

“INTERPOSICION, MEDIACION, SUBCONTRATACION Y DELEGACIÓN. SOLIDARIDAD”

Análisis de la violación del principio de progresividad

Por: Rubén Marigo*

a-El enfoque del tema que nos ocupa tiene una relación directa con la idea que tengamos del fin y objeto del derecho del trabajo, sea desde el punto de vista economicista, como un intercambio de servicios por dinero, basada en una postura liberal conservadora o, desde el punto de vista del trabajador que compromete en el intercambio con el capital nada más y nada menos que su trabajo personal, en una relación que se caracteriza por su hiposuficiencia económica con quien, dueño de los medios de producción, del capital, con facultades de organización y de sancionarlo, se apropia de los frutos que produce.-

En ese sentido siguiendo a Cornaglia¹ es evidente que desde el punto de vista del trabajador lo importante es analizar las modalidades de mediación, subcontratación, delegación y tercerización a través de la figura de la intermediación. Esta quizás como género y el resto como especies dado que en todos los casos el trabajador es uno de los puntos o extremos de lo que se denomina triangulación laboral que se² produce junto al empresario principal y el intermediario.-

Esta postura sin dejar de reconocer las diferentes definiciones de la intermediación y la Subcontratación que indica que la primera se caracteriza por que la empresa intermediaria presta o coloca trabajadores a otra empresa para que cumpla tareas en la misma, y, en la subcontratación se contrata servicios u obras a una empresa que los realiza en favor de otra.-³

El derecho del trabajo tuvo su origen y lucha con la organización obrera en las grandes conglomeraciones que causó la revolución industrial. Se pasó del antiguo

* Juez de la Cámara del Trabajo n. 1 S. C de Bariloche. Diplomado en: “Instituciones profundizadas del Derecho del Trabajo”, “Derecho Procesal Profundizado y Técnicas de Litigación Civil”, Magister en “Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales”

¹ Cornaglia, Ricardo “La tercerización en la relación laboral a la luz de la violencia que desata” La Ley 1 de diciembre del 2010. Año LXXIV No. 228.-

² Rainoleter, Milton “La triangulación en el Derecho del Trabajo” TySS 2007 Págs. 385 y ss.

³ Carugo, Agustín y Vallejos Santiago “. Sub contratación aparente o intermediación encubierta” Colección temas de derecho laboral” T 22 págs. 77 y ss. Errepar.

artesano a la usina Fabril como la denominaba Sarthou⁴. Esta fue la característica del sistema de explotación capitalista comercial e industrial Fordista y taylorista con sus variantes.

La organización y lucha en los lugares de trabajo fue la semilla que permitió con el derecho del trabajo – individual y colectivo- sino eliminar atenuar la explotación o la violencia laboral que acompaña históricamente la asimetría típica del derecho del trabajo.- Es decir como decía De la Cueva llegó para “*atemperar la miseria de los trabajadores y elevar sus niveles materiales*”⁵.

Las figuras que estudiamos han sido establecidas históricamente para permitir el fraude laboral, dado que en principio atentan contra la organización de los trabajadores disminuyendo su vinculación y fraccionando sus relaciones, en especial al abandonar justamente luego de fordismo y el Taylorismo la idea de la existencia de una explotación comercial e industrial única en manos de un empleador claramente identificado por el trabajador, generalmente en un mismo establecimiento, para pasar a una empresa fraccionada, que divide sus etapas de producción a través de otras empresas ya sea para perfeccionar su trabajo, para abaratar costos, para debilitar el accionar gremial, precarizando la situación laboral de los trabajadores mediante la marginación o una inserción laboral endeble o inestable.- Es decir cuando más se descentraliza una empresa las condiciones de trabajo se degradan.⁶

La precarización como sabemos está íntimamente ligada con la flexibilización laboral.- Algún sector ligado a la parte empresaria suele denominar a la precarización como la forma de eliminar “rigideces” en el mercado del trabajo, idea que se impusiera en 1981 de la mano de Reagan y Thatcher alabando el libre comercio y libre movimiento de los capitales, argumento preferido en la década del 90 y reiterados en nuestros tiempos en la Argentina es decir, el neoliberalismo.-⁷

La intermediación de persona es una figura que surgió hace años y que la doctrina y la jurisprudencia denominó el hombre de paja. Desde antaño en nuestro País los trabajadores inmigrantes, del campo o, de otros centros geográficos, incluso

⁴ Sarthou Helios “ cap. X Rasgos ontológicos de la libertad sindical libro “Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” Pág. 177 Editó Univ. Autónoma de México.

