momento y hasta el presente, la temática de la responsabilidad del principal por las obligaciones de seguridad social de sus contratistas o subcontratistas ha quedado traspasada al ámbito de la LCT de consuno con el tratamiento de las paralelas obligaciones laborales y, por tanto, sujeta a las modificaciones antes reseñadas que experimentó desde su sanción el original art. 32 de este ordenamiento. Lo confirma el silencio sobre el punto en la sanción en 1994 de la ley 24.241 por la que se instituyó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones —SIJP— cuyo art. 168 derogó las leyes 18.037 y 18.038, silencio tácitamente reforzado por la admisión en su art. 156, bajo ciertas condiciones, de la aplicación supletoria del texto ordenado en 1976 de la ley 18.037; vale decir, del texto surgido de la Resolución de la Secretaría de Seguridad Social 522/76 donde, naturalmente, mantúvose el destierro del original art. 56 decidido por la mencionada Resolución 807/74, sólo que ahora ya se encontraba vigente la reforma de la LCT por ley 21.297 de ese año 1976.

(6) Lo que no quiere decir que tal supresión no planteara, entonces, alguna cavilación. Como tal se trataba de una evidente alteración del texto original y la ley 18.982 que facultaba al PEN a ordenar las leyes de la seguridad social —facultad que éste delegaría luego en la Secretaría de Seguridad Social mediante decreto 382/71, invocadas ambas en la Res. SSS 807/74— no parecía conceder potestad de semejante alcance.

Capítulo IV

Un recorrido comparativo en la evolución de las técnicas de protección del crédito del trabajador y del de la Seguridad Social emergente del servicio de aquél bajo la dependencia de contratistas y subcontratistas

Sumario: A. Responsabilización directa.— B. Responsabilización solidaria.— C. Responsabilización subsidiaria.— D. Responsabilización solidaria del principal por incumplimiento de deberes propios sobre verificación de inscripciones de su contratista o subcontratista.

A. Responsabilización directa

En el marco de la previsión social, otrora se han valido de esta técnica los regímenes jubilatorios del comercio (decreto 31.665/44), de la marina mercante y la aeronáutica civil (decreto 6395/46) (1), y de la industria (decreto 13.937/46) en tanto emplazaron en un pie de igualdad de deberes respecto de los trabajadores ocupados por contratistas, subcontratistas y terceros a las empresas receptoras de los servicios brindados por éstos. Sin dejar de reparar en la ambigüedad de la fórmula entonces elegida por la legislación, el haber atribuido al empresario principal "... *las mismas obligaciones legales y reglamentarias y bajo igual responsabilidad* ..." que con el personal

(1) En sentido diferente, advirtiendo en esta norma una manifestación de responsabilidad solidaria, ver CNTrab., sala 1ª, 08/10/1958, "Domar Inc. Pesquera c. Instituto de Prev. Social", DT, 1958-775.

de su dependencia directa respecto del ocupado por contratistas y subcontratistas, y sumarle el directo deber de información y liquidación de cotizaciones al ente jubilatorio (que fuera en lo atinente a aportes personales y/o contribuciones patronales, según se tratare en cada régimen, suponía la retención de tales importes de la facturación del tercero) implicó una responsabilidad que transcendía la sola noción de solidaridad. Bien podía, pues, la repartición recaudadora (a la sazón el Instituto Nacional de Previsión Social) accionar directamente contra el empresario principal remiso en el depósito de tales recursos.

Ya en el plano laboral, el art. 32 de la LCT sancionada en 1974 —hoy bajo el n° 30 y, como se sabe, con otra redacción sobre la que enseguida volvemos— consideró directamente constituida con el principal la relación laboral del trabajador del contratista tratándose de tareas correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento del primero y desarrolladas a su interior; de tal consideración resultó, sin duda, una atribución vincular que condujo a la responsabilización directa del empresario principal frente a las normas laborales y de la seguridad social poniendo en sordina la del contratista.

B. RESPONSABILIZACIÓN SOLIDARIA

En la evolución del ordenamiento laboral podrían diferenciarse dos etapas.

Una, expresada por formas de solidaridad limitada en virtud de aspectos diferentes y localizadas en regulaciones de tipo estatutario. Repasemos los ejemplos.

Así, para el trabajo a domicilio, en la ley 12.713, donde la responsabilidad solidaria del dador de trabajo —incluidos intermediarios y talleristas, según el caso, cuando asumían ese rol— frente al trabajador a domicilio ocupado por cualquiera de éstos quedaba acotada a las protecciones legales ya estudiadas, y focalizadas en el exclusivo plano laboral: adeudo salarial *pro tempore*, accidentes de trabajo bajo condición del lugar de ocurrencia y multa por supresión o disminución de dación de labor. Pero como ya quedó dicho, la connaturalidad de la labor del trabajador a domicilio ocupado

por un intermediario o tallerista a la actividad normal y específica propia del establecimiento al que va destinada mal parece que pueda inhibir la aplicación del art. 30 de la LCT hoy vigente, por incompatibilidad con la ley 12.713; de esta suerte, la responsabilidad solidaria del titular pierde las limitaciones de la ley especial y, por añadidura, las obligaciones de la seguridad social reciben la cobertura del mentado art. 30 de que carecían en aquélla.

Excepción hecha de la multa citada en último término (particularidad propia del régimen de trabajo a domicilio), los estatutos del empleado de empresas periodísticas —decreto 13.839/46 y del periodista ley 12.908 de 1947— afichan iguales previsiones que las de la ley 12.713 en materia de responsabilidad solidaria de la empresa periodística frente a los trabajadores de sus contratistas, subcontratistas y concesionarios. De todo ello se dio cuenta en el capítulo inicial de estas anotaciones, así como que igualmente vale para la labor del trabajador del tercero, la extensión de responsabilidad solidaria que reconoce el actual art. 30 de la LCT cuando encuadre en la hipótesis allí prevista.

El art. 9º del estatuto del trabajo rural de la ley 22.248 (instituyente del Régimen Nacional del Trabajo Agrario) configura el tercer ejemplo de responsabilidad solidaria; en este caso con igual alcance a las obligaciones laborales y de la seguridad social. Pero solidaridad, como se ha examinado ya, limitada en función de las características del desempeño del contratista, subcontratista o intermediario y de las exigencias procesales opcionales en orden al direccionamiento de la acción. Como se sabe la operatividad de esta previsión del RNTA queda expedita en razón de que la LCT no es aplicable a los trabajadores agrarios (conforme su art. 2º, inc. c). Con el afán de evitar repeticiones innecesarias nos permitimos reenviar a cuanto dijimos sobre esta técnica de reducción de la solidaridad en el ya citado primer capítulo. Baste señalar acá el reciente dictado de una resolución de la Comisión Nacional de Trabajo Agrario fijando condiciones de trabajo para cierto rubro de la producción del campo entre las cuales se establece una fórmula de responsabilidad solidaria en cabeza del empleador principal literalmente despojada de la limitación del art. 9º del RNTA relativa a las evocadas características del contratista o subcontratista (2).

(2) Resolución CNTA nº 48/08 para la actividad de arándanos en la Prov. de Tucumán (B.O. 09/10/2008).

La segunda etapa corresponde al actual diseño de responsabilidad solidaria del art. 30 de la LCT. Todavía con el texto que le proveyó la reforma de la ley 21.197 de 1976 a la versión original (el art. 32 de la ley 20.744 de 1974) sirvió de práctico calco para el art. 4º de la ley de accidentes 24.028 que en 1991 reemplazó la antigua ley 9688 y terminó derogada en 1995 por la ahora vigente ley 24.557 sobre riesgos del trabajo. Dicho art. 30 recibió las modificaciones que le introdujo la ley 25.013 quedando configurado así el texto que rige en el presente. Como se explicó en el primer capítulo, ya desde la reforma de la ley 21.297 la actividad normal y específica propia del establecimiento —sólo que ahora practicada a su interior o fuera de él— delinea el ámbito dentro del cual opera la responsabilidad solidaria del titular del mismo por las obligaciones laborales y de seguridad social de sus contratistas y subcontratistas respecto de los trabajadores de éstos que se desempeñan en tal actividad, en lugar de la constitución de un vínculo directo (y consecuente responsación directa) entre empresario principal y esos trabajadores como lo preveía el original art. 32 de la LCT de 1974.

C. RESPONSABILIZACIÓN SUBSIDIARIA

Bajo este rubro pudo categorizarse la subsistencia de responsabilidad del patrono frente al infortunio laboral sufrido por el obrero que trabajaba bajo la dirección del contratista de que aquél se valía, en los términos de la ley 9688, art. 6º (3), ya hace largo tiempo derogada. Claro que limitada al espacio de las obligaciones laborales, puede servir de símil lo previsto en su momento por el art. 6º de la ley 11.278 de 1923 cuando habilitó el derecho de los dependientes de contratistas o intermediarios a exigir de las personas que hubieren contratado a éstos la retención y pago de la retribución devengada si a su vencimiento se encontrare adeudada (4). Cierto es que

(3) Así la entendieron RAMÍREZ GRONDA, en *Leyes Nacionales del Trabajo*, Ed. Ideas, 2ª ed., Bs. As., 1949, t. 1, p. 359; y, con apoyo en cita de jurisprudencia del fuero comercial de la época, FERNÁNDEZ GIANOTI, ENRIQUE en *La ley 9688 de accidentes del trabajo*, ADLA, en el tomo conteniendo esta legislación con las enmiendas ya existentes a la aparición de esta colección legislativa, p. 977.

(4) Previsión que, en criterio de RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *La solidaridad en el derecho del trabajo*, Ed. Quorum, Bs. As., 2006, p. 92, "... no es más que el desarrollo a la luz del sistema de la solidaridad de la fórmula que contiene el Código Civil en su art. 1645..."; desde nuestro punto de vista igual opinión puede formularse respecto

el primer párrafo del actual art. 136 de la LCT registra como antecedente aquel art. 6º conforme se lo adelantó en el primer capítulo de este estudio, pero, como bien se ha opinado, este dispositivo de la LCT ya se encuentra implícito en su completitud en las atribuciones de responsabilidad solidaria contempladas en los arts. 29, 29 bis y 30 del mismo ordenamiento, por lo que podría considerarse sobreabundante (5).

D. RESPONSABILIZACIÓN SOLIDARIA DEL PRINCIPAL POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES PROPIOS SOBRE VERIFICACIÓN DE INSCRIPCIONES DE SU CONTRATISTA O SUBCONTRATISTA

Colocamos bajo esta rúbrica aquellas formas de atribución de responsabilidad en cabeza del empresario principal que ha inobservado determinadas exigencias legales relativas a las obligaciones que frente a sus propios trabajadores mantiene el contratista o subcontratista de aquél con motivo del empeño contratado. Sirven de ejemplo el art. 56 de la ley 18.037 en el plano de las obligaciones previsionales y el art. 32 de la ley 22.250 para el personal de la industria de la construcción con relación a las obligaciones emergentes de la relación laboral desarrollada en la obra respectiva, omnicomprensivo, por tanto, de las laborales y de las correspondientes a la seguridad social a poco que nos atengamos a la literalidad de la norma. En ambos procedía la exoneración de responsabilidad solidaria ante los trabajadores de contratistas o subcontratistas de que se sirviese en tanto requiriera de éstos constancia, sea de su inscripción y de la afiliación o denuncia de su personal ante la caja previsional en el caso de la ley 18.037, sea de su inscripción ante el Registro Nacional de la Industria de la Construcción —hoy el IERIC

del art. 6º inc. b) del decreto 563/85 reglamentario del RNTA en tanto habilita el deber del principal de retener y depositar ante la autoridad de aplicación más cercana el adeudo salarial que le requiera el trabajador del contratista. También aquí, como en el supuesto anterior, se tratará de una acción directa del trabajador, conforme lo explica allí Rodríguez Mancini) sin que, a la luz de moderna doctrina, se la considere ya como el ejercicio de la acción subrogatoria del art. 1196 del Código Civil (ver la nota 90 de su antecitada obra).

(5) Tal es el criterio de SECO, RICARDO FRANCISCO en su comentario a dicho art. 136, en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada*, ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD (director) y RAÚL HORACIO OJEDA (coordinador), Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, t. II, p. 234.

a cargo del mismo— con paralela información a ese organismo de la iniciación y ubicación de la obra.

Pero, como ya ha sido puesto de manifiesto, el art. 56 de la ley 18.037 quedó tácitamente abrogado con la vigencia del original art. 32 de la LCT. A su turno, el párrafo final del art. 17 de la ley 25.013 sancionada en 1998 dispuso la aplicación al predicho régimen de solidaridad específico del estatuto de la construcción de los nuevos deberes a cargo del principal incorporados por aquel dispositivo como segundo párrafo del art. 30 de la LCT, configurando, de tal modo, la actual versión de éste; luego, sólo el acabado cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social por parte de contratistas y subcontratistas con relación a sus trabajadores de la construcción deja inmune de responsabilidad solidaria frente a éstos a quien contrata la obra o servicio.

Capítulo V

Consideraciones finales

Desde la triple mirada de la que nos hemos servido para ordenar estos apuntes, pueden despejarse dos reflexiones, a modo de últimas, bien que cada una acompañada de las observaciones que, entendemos, atañen a cada una.

La primera nos muestra que desde su sanción original de 1974 la LCT ha desplazado a la normativa previsional tomando para sí la regulación de la responsabilización del empresario principal, por las obligaciones ante los organismos de la seguridad social de los contratistas y subcontratistas con relación a los trabajadores que ocupan al servicio de aquél, en paralelo con la de las obligaciones laborales. Dicho breve, responsabilización que bajo la técnica de la solidaridad se encuentra emplazada en su actual art. 30 luego de las transformaciones que su texto y su numeración han experimentado a través de las sucesivas reformas sobre sus alcances, de las que se da breve noticia en el segundo capítulo inicial de estas anotaciones; y con las matizaciones también examinadas allí, lo propio puede decirse del art. 9º del régimen aprobado para la regulación de las relaciones de trabajo agrario, en las que la LCT es inaplicable. La abdicación en tal sentido de la regla previsional se manifiesta en la antes explicada derogación tácita del art. 56 de la ley 18.037 por el art. 30 de la LCT; ya en el marco de un sistema jubilatorio unificado (dependientes de esta ley y autónomos de la ley 18.038) desaparecía entonces la eximición de solidaridad del principal a condición de solo controlar la afiliación del contratista o subcontratista y de los empleados y obreros de éstos (o, como mínimo, la denuncia de su existencia) en la caja respectiva, en reemplazo de la responsabilización directa en los antiguos regímenes profesionales. Pero, a la par de la drástica contracción de responsabilidad

que consagraba, el derogado art. 56 mantenía, al igual que los viejos regímenes, la escueta referencia a contratistas y subcontratistas sin más aditamento, esto es, sin el condicionamiento de calificación alguna de la relación entre el servicio que prestaban y la actividad del contratante o subcontratante para delimitar el espacio donde opera la responsabilidad solidaria de éstos, como registra, en cambio, el actual art. 30 de la LCT o el 9º del RNTA. Se trata ahora de la inteligencia que cabe asignar al concepto "actividad normal y específica propia del establecimiento" (1); concepto con que en la mayoría de los casos se expresa en la actividad nuclear de la empresa, tal como lo evoca el reciente informe de los expertos que redactaron el informe del Ministerio de Trabajo sobre el "Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina" (2); fuera de ese centro esencial —y con la permanente salvedad de los supuestos de fraude— queda para los créditos laborales y de seguridad social la exclusiva responsabilidad directa de contratistas y subcontratistas con relación a los propios trabajadores que los secundan en las múltiples manifestaciones de tercerizaciones, outsorcing, externalizaciones y otros términos con que pueda predicarse el fenómeno descentralizador mientras sólo transcurra en la periferia de ese centro.

La segunda tiene la intención de llamar la atención sobre la tendencia que insinúan algunos ejemplos relevados en el capítulo inicial de estas anotaciones alusivos a ciertas normas reglamentarias por las que se asigna al empresario principal o locatario de obras o servicios el deber de retención (y consecuente ingreso) sobre cada pago que efectúen a sus contratistas, del importe calculado mediante una fórmula predeterminada, luego imputable por éstos como pago a cuenta de las contribuciones patronales a la seguridad social de las que resultaren responsables.

Como muestra de ello —bien que cada una de ella con sus propias singularidades cuyo examen excede el propósito de estas anotaciones— pueden servir los casos de las retenciones a contratistas y subcontratistas de la construcción (Resolución DGI 4052 de 1995, modificada por Resolución General de AFIP 178 de 1998), a los pres-

(1) Para un examen de la jurisprudencia relativa a este asunto en el art. 30 de la LCT, ver la reseña aportada por FOGLIA con la colaboración de AGUSTÍN MEILÁN, *op. cit.*, ps. 435/439 y el Boletín Temático de Jurisprudencia de la CNTrab., sobre *Solidaridad art. 30 LCT*, de agosto de 2007.