⁵ De La Cueva, Mario El Nuevo Derecho Mexicano de Trabajo 1974 Pág. 25 Ed. Porrúa SA

⁶ García Vior, “Hacia la personificación de la empresa “DT-2011 – Noviembre. Pág. 2861

⁷ Eskenazi Matías y Marticorena, Clara “Reflexiones críticas acerca de la relación entre precariedad laboral y trabajo asalariado”

actualmente, conocidos también como trabajadores golondrinas, son trasladados de un lugar a otro para efectuar tareas, generalmente a través de intermediarios oficiales o no oficiales –orgánicos o inorgánicos como se prefiere decir ahora-, en ciertas explotaciones temporarias como la fruta, el algodón, la caña de azúcar, y en el pasado lo fue el ferrocarril, etc.

En general lo que existían eran las mal llamadas agencias de empleo o quienes conchababan a los trabajadores, lo que se veía también en los conglomerados urbanos en los conventillos por ejemplo de Bs As como también en el trabajo esclavo y precario en los domicilios como ocurre actualmente.-

Esto permite como en todo proceso productivo no solo que quienes cumplieran esas tareas cobraran salarios menores, fueran marginados de la relación laboral y se les aplicaran disposiciones o condiciones de trabajo inferiores, al resto de los trabajadores de la empresa usuaria.-

No profundizaremos el tema salvo recordar que internacionalmente la empresas temporarias, de colocación o de servicios tuvieron su auge recibiendo dictamen contrario por parte de la OIT en 1965 y a diferentes convenios que fueron avanzando hasta el 181 en que se autorizaron las agencias de empleo. En nuestro País paso lo mismo hasta la ley 13591 de 1949 que prohibió las agencias con fines de lucro y luego de ratificar el Convenio 34 de la OIT exigía autorización para los que no tenían esos fines.-

b- Ley 20.744: La realidad que se daba en nuestro País con el uso de estas figuras rechazadas por la jurisprudencia y parte de la doctrina fueron previstas en 1974 de la mano del maestro Centeno, a quien no olvidamos secuestró y asesino la dictadura militar, con la ley 20.744 en los arts. 31 a 33.

Por primera vez existen disposiciones que intentan poner freno al fraude que generara este tipo de figuras – Más aun las mismas deben ser estudiadas a la luz de los arts. 14, 23, 24, 27 a 30, 246 a 249 relacionados con el fraude, la definición de empresa, empleador, establecimiento, e incluso con las disposiciones del socio empleado, auxiliares del trabajador como a los correspondientes a la transferencia de establecimiento y de personal para poder comprender la idea de protección en beneficio del trabajador que sostenía la ley.-

La definición del artículo 31 para la intermediación era terminante dado que los trabajadores contratados por terceros para proporcionarlos a las empresas serán considerados empleados directos de la empresas usuaria cualquiera sea el acto o estipulación que concierten. Asimismo establece la responsabilidad solidaria sin excepciones entre el intermediario y el usuario.-

Es decir tiene en cuenta que la intermediación es uno de los fraudes más frecuentes en el derecho del trabajo como define y ejemplifica el art 14 y, supone un freno para este tipo de contratos que limitan la organización de los trabajadores, y por el otro frenar la diferencias salariales entre el trabajador de la empresa principal y de quienes dependía de ese tercero generalmente insolvente o típico hombre de paja.