(2) Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 155.

tadores de servicios de limpieza (Res. AFIP 1556 de 2003), y a los de investigación y seguridad (Res. AFIP 1769 de 2004); por fuera de las anteriores y referida a locaciones de obra y servicios gravadas con el impuesto al valor agregado entre los diversos rubros que abarca, cabe citar también la Resolución General AFIP 1784 de 2004 y posteriores modificaciones de la misma, instaurando un régimen general de retenciones (3). Como fundamento de estas decisiones fiscales se consigna el art. 22 (antes el juego conjunto de los arts. 7º y 29) de la ley 11.683 (t.o. 1998) cuya redacción es la siguiente: "*La percepción de los tributos se hará en la misma fuente cuando así lo establezcan las leyes impositivas y cuando la Administración Federal de Ingresos Públicos, por considerarlo conveniente, disponga qué personas y en qué casos intervendrán como agentes de retención y/o percepción*".

No cabe duda que mediante la institución de este mecanismo de retención se provee al ente fiscal una garantía de recaudación parcial o total de las mentadas contribuciones con indiferencia de si la obligación del contratista o subcontratista responsable primario cuenta con el respaldo de la respuesta solidaria que asigna a su contratante o subcontratante el art. 30 de la LCT. Desde luego, nada tiene que ver una cosa con la otra, aún cuando las citadas resoluciones de la autoridad fiscal acompañen la atribución del deber de retención con la paralela atribución de responsabilidad solidaria por su incumplimiento, sin mengua de que la solidaridad del principal venga ya reconocida por el ordenamiento laboral en dicho art. 30 cuando el servicio prestado por el contratista o subcontratista encuadre en los presupuestos de esta norma (4).

(3) La construcción normativa de todas ellas presenta evidentes similitudes con la Resolución General DGI 3983 de 1995 modificada por la 4003 de la misma categoría y año de emisión. Pero su fundamento jurídico es distinto del de aquéllas, inspiradas todas en la norma procesal tributaria que habilita a la autoridad fiscal para crear agentes de retención como a continuación se relata en el texto. En efecto, la Resolución General DGI 3983 refiere a las empresas de servicios eventuales y su sustento jurídico —entonces el decreto 342/92 hoy reemplazado por el decreto 1694/06 sobre cuyo examen nos hemos detenido en el segundo capítulo del presente estudio— conduce al art. 29 bis de la LCT; vale decir a la norma con rango de ley que impone a la empresa usuaria el deber de retener de los pagos que efectúe a la empresa que la provee de trabajadores los aportes y contribuciones (hoy sólo las segundas) respectivos para los organismos de la seguridad social y depositarlos en término.

(4) Excluimos de acompañar la mención en este párrafo el art. 9º del RNTA haciendo *pendant* con el 30 de la LCT, no porque el primero resulte técnicamente incon-

Sin embargo no parece que la delegación prevista en el mentado dispositivo de la ley 11.683 (5) resulte apta para disponer el deber de retención relevado en las citadas resoluciones pues el objeto sobre el que recae dicho deber excede el marco tributario en el que el procedimiento de esta ley orbita. No se nos escapa el trasfondo tradicionalmente polémico involucrado en la cuestión acerca de las fronteras entre fiscalidad y parafiscalidad y sobre qué recursos corresponde clasificar como de la segunda categoría. Pero desde nuestro punto de vista las contribuciones patronales se encuentran fuera del marco de la tributación de los impuestos; por el indiscutible linaje de seguridad social que se les reconoce, su regulación (del cual el deber de retenerlas no es más que un aspecto) corresponde al Código del Trabajo y de la Seguridad Social, sea en un cuerpo unificado, o mediante disposiciones separadas como lo manda el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, siendo sabido que la ausencia del primero no es óbice para la validez de las segundas. Y al momento actual esa regulación aparece, a la vez que separada, compartida, por las reglas de ambas disciplinas de nuestro todavía hipotético Código: las de la seguridad social y las del ordenamiento laboral, sin que parezca que las "contribuciones" a las que refieren las resoluciones en comentario tengan parentesco alguno con las que corresponde al Congreso Nacional imponer —por ello lo de "impuestos"— (6) conforme el art. 75 inc. 2) del texto constitucional.

---

secuente a ese fin sino para evitar repeticiones, sin perder de vista que los servicios a que refieren las resoluciones antes examinadas difícilmente entren en la práctica de contratación o subcontratación de un productor agrario, lo que no quiere decir que la hipótesis resulte imposible. En todo caso, parece de baja probabilidad de ocurrencia.

(5) Delegación que ha merecido crítica de calificada doctrina tributaria. Ver en tal sentido GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA CAMILA, *Procedimiento tributario y de la seguridad Social*, LexisNexis, 9ª ed., reimpresión, Buenos Aires, 2005, ps. 235/236; también GÓMEZ, TERESA y FOLCO, CARLOS MARÍA, *Procedimiento Tributario*, Ed. La Ley, 4ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2006, p. 151, con cita convalidante de antiguo dictamen de DGI (1973) y jurisprudencia contraria de CNCiv. y Com., Bahía Blanca, 23/02/1999, "De León Supermercados S.A. c. DGI s/ordinario". Ambas parejas de autores coinciden en que sólo una ley del congreso podría instituir válidamente al agente de retención, haciendo hincapié los primeros en la previsión del art. 19 de la Constitución Nacional.

(6) Lo que no quita, desde luego, que, a la inversa, el impuestos pierda el carácter de tal en razón de su afectación específica al financiamiento del sistema de la seguridad social o de alguno de sus subsistemas como ocurre en el caso del art. 5° de la ley 23.966 por el que se modificó el régimen del Impuesto al Valor Agregado destinando una proporción de su producido al Régimen Nacional de Previsión Social

De allí entonces la conveniencia de que en uno u otro plano legislativo, laboral o de la seguridad social se clarifiquen estos desvíos del reglamentador o aplicador (que a la vez reviste la función de recaudador, fiscalizador y ejecutante de las deudas que mantienen los responsables con los organismos de seguridad social conforme lo previó el decreto de necesidad y urgencia 507/93) en homenaje a la reserva de ley que merece su temática.

y, bajo ciertas condiciones, a los regímenes previsionales provinciales. En todo caso, lo que el art. 75 inc. 2 constitucional prevé es que el recurso así afectado no será copartipable.

Bibliografía general

AA.VV., *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Ackerman, Mario E., *Antes y después de Rodríguez,* DL, 2001-1-191.

Albiol Montesinos, I., *Aspectos laborales de la transmisión de empresas,* Madrid, 1984.

Aldao Zapiola, C., Hülsberg, H.A. y Jaureguiberry, C.E., *Productividad y negociación colectiva,* Ed. Macchi, Buenos Aires, 1994.

Almansa Pastor, *Derecho de la Seguridad Social,* 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1977.

Alonso García, Manuel, *Contrato de trabajo, subcontrato y cesión de mano de obra,* RPS, 45, 42.

Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María E., *Derecho del Trabajo,* Univ. de Madrid, 1989.

Ameal, Oscar, *Código Civil y Leyes Complementarias - Comentado, anotado y concordado,* dirigido por Augusto C. Belluscio, Ed. Astrea, 1994.

Anaya, Jaime Luis, Prólogo al libro de Martorell, Ernesto E., *Conflictos de trabajo en las sociedades comerciales,* Buenos Aires, 1986.

Aragón Medina, Jorge, *Los grupos económicos como unidad económica dominante,* en "Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo", Baylos y Collado editores, Ed. Trotta, Madrid, 1994.

Auer, Peter, *La internacionalización del empleo, ¿un reto para una globalización justa?,* Revista Internacional del Trabajo, vol. 125 (2006), núm. 1-2.

Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional.*

BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, *El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural*, en "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudio en recuerdo de Francisco Blat Gimeno", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

BARBIERI, *Contratos de empresa*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998.

BAYLOS, ANTONIO y COLLADO, LUIS, Introducción a *Grupos de empresas y derecho del trabajo*, Madrid, 1994.

BEAUJOLIN-BELLET, RACHEL; CORNOLTI, CHRISTOPHE; KUHN, ANTHONY, YVES MOULIN, *L'anticipation partagée des restructurations a l'epreuve des faits. (La anticipación compartida de las reestructuraciones frente a los hechos)*. Travail et Emploi, núm. 109, enero-febrero 2007.

BECK, ULRICK, *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Ed. Paidós, Barcelona, 2000.

BIBIANA LUIS, CLARA, *El teletrabajo. La opción de hoy*, junio 2001, REDI Nº 35.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, 1988.

BIRGIN, OSCAR y FREIDENEBERG, LELIO, *Concepto y problemática del teletrabajo*, DT, 2004-A, 334.

BLAT GIMENO, FRANCISCO, *Análisis Jurídico laboral de la descentralización productiva*, tesis doctoral.

BLAT GIMENO, FRANCISCO, "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BORDA, GUILLERMO, *Problemas de la culpa contractual*, LA LEY, 111-930.

BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones*, Ed. La Ley, 2008.

BRITO PERET, JOSÉ I., *Aspectos en el desarrollo legislativo y jurisprudencial del régimen previsional. Las reformas silenciosas*, DT, 2004-A, 305.

Business Decisions Ltd., 1 *New Forms of Work Organisation and Productivity, A Study prepared for DGV of the European Commission*, abril 1999.

Business Decisions Ltd., *New Forms of Work Organisation: Case studies,* European Commission, Directorate-General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs, junio 1998.

BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado,* Buenos Aires, 1955-1958.

CAFARO, E. y CARNELLI, S., *Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Anotado y concordado,* 2ª ed., 1981.

CAFLISH, Silvio, *Die Bedeutung una die Grenzen der Rechtlichen Selbtändrgkeit der abhängigen Gesellschaft im der Aktiengesellschaft,* P.G.Keller, Winterthut, 1961.

CAMERLYNK, *Traité de droit du travail. Contrat du travail,* París, 1968.

CAMPS RUIZ, LUIS M., *La contratación laboral temporal,* Valencia, 1995.

CAMPS RUIZ, LUIS M., *La sucesión de empresa,* RT nº 81.

CAMPS RUIZ, LUIS M., *Problemática jurídico laboral del grupo de empresas: Puntos críticos,* en "Grupos de Empresas y Derecho del Trabajo", Madrid, 1994.

CAMPS RUIZ, LUIS M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa,* Valencia, 1997.

CANDAL, PABLO, *La regulación jurídico-laboral de la transmisión de empresas* en *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo,* Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

CARCAVALLO, HUGO R., *El artículo 30 de la LCT (sus antecedentes, alcances y problemas),*en Revista de Derecho Laboral, *La solidaridad en el contrato de trabajo,* 2001-1-135.

CARCAVALLO, HUGO R., *El cincuentenario del art. 14 bis de la Constitución Nacional,* Academia del Plata, 2008.

CARCAVALLO, HUGO R., *La remuneración del viajante en la ley 14.546,* LT, XV- 324.

CARCAVALLO, HUGO R., *Reflexiones sobre la llamada reforma laboral de la ley 25.013,* DT, 1999-A, 208.

CARDONA RUBERT, MARÍA BELÉN, *Informática y contrato de trabajo,* Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

CARINCI, MARÍA TERESA: *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro,* Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massi-

mo D'antona, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudencia; www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione.

CARLI, CARLO, *La demanda civil*, Buenos Aires.

CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, F. y otros, *La problemática del outsourcing*, Economitas Nº 72 (1996).

CASTAGNINO, LAURA CRISTINA, *Obreros de la construcción*, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, MARIO E. ACKERMAN (director), DIEGO M. TOSCA (coordinador), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

CASTELLS, MANUEL, *La era de la información. La sociedad red*, 4ª ed., Siglo Veintiuno Editores, 2002.

CASTILLO, J. J., *El trabajo del sociólogo*, Madrid, 1994.

CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, Ed. Librería Editora Platense, 1980.

CENTENO, NORBERTO O., *La transferencia del contrato de trabajo en la ley de contrato de trabajo*, LT, XXVI-769.

CERRAI, ALESSANDRO A., *Concentrazioni de impresa e concorrenza della normativa del Trattato CEE*, Milano, 1983.

CESSARI, *L'interposizione fraudulenta nel diritto del lavoro*, Milán, 1959.

CICHERO, N., *La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968*, ED, 66-166.

CIVIL, CRISTINA Y MARCH, MONSERRAT, *Implantación del teletrabajo en la empresa*, Barcelona, 2000.

COLMO, ALFREDO, *De las obligaciones en general*, Buenos Aires, 1961.

COLOMBRES, GERVASIO R., *Curso de derecho societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.

CONFALONIERI, JUAN ANGEL (H.), *Contrato de Trabajo Eventual*, Ed. Astrea, 2002.

CONFALONIERI, JUAN ANGEL (H.), *Descentralización productiva*, Ponencia oficial presentada en las XIV Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Rosario-Santa Fe, 1, 2 y 3 de septiembre de 2005, DT, 2005-B, 1695.

CONFALONIERI, JUAN ANGEL (H.), *El control del trabajador por medio de cámara de video*, DT, 2008-A, 593.

CONFALONIERI, JUAN ANGEL (H.), *¿La dependencia, implica onerosidad y voluntariedad?*, Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, Nº 2, 2004, Ed. Quórum.

CONFALONIERI, JUAN ANGEL (H.), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Anotada y Concordada*, dirigida por JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007.

CONTERNO, HUGO y MACAGNO, ARIEL, *Inoponibilidad de la persona jurídica societaria (a propósito de una corriente jurisprudencial que lleva a reflexiones)*, Ed. Errepar, "Doct. Soc. y Conc.", oct. 2003.

CORRADETTI, SUSANA, *Responsabilidad solidaria en los supuestos de intermediación en la contratación laboral (arts. 29 y 29 bis de la LCT)*. Revista del Trabajo, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001-1-325 a 336.

CRUZ VILLALÓN Y P. RODRÍGUEZ - RAMOS VELASCO, *Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos*, en Revista de Derecho Social, núm. 3, 1998.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS, *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*, R.L. 1992-Nº 2.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS, *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*, en Revista de Trabajo y Seguridad Social, Nº 13, Madrid, enero-marzo 1994.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS (coordinador), *La Reforma Laboral de 2006*, Ed. Lex Nova.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS, *Outsourcing y relaciones laborales*, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

CUERVO GARCÍA, ALVARO, y GUILLÉN, MAURO F., *Outsourcing, offshoring, deslocalización: consideraciones generales y reflexiones sobre el caso español*; www.fundacionrafaeldelpino.es/documentos/conferencias-yencuentros.

CURA, JOSÉ MARÍA, *Las sociedades controladas. Su enfoque singular en el derecho del trabajo*, LA LEY, 1991-D, 1381; DT, 1991-A, 231.

CHAMPAUD, CLAUDE, *Los métodos de agrupación de sociedades*, informe al Séptimo Congreso Internacional de Derecho Comparado, Upsala, 1966.

CHAMPAUD, CLAUDE, *Recherche des critéres d'appartenance á un groupe*, en "Droit des Groupes de Sociétés", París, 1972.

DANIEL, W.W., *Workplace Industrial Relations and Technical Change*, Londres, Frances Pinter, 1987.

DE DIEGO, JULIÁN, en *La reforma laboral. Ley 25.013*, VV.AA., Ed. Abeledo Perrot, 1998.

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

DE LUCA-TAMAJO, RAFFAELE, y PERULLI, ADALBERTO, *Informe General*, presentado en el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, París, septiembre de 2006.

DE SIMONE, G., *Nuove regole pero nuove imprese?*, en P. ZANELLI, *Grupi di imprese e nuove regole*. In ricordo di Gaetano Vardaro, Milano, 1991.

DE UNAMUNO, MIGUEL, *La tradición eterna*, en "Obras Selectas", Madrid, 1956.

DE VIRGILIIS, MIGUEL ANGEL y DE VIRGILIIS, MARTÍN IGNACIO, *Teletrabajo - La nueva realidad virtual*, Revista de Derecho Laboral, 2003-2-343.

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

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

DEL REY GUANTER, SALVADOR, y LUQUE PARRA, MANUEL, *Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral*, R.L.1999.

DEVEALI, MARIO L., *Aplicación simultánea de varios convenios colectivos*, DT, 1957-240.

DEVEALI, MARIO L., *La ciencia de la legislación laboral y sus principios*, estudio incluido en "Lineamientos de Derecho del Trabajo", Ed. TEA, Buenos Aires, 1956.

DEVEALI, MARIO L., *La empresa y las relaciones de trabajo*, en "El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias", Ed. Astrea, 1983.

DEVEALI, MARIO L., *La interpretación de las leyes del trabajo*, DT, 1948-161.

DEVEALI, MARIO L., *La novación objetiva y subjetiva en el contrato de trabajo*, en DT, 1947-481.

DEVEALI, MARIO L., *Lineamientos de derecho del trabajo*, TEA, Buenos Aires, 1953.

DEVEALI, MARIO L., *Los pseudos contratistas y la burla a la ley 11.729*, DT, 1944-575.