Ante la posibilidad de prohibir la intermediación o subcontratación de personal o establecer un régimen especial, la ley elige la libertad para el suministro de mano de obra considerando responsable y solidario al empresario principal. Las agencias temporarias que existían desde antaño quedaban encuadradas en el artículo 31.-

Se consideraba empleador a la empresa usuaria y solidaria a ambas. En realidad más que un triángulo como definen Rainolter o Cornaglia- pero Centeno veía un solo camino de ida y vuelta y en el medio una actitud casi siempre fraudulenta que rechazaban congruentes con las disposiciones del art. 14 de la LCT.-

Quizás Centeno haya seguido a la escuela francesa como indican varios doctrinarios pero tampoco dudamos que ha tenido en cuenta entre otros al Maestro De La Cueva quien era un acérrimo enemigo de esta figura de la intermediación y ya en su Nuevo Derecho Mexicano del trabajo decía que la intermediación era una de las actividades más innobles de la historia cuya mercancía era un hombre cuya actividad se compraba a un precio bajo y se vendía a uno mayor.⁸ la ley Mexicana da en esos tiempos una definición clara estableciendo la responsabilidad de quienes contratan a través de intermediarios aplicando a los trabajadores las mismas condiciones, convenio laboral que los trabajadores donde prestan servicios.- Palabras más palabras menos lo que indica el art. 29 actual en sus dos primeros párrafos y el art. 31 de la ley 20744.-

La reforma de 1976 en plena dictadura cívico militar cercena ideológicamente artículos importantes de la LCT que solo tenía menos de dos años de vigencia. Deroga

⁸ De La Cueva Mario ya citado Págs. 158 y ss.

27 artículos y modifica unos 90. Algunos fundamentales han sido reincorporados lentamente a la norma como por ejemplo el art. 19 establecía *“Las desigualdades que creara esta ley en favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”*. Fue recién reestablecida como art. 17 bis de la ley de Contrato de trabajo por la ley 26592 del 28 de abril del 2010 es decir veintisiete años posteriores a la recuperación del Estado de derecho lo que demuestra la postergación, desde el punto de vista político legislativo, de la parte más débil del contrato de trabajo.- Más aún hay artículos muy caro a los trabajadores que aún se encuentran derogados.-

Con referencia al art. 31 ahora 29 excluye de la solidaridad a las empresas de servicios eventuales reconocidas.- Es decir se deja de lado la responsabilidad objetiva originaria.-

En el año 1991 en momentos de avance de la precarización laboral se dicta la ley 24013 que habilita la polivalencia y movilidad funcional laboral en los CCT del trabajo, contratos precarios o llamados basura y, entre otras cosas, el funcionamiento de las agencias de trabajo temporario en sus artículos 77 a 80 reflejados en el art 29 bis de la LCT.-

No me referiré específicamente a estas agencias de trabajo temporario que deben relacionarse claramente con las normas del arts. 14, 90, 99 ss. y ccdtes. de la LCT sino que el cumplimiento de los requisitos legales para funcionar y para trabajos eventuales impide considerar a los trabajadores empleados de la empresa que requiere los servicios pero establece su responsabilidad solidaria que establecía la LCT. Mantiene la aplicación del CCT de la actividad del principal y su obra social.-

En el tema que nos ocupa y en especial lo que se refiere a los arts. 29 y 29 bis de la LCT, es evidente que se ha tenido en cuenta más el interés por ratificar la posibilidad de fraccionar las explotaciones comerciales o fabriles o industriales abaratando costos en lugar de estudiar el tema como lo hacía la ley 20.744 protegiendo fundamentalmente al trabajador sin tener que acreditar fraude alguno y priorizando a la figura del empleador que se apropia de su trabajo y sus frutos por sobre la del establecimiento o la empresa.