DEVEALI, MARIO L., *Naturaleza y régimen de los viáticos*, DT, 1954-357.

DÍAZ, VIVIANA L., *Las TICS en el desarrollo de nuevas formas de empleo*, RDLSS-2005-1719.

DOLLEANS, EDOUARD, *Historia del Movimiento Obrero*, versión en español, EUDEBA, Buenos Aires, 1960.

DOUGLAS, WILLIAM O., *Insulation from liability through subsidiary corporations*, Yale Law Journal, dec. 1929.

DUI, PASCUALE. *Outsourcing ed esternalizzazioni tra diritto comerciale e diritto dil lavoro (Outsourcing y externalización entre el derecho comercial y el derecho del trabajo)*, Milano, Ed. Guiffrè, 2007.

DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO F., *Concepto y significado institucional de los grupos de empresas*, en Libro Homenaje a Ramón M. Roca Sastre, Madrid, 1977.

EDWARDS, R., GARONNA, P., y TÖDTLING, F., *Unions in Crisis and Beyond. Perspectives from Six Countries*, Auburn House, Londres, 1986.

EMMERICH-SONNENSCHEIN, *Konzernrecht*, 3ª ed., München, 1989.

ERMIDA URIARTE, OSCAR, *Deslocalización, globalización y derecho del trabajo*; www.upf.edu/iuslabor/012007/latinoamericaoscar.pdf.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Teletrabajo*, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

ESPER, MARIANO, *Uniones Transitorias de Empresas*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

ETALA, C. y FELDMAN, *El trabajo a través de las agencias de servicios eventuales* en *La precarización del Empleo en la Argentina* (compilación),

Centro Editor de América Latina, CIAT, OIT Lima- Perú, CLACSO, 1990.

ETALA, CARLOS, *Contrato de Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

ETCHEVERRY, RAÚL A., *Primeras ideas sobre la responsabilidad de la controlante en el nuevo régimen del art. 54 de la ley de sociedades comerciales*, LI, 1995-59.

European Comission, *The Social and Labor Market Dimension of the Information Society. People First - The Next Steps*, 1997.

FARGOSI, HORACIO P., *Derecho y mercado*, Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de octubre de 2006, Anticipo de Anales, Año LI, Segunda Epoca, Nº 44.

FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos*, Ed. Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, 1999.

FARINA, JUAN M., *Grupos económicos y la teoría de la penetración de la personalidad jurídica*, nota a fallo, ED, 107-605.

FARRÉS, PABLO, *Parámetros de valoración jurídica en el derecho informático*. RDLSS, 2005-16-1253.

FENOCHIETTO, CARLOS y ARAZI, ROLAND, *Código Procesal civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2ª ed., 1993.

FERNÁNDEZ DELPECH, HORACIO, *Internet: su problemática jurídica*, 2ª ed., LexisNexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

FERNÁNDEZ DUQUE, CARLOS A., *Viejos y nuevos principios de la personalidad jurídica*, en Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, I p. 725.

FERNÁNDEZ HUMBLE, JUAN CARLOS, *Aspectos laborales en la utilización de los medios informáticos*, TySS, 2001-731.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, *Descentralización productiva, contratas y despido por causa organizativa*, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ MADRID, JUAN C., *Los viajantes de comercio ante las leyes del trabajo*, Ed. Contabilidad Moderna.

FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, 3ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007.

FERNÁNDEZ PREGO, JORGE, *Los grupos económicos de empresas y el derecho del trabajo*, DEL.

FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Alard y De la Puente, Madrid, 1960.

FERREIROS, ESTELA M., *Responsabilidad personal e ilimitado de gerentes, representantes y directores de sociedades comerciales por créditos laborales*, Doctrina laboral-Errepar, septiembre de 1999.

FERRO ASTRAY, A., *Empresas controladas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.

FILIPI, LAURA y GARCÍA, OSCAR, *Personalidad jurídica e inoponibilidad*, LA LEY, 2000-C, 1080.

FOGLIA, RICARDO A., *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, JORGE RODRÍGUEZ MANCINI (Director), ANA ALEJANDRA BARILARO (Coordinadora), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007.

FOGLIA, RICARDO A., *Un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y algunas cuestiones sobre la solidaridad en la ley de contrato de trabajo*, en TySS, 2000-683.

FONTANARROSA, RODOLFO O., *Derecho comercial argentino (Parte general)*, Zavalía Ed., 3ª ed., Buenos Aires, 1967.

FREEMAN, R.B., "The Changing Status of Unionism Around the World. Some Emerging Patterns", en *Organized Labor at the Crossroads*, Wei Chiao Huang (ed.), W.E. Upjohn Institute, 1989.

GALGANO, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista*, 1990.

GALLO, GUSTAVO J., *Solidaridad y transferencia*, TySS, 1997-1099.

GARCÍA MARTÍNEZ, FRANCISCO y GARCÍA MARTÍNEZ, JULIO A., *El contrato de trabajo en el derecho argentino y comparado*, Imprenta López, 1945.

GARCÍA MARTINEZ, ROBERTO, *La reforma, en la ley de contrato de trabajo*, LT, XXIV-1075.

GARCÍA MORENO, GONZALO J. M., *Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización de actividades laborales. Tipología y régimen jurídico básico*, en *La externalización de actividades*

laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

GARCÍA MURCIA, en VALVERDE, RODRIGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo,* 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid.

GARCÍA, HÉCTOR, *Estatutos Profesionales. Una mirada crítica a partir de serias distorsiones,* DT, 2007-A, 398.

GAUTIER, JERÒME. *Repensar la articulación entre mercado de trabajo y protección social en el postfordismo,* CEIL CONNICET, Buenos Aires, 2004.

GIULIANI FONROUGE, CARLOS M. y NAVARRINE, SUSANA CAMILA, *Procedimiento tributario y de la seguridad Social,* LexisNexis, 9ª ed., reimpresión, Buenos Aires, 2005.

GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA, *Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios,* en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GOLDIN, ADRIÁN, *El futuro del derecho del trabajo,* DT, 1997-1507.

GOLDIN, ADRIÁN, *Sobre una propuesta de reforma laboral en Canadá,* DT, 2008-B, 821.

GÓMEZ VALVERDE, A., *De trabajadores a empresarios,* Informe de FIDEM.

GÓMEZ, TERESA y FOLCO, CARLOS MARÍA, *Procedimiento Tributario,* 4ª ed., 1ª reimpresión, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

GREENSPAN, ALAN, *La era de las turbulencias,* Buenos Aires, 2008.

GRISOLÍA, JULIO, *La reglamentación de las empresas de servicios eventuales (decreto 1694/2006),* RDLSS 2007-6-482.

GUIBOURG, RICARDO, *Las obligaciones solidarias en el Derecho Laboral,* LT XXVI-969.

GUISADO, HÉCTOR, *De la transferencia del contrato de trabajo,* en *Ley de Contrato de Trabajo,* ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD (Dir.), RAÚL HORACIO OJEDA (Coord.), Ed. Rubinal-Culzoni, 2005.

GUISADO, HÉCTOR, *La transferencia del Contrato de Trabajo,* en *Tratado de Derecho del Trabajo,* dir. por MARIO ACKERMAN, 1ª ed.,Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

GUTIÉRREZ ZALDIVAR, ALVARO, *La desestimación de la personalidad en las sociedades comerciales*, LA LEY, 147-1045.

GUYENOT, JEAN PIERRE, *Los grupos de interés económico*, traducción de Josefina Ossorio, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1973.

HALPERIN, ISAAC, *El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales*, Rev. de Derecho Comercial, 1969-273.

HALPERÍN, ISAAC, *Lecciones de seguros*, Buenos Aires, 1981.

HAMEL, *La personalidad moral y sus límites*, Recueil Dalloz, 1949.

HARVARD, CHRISTELLE; RORIVE FEYTMANS, BRIGITTE y SOBCZAK, ANDRÉ, *Comment reguler les relations triangulaires de travail? La RSE face au droit dans le travail intérimaire e les centres d'appels. (Cómo legislar las relaciones triangulares de trabajo? La Responsabilidad Social Empresaria frente al derecho en los trabajos interinales y los centros de llamadas)*, Travail et Emploi, núm. 114, abril-junio 2008.

HENRIQUEZ RIQUELME, HELIA, *Trabajo a domicilio en el Siglo XXI - Tres miradas sobre el teletrabajo*, Cuadernos de investigación, Cuaderno Nº 26, Dirección del Trabajo. Departamento de estudios. Santiago de Chile, diciembre 2005.

HEREDIA, PABLO D., *La novación concursal y el tratamiento de los fiadores, codeudores y garantes del deudor: las enseñanzas del derecho comparado y la cuestión en el derecho argentino*, JA, 2002-II, fasc. 13, p. 3.

HERRERA, ENRIQUE, *Ley de Contrato de Trabajo*, ALTAMIRA GIGENA (Coord.), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.

HERREZUELO, RICARDO D., *Intermediación e interposición laboral y descentralización productiva*, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, MARIO E. ACKERMAN (Dir.), DIEGO M. TOSCA (Coord.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

HIERREZUELO, RICARDO D., *La regulación de las empresas de servicios eventuales después del decreto 1694/2006*, RDLSS, 2008-3-189.

HOUIN, R., *El abuso de la personalidad moral en las sociedades por acciones, Derecho Francés*, LA LEY, 109-1053.

HUSSON, MICHEL, *Los retos de la deslocalización en Europa*, en la Jornada sobre Política Industrial y Deslocalización en el País Vasco, Bilbao, 26 de septiembre de 2007, www.iade.org.ar.

ICHINO, P., *La disciplina Della segmentazione del processo productivo e dei suoi effetti sul raporto di lavoro*, www.univr.it/AIDLASS/ichino_99.html.

IHERING, RUDOLPH VON, *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, Ed. Fabián Di Plácido, 1998.

International Labour Office, *World Labour Report 1997-98. Democracy and Social Stability*, Ginebra, 1997.

International Monetary Fund, *World Economic Outlook*, "Globalization: Opportunities and Challenges", mayo 1997.

ISAY, RUDOLF VON, *Das Recht an Unternehmen*, Berlín, 1910.

JACQUEMIN, A., *Le groupe de sociétés: Décentralisations dans la concentration*, La Haya, 1973.

JUNYENT BAS, FRANCISCO, *Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral*, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, año 2000, N°1.

KABAS DE MARTORELL, ELISA y MARTORELL, ERNESTO E., *La concentración empresaria y su proyección en las distintas ramas del derecho*, LA LEY, 1987-C, 624.

KALINOSWSKI, GEORGES, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Ed. Abeledo Perrot, 1982.

KROTOSCHIN, ERNESTO, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., 1962.

KYLOH, R., "Governance of Globalization: The ILO Contribution", International Labour Office, 1997.

LAHERA FORTEZA, JESÚS, *Límites novedosos en el encadenamiento de contratos temporales*, en "La reforma laboral de 2006", coordinada por JESÚS CRUZ VILLALÓN.

LAQUIS, MANUEL A., *El sujeto de derecho en el anteproyecto de la ley general de sociedades*, Rev. de Derecho Comercial, 1970.

LASIERRA ESTEBAN, JOSÉ MANUEL. *Mercado de trabajo y estrategias empresariales*, CES, Colección Estudios, 2001.

LE PERA, SERGIO, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979.

LE PERA, SERGIO, *La doctrina del abuso de la personalidad jurídica. El abuso de una doctrina,* DT, 1974-530.

LEE, EDDY, *Mundialización y normas del trabajo. Puntos de debate,* Revista Internacional del Trabajo, vol. 116 (1997), núm. 2.

LEISINK, P., VAN LEEMPUT, J. y VILROKX, J., *The Challenges to Trade Unions in Europe. Innovation or Adaptation,* Edward Elgar, Cheltenham, 1996.

LENA PAZ, J., *Código Aeronáutico Anotado,* 1ª ed., Buenos Aires.

LIMA, OSVALDO JOSÉ, *Interpretación, mediación, subcontratación y empresas subordinadas o relacionadas en la ley 20.744,* TySS, 1975- 582.

LITTERIO, LILIANA HEBE, *Régimen Laboral de las Pequeñas Empresas,* JFM, 1999.

LÓPEZ CABANA, R., en *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado,* dirigido por A. BELLUSCIO, Ed. Astrea.

LÓPEZ MESA, MARCELO, *Someras consideraciones sobre la desestimación de la personería societaria. La doctrina del levantamiento del velo en las jurisprudencias argentina y española,* Errepar, Doct. Soc. y Conc., octubre 1997.

LÓPEZ, JUSTO - CENTENO, NORBERTO - FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, *Ley de contrato de trabajo comentada,* Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977.

LÓPEZ, JUSTO, *Algunas figuras de la simulación ilícita laboral,* LT, XVII-B, 1085.

LÓPEZ, JUSTO, *El salario* en *Tratado de Derecho del Trabajo,* dirigido por DEVEALI, MARIO, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1972.

LÓPEZ, JUSTO, *La solidaridad en las relaciones obligatorias laborales,* DL, 2001-1-43.

LÓPEZ, JUSTO, *Sobre el despido por falta de trabajo,* LT, XII-193.

LORENTE, JAVIER ARMANDO, *Nueva Ley de Concursos y Quiebras, Ley 24.522,* Ed. Gowa, 1995.

LORENZETTI, RICARDO, *El fraccionamiento de la responsabilidad laboral,* DL, 2001-1- 113.

LYON CAEN, G., *Derecho del trabajo o derecho del empleo,* en el homenaje al Prof. H.H Barbagelata y Adriana Xalambrí Medici, Montevideo, FCV, 1997.

LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones,* Ed. Perrot, 1970.

LLANO SÁNCHEZ, MÓNICA, *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas,* Col. Relaciones Laborales, Ed. La Ley, Madrid, 1999.

MADDALONI, OSVALDO, *Aspectos laborales en la extensión de responsabilidad a los socios, controlantes y directores de sociedades comerciales,* TySS, 2002-897.

MADRICK, J., "Is the New Economy New?" *Working USA,* Vol. Nº 4, noviembre-diciembre 1999.

MANÓVIL, RAFAEL A., *Grupos de sociedades,* 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot.

MARAMBIO CATAN, GUSTAVO, *Trabajo informático a domicilio,* DT, 2000-A, 1237.

MARSHALL, A. y GROISMAN, F., *Sindicalización en la Argentina: Análisis desde la perspectiva de los determinantes de la afiliación individual,* trabajo presentado al 7º Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, ASET, Buenos Aires, agosto 2005.

MARSILI, MARÍA, *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Estado de la cuestión y prospectiva en la Argentina,* Rev. Der. Comercial, 2002-62.

MARTÍNEZ VIVOT, JULIO J., *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo,* Ed. Astrea.

MARTORELL, ERNESTO, *Control contractual de empresas y solidaridad laboral,* TySS, 1991-776.

MARTORELL, ERNESTO, *La responsabilidad solidaria de directores y socios de sociedades anónimas por fraude laboral,* LA LEY, 1999-E, 831.

MARTORELL, ERNESTO, *Los agrupamientos y uniones empresarias de la ley 22.903 y su problemática laboral,* TySS, 1985-3.

MASNATTA, HECTOR, *El abuso del derecho a través de la persona colectiva (teoría de la penetración),* Ed. Orbir, 1967.

MAYO, JORGE A., en *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado,* dirigido por AUGUSTO C. BELLUSCIO, Astrea, 1979.

MAZEAUD, HENRI y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad delictual y contractual,* trad. de la 5ª ed. francesa, Ed. EJEA.

MELLA MÉNDEZ, L., *Sobre una nueva manera de trabajar: el teletrabajo*, Aranzadi Social, 1998.

MERCADER UGUINA, JESÚS R., *La contratación temporal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

MERCADER UGUINA, JESÚS R., *La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida*, "La Reforma Laboral de 2006 (Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio", coordinado por JESÚS CRUZ VILLALÓN, Ed. Lex Nova.

MESSINEO, F., *Derecho Civil y Comercial*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ed. EJEA; ed. italiana, Dott A. Giuffrè, Milán, 1952.

MEZQUITA BARRIOS, CASIO, *Direito e Internet Teletrabajo*, Ed. Revista Dos Tribunais, San Pablo, 2001.

MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, *Trabajadores en la frontera: comentario al estatuto del trabajador autónomo*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, Nº 56/2007.

MONEREO PERÉZ, I. y MORENO VIDA, M. N., *Cambio tecnológico, cualificación y formación profesional*, en F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y VALVERDE, M. V., *Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 1987.

MONEREO PERÉZ, J. L., *Grupos de empresas y subcontratación* en "Grupos de empresas y derecho del trabajo", BAYLOS y COLLADO (dir.), Ed. Trotta, Madrid, 1994.

MONEREO PÉREZ, J. L., *Las relaciones laborales en la fusión y escisión de Sociedades*, R.L. 1987, nº 8.

MONTI, MARIO, *The man challenges for a new decade of EC Merger Control*, Bruxelles, 14/9/2000.