Sobre este tema hay un trabajo muy interesante del Dr. Cornaglia del 2010 publicado en la ley destacando la violencia que genera este tipo de figuras. Por mi parte no solo comparto esas ideas sino que sostengo que la violencia laboral en sus diferentes especies es compañera del Derecho del trabajo desde sus inicios en la que la característica principal es la hiposuficiencia del trabajador, que se intenta disminuir pero no eliminar.

c- Subcontratación y delegación: -Por otra parte la relación de la intermediación, la subcontratación y delegación estaban claramente relacionadas en LCT de 1974 conforme las consecuencias del art. 32 a establecer en todos los casos la responsabilidad solidaria de la empleadora principal en forma objetiva.- Distinguía dos casos cuando se contrataba o subcontrataba obras o trabajos o se cediera el establecimiento de la actividad principal o accesorio era solidariamente responsable. Si cedía el establecimiento a contratistas para la actividad específica dentro del establecimiento se consideraba al personal contratado ligado directamente con el principal. Se aplicaba el convenio y la actividad sindical que correspondía a esa actividad. La relación y similitud con el art. 31 es clara.-

La dictadura militar modifica este artículo limitando la responsabilidad a los casos en que se cediera o subcontratara trabajos o servicios propios de la actividad normal y específica.- A partir de la reforma de la ley 25013 se ratifica este sistema y literalmente si el principal cumple con el control a la contratista de los requisitos que enumera no tiene responsabilidad solidaria. Se transforma la responsabilidad objetiva en subjetiva.-

Esta norma también ha dado lugar a interpretaciones diversas en su postura de interpretación amplia, a la que adhiero o a la restringida.- Si se extiende la aplicación del art 30 a la industria de la Construcción en relación a la solidaridad del art 32 de la ley 22.250 dejando sin efecto el plenario que disponía lo contrario.-

Todos recordamos los innumerables fallos en relación por ejemplo a los servicios de venta de telefonía o de limpieza con relación a los supermercados, u otras empresas como laboratorios, Aerolíneas, bancos etc...

A Partir del fallo de la Corte en los autos “ Rodríguez c cia embotelladora” en la década del 93 la interpretación volvió al tapete al resolverse debe considerarse solidario

cuando los servicios contratados o sub contratados tienen relación con la actividad principal o completan o complementan la actividad del propio establecimiento, o complementen o completen su actividad normal, debiendo existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista- En si es una interpretación restrictiva.- Asimismo desde el punto de vista ideológico destacó la importancia de la cuestión a decidir para el desarrollo del comercio interno e internacional y afianzar la seguridad jurídica como sostuvo posteriormente en el caso Luna.- En sí se basó en la definición del art 5 y 6 de la LCT mas que desde el punto de la garantía que debía darse al trabajador.

En Benítez con plataforma cero en el 2015 se deja de lado esta interpretación entendiendo que la misma es ajena al recurso federal quitando obligación al fallo de Rodríguez.-

Es evidente que desde el punto de vista de trabajador debiera volverse, teniendo en cuenta incluso algunos proyectos existentes, al sistema de la ley 20744, en que la responsabilidad objetiva de las empresas principales y sus contratistas eran solidarias en actividades propias y accesorias, dado que dichas empresas se enriquecen con el accionar del trabajador es decir se apropian de su trabajo. Ambas se apoderan de los frutos o servicios del trabajador.-

Quizás esta vuelta a la solidaridad objetiva hubiese entre otras cosas evitado la diferencia entre los trabajadores del principal y de los contratistas o de pseudo cooperativas de trabajo y por lo tanto el asesinato de Mariano Ferreyra militante del Partido Obrero, en el 2010 como consecuencia de la patota manejada por Pedraza de la Unión Ferroviaria en un claro enfrentamiento con los trabajadores terciarizados y quienes los apoyaban en su reclamo de equiparación de sus derechos, estabilidad laboral mediante el paso a planta permanente y reincorporación de trabajadores despedidos de la línea Roca. La precarización de los terciarizados era avalada por la burocracia sindical con la conformidad de las fuerzas policiales conforme la condena penal que recayera en la causa.-

c- Empresas subordinadas o relacionadas y/o controladas: Se refiere a un conjunto económico de una o más empresas aunque tuvieran personalidad jurídica propia y que hacen uso común de los medios de producción personales materiales o

inmateriales, cuando una de las empresas dependa económicamente de la otra o cuando las decisiones de una dependa también de la otra que la controla.