MONTUSCHI, LUISA, *Cambios en la estructura del empleo: de la industria a los servicios*, CEMA Documento de Trabajo Nº 127, marzo 1998.

MONTUSCHI, LUISA, *Crecimiento, empleo y flexibilidad laboral*, CEMA Documento de Trabajo Nº 80, diciembre 1991.

MONTUSCHI, LUISA, *Objetivos de los sindicatos y militancia sindical. Tendencias y perspectivas con especial referencia al caso argentino*, CEMA Documento de Trabajo Nº 102, marzo 1995.

MONTUSCHI, LUISA, *Perspectivas del empleo en los nuevos mercados laborales*, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1999.

MONTUSCHI, LUISA, *Perspectivas del sindicalismo en las economías globalizadas*, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Buenos Aires, 2000.

MONTUSCHI, LUISA, *Tendencias de corto y largo plazo del empleo en la Argentina*, CEMA Documento de Trabajo Nº 110, 1996.

MONTUSCHI, LUISA, *Tendencias recientes en las relaciones laborales y en la organización del trabajo. Análisis de experiencias con referencia al papel de los sindicatos*, CEMA Documento de Trabajo Nº 116, mayo de 1997.

MUÑOZ CAMPOS, *Los contratos temporales en el reformado Estatuto de los Trabajadores*, R.L. núm. 11, 1985.

MUÑOZ GUARASA, MARTA, *Deslocalización sectorial de la inversión directa extranjera en España*; Boletín Económico de ICE Nº 2744, del 21 al 27 de octubre de 2002; www.revistasice.com.

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

National Institute of Labour Studies, *The Transformation of Australian Relations Project, Executive Monographs*, Flinders University of South Australia, 1999.

NISSEN, RICARDO A., *Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica*, LA LEY, 1999-B, 2.

NYSSEN, B., *Contract Labour, quand apparences peuvent être trompeuses*, enero de 1995.

OCDE, *La flexibilidad del mercado de trabajo. Nuevas tendencias en la empresa*, en OCDE, "Políticas de mercado en los noventa", Madrid, 1991.

OECD, *New Directions in Work Organisation. The Industrial Relations Response*, París, 1992.

OIT, Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª Reunión, 1997, Informe VI (1), *Trabajo en régimen de subcontratación.*

OJEDA, RAÚL HORACIO y colaboradores, *La solidaridad en el derecho del trabajo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.

OLNEY, S.L., *Unions in a Changing World. Problems and Prospects in Selected Industrialized Countries*, ILO, Ginebra, 1996.

OTAEGUI, JULIO C., *Concentración societaria, el control externo,* Rev. Derecho Comercial, Nº 115, año 20.

OTAEGUI, JULIO C., *Concentración,* Ed. Abaco, Buenos Aires, 1984.

PAILLUSSEAU, *Fundamentos del derecho de las sociedades,* Rev. D. Com., 1984-389.

PALOMEQUE LOPÉZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, *Derecho del trabajo,* 5ª ed., Madrid, 1997.

PARKER, RICHARD y BALTO, DAVID, *The evolving approach to merger remedies. Antitrust report,* mayo 2000.

PAVONE LA ROSA, MARIO, *Controllo e grupo della fenomenología dei collegamenti societari,* Il Diritto Fallimentare e delle societá commerciale, enero-abril, 1985.

PAYÁ, FERNANDO H. (H.) y MARTÍN YÁNEZ, MARÍA, *Régimen de Jubilaciones y Pensiones,* LexisNexis, 2006, www.lexisnexis.com.ar.

PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, *La externalización de actividades laborales (outsoursing): una visión interdisciplinaria,* Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002.

PEÑA, JULIÁN, *Control de concentraciones económicas: marco normativo e interpretración jurisprudencial,* 1ª ed., Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002.

PÉREZ DE LOS COBOS, FRANCISCO, *El concepto de propia actividad empresarial,* en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

PÉREZ DE LOS COBOS, FRANCISCO, *Filialización. Grupos de empresas,* en *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo,* X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie Relaciones Laborales, N° 28, Madrid, 2000.

PÉREZ TRONCOSO, CLAUDIA, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo - Grupo de los Miércoles,* Fundación de Cultura Universitaria, 1ª ed., 2000.

PETIT, EUGENE, *Tratado de Derecho Romano,* trad. de la 9ª ed. francesa, Buenos Aires.

PINEDO, A. y WATERHOUSE, E., *Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales,* ED, 10-874.

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

PIRAS, ANTONIO, *Les Méthodes de Groupement des Sociétés*, 1966.

PIROLO, MIGUEL ANGEL, *Aspectos procesales de la responsabilidad solidaria*, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, 2001-1- 423.

PIROLO, MIGUEL ANGEL, *Legislación del trabajo sistematizada*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001,

PLA RODRÍGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 1ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

PLANIOL, MARCEL y RIPERT, G., *Tratado de Derecho Civil Francés*, trad. de M. DÍAZ CRUZ, Ed. Cultural, La Habana, 1946.

POCLAVA LAFUENTE, GONZÁLEZ y FURFARO en *Ley de contrato de trabajo*, Ed. La Ley.

POSE, CARLOS, *Breves precisiones sobre el sistema de solidaridad laboral y el plenario "Baglieri"*, DT, 1997-B, 2013.

POSE,CARLOS, *La contratación por tiempo determinado en el ámbito de las empresas de limpieza*, DT, 1998-B, 1466.

POWELL, FREDERICQ JAMES, *Parent and Subsidiary Corporations, Liabilities of a parent corporation for obligation of its subsidiaries*, Callaghan and Co., Chicago, 1931.

PUEYRREDÓN, ERNESTO, *La empresa*, ED, 60-632.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos del Derecho Civil*, Barcelona, 1959.

RAGUSA, AZUCENA BEATRIZ, *Los grupos de empresas, Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007.

RAINOLTER, MILTON A. y GARCÍA VIOR, ANDREA E., *Solidaridad laboral en la tercerización*, Ed. Astrea, 2008.

RAMÍREZ BOSCO, LUIS, *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada, anotada y concordada*, dirigida por RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, Ed. La Ley, 2008.

RAMÍREZ BOSCO, LUIS, *Para una introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Universidad, 2000.

RAMÍREZ BOSCO, LUIS, *Subcontratistas e intermediarios en la ley de contrato de trabajo*, LT, XXIII-193.

RAMÍREZ GRONDA, *Leyes Nacionales del Trabajo*, 2ª ed., Ed. Ideas, Buenos Aires, 1949.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL (Dir.), *Curso de Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Tirant lo Blanch, 2004.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, *La responsabilidad solidaria en el derecho del trabajo*, en Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, Nº 1, año 2002.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, *Las responsabilidades del empresario principal en las contratas y subcontratos*, en "La externalización de actividades laborales (*outsourcing*): una visión interdisciplinaria", Dir. PEDRAJAS MORENO, ABDÓN, Ed. Lex Nova, 2002.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL, y SALA FRANCO, TOMÁS, *Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores*, en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

REY GUANTER, SALVADOR y GALA DURÁN, CAROLINA, *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*, R.L. 2000-455.

REY GUANTER, SALVADOR, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, 1ª ed., Valladolid, abril 2001.

REZZÓNICO, LUIS M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, 1961.

RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN, *Derecho Civil. Obligaciones*, 1ª ed.

RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN, *Tratado de Derecho Civil*, trad. de la ed. francesa de D. García Daireaux, Buenos Aires.

RIPERT, GEORGES, *Evolución y progreso del derecho*, en *La crisis del derecho*, Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

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

RIVERO LAMAS, JUAN, *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo*, Ponencia General para el X° Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 1999.

RODIERE, R., *Le Droit des Sociétés dans ses Rapports avec la concentration*, Bruxelles, 1967.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE y CONFALONIERI, JUAN A. (H.), *Reformas laborales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, Astrea, 2ª ed., 2007.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *Distinciones en materia de solidaridad*, DT, 1999-A, 245.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *El contrato de franquicia comercial y las obligaciones laborales*, LA LEY, 1992-B, 963.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *La configuración causal en el despido por causas económicas*, en *Emergencia económica, crisis empresaria y derecho del trabajo. Créditos laborales en los concursos y en las quiebras*, Revista de Derecho Laboral, 2002-2-110/111, Rubinzal-Culzoni.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *La igualdad y la administración de justicia*, DT, 2005-05.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *La interpretación del art. 30 de la LCT en sus aspectos procesales*, en LA LEY, mayo 2006.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *La Solidaridad en el Derecho del Trabajo*, Ed. Quorum, Colección D. del Trabajo y S. Social, 2.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE (DIR.), *Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada*, Ed. La Ley, 2007.

RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, *Los alcances del art. 30 de la LCT*, en AA.VV., *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Revista de Derecho Laboral, año 2001, Nº 1.

RODRÍGUEZ RAMOS, María J., *Escisión de empresas y externalización de servicios*, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, FERMÍN, en VALVERDE, ANTONIO y otros, *Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid.

ROITMAN, HORACIO, *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, Ed. La Ley, 2006.

ROJOT, J. y TERGEIST, P., *Overview: Industrial Relations Trends, Internal Labour Market Flexibility and Work Organisation*, en OECD, 1992.

ROMANO, ALBERTO ANTONIO, en *Código de Comercio comentado y anotado*, ROUILLON, A. (Dir.), Ed. La Ley, 2006.

ROTH, ROBERTO, *La esfera de aplicación de la teoría de la penetración*, ED, 43-271.

RUEDIN, ROLAND, *Vers un Droit des Groups de sociétés?*, Société Suisse des Juristes, Helbing & Lichtenhahn Verl., fasc. 2, 1980.

RUIZ CASTILLO, *La duración del contrato de trabajo; estudio de su régimen legal y jurisprudencial*, Revista de Política Social, núm. 1138, 1983.

RYAN, R., *Changes in Work Organisation: The Response of Labour Movements*, en OECD, 1992.

SACHS, J., *Globalization and Employment*, International Institute for Labour Studies, ILO, Ginebra, 1998.

SALA FRANCO, TOMÁS y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *La homogeneización de los estatutos laborales en los supuestos de fusión por absorción*, Poder Judicial, 1988, nº 9.

SALVAT, RAYMUNDO, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones*, Ed. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1935.

SAN MILLÁN, CARLOS, *Responsabilidad personal de los socios por deudas laborales*, TySS, 1999-1029.

SÁNCHEZ TORRES, ESTHER, *Los efectos de la descentralización productiva sobre el contrato de trabajo con la empresa contratista*, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

SCHAUB, ALEXANDER, *Assesing international mergers: the Commission's approach*, Bruxelles, 15/9/2000.

SECO, RICARDO FRANCISCO en su comentario a dicho art. 136, en *Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada*, ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD (Dir.) y RAÚL HORACIO OJEDA (Coord.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

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

SENRA BIEDMA, RAFAEL, *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo. Análisis introductorio de la técnica jurídica de atribución de la condición de sujeto patronal*, en *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994.

SERIK, ROLF, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, Ed. Ariel, Barcelona, 1958.

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

SOLARI COSTA, OSVALDO, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, 1ª ed., Ed. Ad-hoc, Buenos Aires.

SORIANO CORTES, DULCE, *La Duración de la Contrata o Subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo*, en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1967.

SUÁREZ ANZORENA, CARLOS, *Personalidad de las Sociedades*, en ZALDIVAR y otros, "Cuadernos de Derecho Societario", Ed. Macchi, Buenos Aires, 1972.

SUZUKI, A., *The Impact of the Decentralization of Collective Bargaining On the Internal Politics of Unions*, The Journal of Social Science, International Christian University, Tokyo, Japan, 1998.

TAMANGO, LUCAS, *El impacto de la informática en el derecho laboral - La utilización de tecnologías de la información en las relaciones laborales*, en *Derecho y nuevas tecnologías*, AA.VV. dir. por PABLO PALAZZI, Ed. Ad-Hoc.

THIBAULT ARANDA, J., *El teletrabajo*, Consejo Económico Social.

TOSCA, DIEGO, *Sobre la responsabilidad solidaria del Estado con sustento en el art. 30 de la LCT*, en www.asociacion.com.ar.

TOWSEND, P., *The Future World of Work*, European Social Policy Forum, Workshop 1, 1998.

TRUEBA. URBINA, ALBERTO y otro, *Comentario a la ley Federal del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 1991.

VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO, *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*, DT, 2002-A, 685.

VALDÉS DAL-RE, FERNANDO, *La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo*, en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

VALDÉS DAL RE, FERNANDO, *Problemas de determinación del convenio aplicable en la transmisión de empresas*, RL. 1986.

VALVERDE ASENCIO, ANTONIO JOSÉ, *Descentralización productiva y relaciones laborales*, AA.VV., SALVADOR DEL REY GUANTER (Dir.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

VALVERDE, ANTONIO, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, FERMÍN y GARCÍA MURCIA, JOAQUÍN, *Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid.

VALVERDE, MARTÍN, *Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo*, en *Comentarios a las leyes laborales*, E. BORRAJO (Dir.), Madrid, 1985.

VALVERDE, MARTÍN, *Interposición y mediación en el contrato de trabajo*, RPS, 91, 54-66.

VANHAECKE, MICHEL, *Les groupes de sociétés*, LGDJ, París, 1959.

VARDARO, G., *Prima e dopo la persona giurídica; sindicati, imprese di gruppo e relazioni industriali, en Itinerari*, Ed. de La Gaeta.

VARELA, FERNANDO, *El corrimiento del velo societario*, en LA LEY, 1999-D, 950.

VARELA, FERNANDO, *La evolución de la personalidad jurídica*, LA LEY, 1998-D, 1174.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Algunas reflexiones en torno a las obligaciones solidarias en el derecho del trabajo*, Revista de Derecho Laboral, "La solidaridad en el contrato de trabajo", 2001-1-45.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo*, en Rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social, p. 50, marzo 1995, Ed. Interoceánicas.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Astrea, 1999.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *El derecho de los trabajadores a la información, presupuestos básicos y estructuración*, TySS, 1986-493.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *El ejercicio del "ius variandi" respecto de determinadas actividades*, LA LEY, 1997-E, 825.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *El impacto del proceso de la descentralización productiva sobre el derecho del trabajo*, Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, Nº 3, Editorial Quórum, 2005.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La aplicación de la teoría de la desestimación de la forma de la persona jurídica en el derecho del trabajo*, TySS, 1973/1974-621.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La interpretación en el derecho del trabajo, de la ley no laboral*, en *Estudios de derecho individual y colectivo del Trabajo y la Seguridad Social*, Instituto del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Colegio de Abogados de San Isidro, 2004.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La justificación de la reducción total o parcial de la responsabilidad indemnizatoria del empleador en los casos de despido por causas de crisis de empresa*, ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano y VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, 1993.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *La posibilidad que el acreedor laboral le reclame directamente al deudor vicario*, TySS, 2002-801.

VÁZQUEZ VIALARD, A., *Ley laboral común y especial*, DL, 2003-2-9.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (director) y OJEDA, RAÚL HORACIO (coordinador), *Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Responsabilidad del adquirente de un establecimiento respecto de las obligaciones laborales devengadas a favor del personal desvinculado al momento de la transferencia*, TySS, 1995-240.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO (Director), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, *Visión desde el derecho del trabajo y de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica y de la responsabilidad de los administradores del ente social*, Rev. de Derecho Laboral, 2001-I-238.

VERÓN, ALBERTO, *La personalidad jurídica societaria y los fraudes laborales*, LA LEY, 2005-F, 1147.

VERÓN, ALBERTO V., *Sociedades comerciales*, Buenos Aires, 2ª ed., Ed. Astrea, 2006.

VICENTE PALACIO, MA. ARANTZAZU, *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

VISSER, J., *Union membership statistics in 24 countries*, Monthly Labor Review, enero 2006.

VÍTOLO, DANIEL, *Fraude, injuria laboral y el uso abusivo e inadecuado de la teoría de la "inoponibilidad jurídica" por parte de los Tribunales*, en *Conflictos actuales en sociedades y concursos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

VON POTOBSKY, GERARDO, *Tendencias del Derecho del Trabajo*, Crónica Internacional 1993-2002, El Derecho.

WEBSTER, F., *Theories of the Information Society*, Londres, 1995.

WETZLER MALBRÁN, R., *La culpa grave del asegurado y del conductor en el seguro de responsabilidad civil*, ED, del 27/4/1982.

WILLIAMS, RAYMOND, *Hacia el año 2000*, Ed. Crítica, Barcelona, 1984.

World Bank, *World Development Report. Knowledge for Development*, Washington, septiembre 1998.

YATES, M.D., *The "New" Economy and the Labor Movement*, Monthly Review, vol. 52, Nº 11, abril 2001.

ZALDIVAR, ENRIQUE, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972.

ZANELLI, P., *Gruppi di imprese fra vecchie e nuove regole, in ricordo di Gaetano Vardano*, Milano, 1991.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños, El proceso de daños*, Buenos Aires.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1RA QUINCENA DE JULIO DE 2009
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

LA LEY