En este caso siguiendo con la responsabilidad objetiva el art 33 de la L 20744 establecía la responsabilidad solidaria sea dicha relación permanente o accidental. Asimismo tiene una expresión amplia al hablar de grupo industrial, comercial o de cualquier otro orden y para realizar incluso obras de trabajo determinado.-

La reforma de la 21297 subordina no solo la responsabilidad al caso de fraude o conducción temeraria sino que la limita a la relación permanente dejando de lado las accidentales de las empresas y las obras de trabajo determinado.

Nuevamente se restringe la protección del trabajador. Por otra parte la ley 20.744 en su redacción original era amplia al considerar al grupo de empresas “*de carácter permanente o accidental, o para la realización de obras o trabajos determinados*” Es decir contemplaba por ejemplo a la colaboración de empresas en forma transitoria como podía ser una UTE sin necesidad de recurrir al art. 14 o 26 actuales de la LCT como ha hecho la jurisprudencia.-

Para poder cerrar este círculo de protección al trabajador no puedo dejar de mencionar en primer lugar los arts. 29 y 30 de la ley original mantenidos por la dictadura militar en los arts. 27 y 28 que se refieren al socio trabajador y sobre los auxiliares del mismo lo que representan dos normas antifraude complementarias del género intermediación, y en segundo lugar las disposiciones también respetadas relativas a la transferencia de establecimiento o cesión y de personal de los arts. 225 a 228.-

d- Conclusión: En síntesis lo que intentamos decir es que sostener el actual sistema laboral para las figuras estudiadas significan un retroceso en relación a las garantías que le otorgaba al trabajador la ley 20744 hace 45 años. Debiera aplicarse sin duda alguna el mismo criterio con que la ley 24.240 protege al consumidor. Todos los integrantes de la cadena que llevan al producto final son responsables ante el usuario.-

En definitiva ya la ley 9688 establecía la responsabilidad solidaria entre el principal y el contratista en caso de accidentes. Es decir ya se establecía la responsabilidad objetiva ratificada en 1974.-

En realidad teniendo en cuenta que el derecho del trabajo es un derecho esencial un derecho humano se afecta el principio de progresividad como parte de los derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran contemplados en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.- Si bien los tratados internacionales condicionan la progresividad de los derechos de acuerdo a la posibilidad de cada País a los recursos económicos disponibles, lo que en forma terminante se prohíbe es la no regresividad de sus derechos.-

Constituye afectación de este principio la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al trabajador pues se estaría afectando derechos fundamentales ya que, *“la aplicación de este principio en el ámbito del derecho laboral resulta indiscutible pues los derechos laborales constituyen derechos fundamentales”*⁹

Esta es la situación actual. Quizás la profunda crisis que sufre nuestro País impide, ante cuestiones más asfixiantes y perentorias para la clase trabajadora como, el desempleo, la precarización laboral, la desvalorización de salario, el nuevo intento de reformar la ley de contrato de trabajo, frenar la regresión. Es como en el cuento de Cortázar “la Casa tomada” vamos cediendo de a poco y lo trágico es que los avances y retrocesos en nuestro derecho, como en todos los sociales, se repiten en el tiempo primando las medidas regresivas.

Me parece que debemos revertir esta situación resistiendo y exigiendo entre otras cosas hacer vigente el mandato constitucional para el Poder legislativo del art. 75 incisos 19, 23 de hacer efectivo la progresividad de los derechos, sin olvidar que existe una “anomia boba”, en los términos que definía Carlos Nino¹⁰, por ejemplo en la falta de efectividad de los derechos a la participación a las ganancias, control de la producción y colaboración en la dirección de las empresas desde hace más de sesenta años que son elementos fundamentales para empezar, no a eliminar, a paliar seriamente la violencia del contrato de trabajo.-

⁹“La Renovación del Nuevo Derecho”, Revista Derecho y Sociedad N° 30, Año XIX, Lima 2008, pag.63 citado por Toledo Toribio Omar en “El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral “ en Derecho y cambio social.

¹⁰ Nino, Carlos Santiago; Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino, Ariel, 1ª edición, Buenos Aires, 2005, pág. 3