



**Universidad Empresarial**

**Siglo 21**

**Trabajo Final de Graduación**

**“La Tercerización Laboral”**

**Carrera: Abogacía**

**Alumno: Daniel Alejandro Ponce**

**Legajo: ABG02528**

**Córdoba 2013**

## **Resumen**

El presente trabajo tiene por finalidad efectuar un breve racconto del abordaje que la normativa laboral a efectuado de la tercerización, a partir de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) y sus posteriores modificaciones, y volcar a la discusión algunas reflexiones en torno a implicancias de riesgo del trabajador, las consecuencias de la aplicación de las misma, la temática que a criterio del autor debería abarcar, y el planeamiento de alternativas sobre el sentido que estas deberían poseer. Es preciso destacar que el tratamiento jurídico de la tercerización o más bien, de la regulación jurídica de sus efectos, han sido y continúan siendo una de las problemáticas más polémicas en el Derecho del Trabajo.

## **Abstract**

*This paper aims to make a brief approach racconto of that legislation has made labor outsourcing, from the enactment of the Employment Contracts Act (LCT) and its subsequent amendments, and dump the discussion some thoughts around the worker risk implications and consequences of the application of the same themes that the same up to the author, should cover and the alternative approach to the maning that they should possess. It should be noted that the legal treatment of outsourcing –or, rather, of the legal regulation of its effects, has been and remains one of the most controversial issues in labor law.*

## 1. Índice

1. Índice .....	3
2. Introducción .....	5
3. Problema de Investigación y descripción general del tema .....	7
4. Justificación del Tema .....	8
5. Objetivos .....	9
5.1 Objetivos Generales.....	9
5.2 Objetivos Específicos.....	9
6. Antecedentes Legislativos, Doctrinarios y Jurisprudenciales.....	10
7. Metodología de Investigación y Marco Metodológico.....	15
7.1 Estrategia Metodológica.....	15
7.2 Tipo de Estudio de Investigación.....	15
7.3 Fuentes Principales a utilizar.....	16
7.3.1 Fuentes primarias.....	16
7.3.2 Fuentes secundarias.....	16
7.4 Técnicas de Recolección de Datos.....	16
7.5 Delimitación Temporal y Nivel de Análisis.....	17
<b>Capítulo I: Aspectos generales de la tercerización laboral.....</b>	<b>18</b>
I.1 Tercerización, responsabilidad empresarial y obligaciones solidarias.....	18
I.2 Causas y objetivos de la tercerización laboral.....	21
I.3 Breve reseña histórica.....	23
<b>Capítulo II: Marco normativo.....</b>	<b>28</b>
II. 1 La Constitución Nacional: artículo 14 bis.....	28
II. 2 Ley de Contrato de Trabajo (20.744).....	30
II. 3 Proyecto de ley sobre subcontratación y delegación.....	37
<b>Capítulo III: Derecho comparado.....</b>	<b>40</b>
III. 1 Normas internacionales del Trabajo.....	40

III.1.1 El fallido Convenio Internacional del Trabajo sobre Subcontratación...	40
III.1.2 La recomendación N° 198 de la OIT sobre la relación de trabajo (2006).	42
III.1.3 El Convenio Internacional del Trabajo N° 155 sobre Seguridad y Salud de los trabajadores (1981).....	43
III. 2 Regulación Jurídica de las relaciones Triangulares en América Latina y España.....	44
<b>Capítulo IV: Jurisprudencia y Análisis doctrinario.....</b>	<b>55</b>
<b>Capítulo V: Ventajas y desventajas de la tercerización laboral.....</b>	<b>68</b>
V. 1 Ventajas y desventajas para las empresas.....	68
V. 2 Ventajas y desventajas para los trabajadores.....	68
V.3 La tercerización laboral desde el punto de vista de juristas y especialistas laborales.....	71
<b>Conclusiones:.....</b>	<b>77</b>
9. Listado de referencias citadas y consultadas .....	80
9.1 Notas.....	80
9.2 Bibliografía. ....	80
9.3 Legislación. ....	81
9.4 Jurisprudencia .....	82
9.5 Sitios Web .....	83

## **2. Introducción**

La Tercerización laboral es un fenómeno que se ha ido profundizando en las últimas décadas, y representa una modalidad de contratación laboral más flexible, que trae grandes beneficios económicos a las empresas por la disminución de costos operativos y de producción que se producen al ser derivados a otras empresas. El conflicto se genera cuando se ocasionan daños a los empleados, producto de esta modalidad de contratación, la controversia se concentra en determinar en quien recae la responsabilidad de reparar el daño causado, ¿será la empresa principal, la empresa contratada o ambas solidariamente? (Álvarez, 2012).

Este fenómeno que ha modificado la vida de muchas personas no es local sino que tiene impacto a nivel mundial, lo cual se irá analizando a través del derecho comparado, especialmente en Latinoamérica.

En la legislación Nacional, la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 ha regulado esta situación en el artículo Nro. 30, pero no ha sido del todo clara, lo que se evidencia en un enorme conflicto de interpretación.

Existen hoy distintas posturas doctrinarias tanto a favor como en contra de esta técnica de contratación denominada Tercerización, la cual para algunos genera beneficios que es el caso de las empresas; y para otros un perjuicio, como el caso de los trabajadores quienes sufren una disminución de sus derechos.

Si bien la Ley de Contrato de Trabajo ha sido modificada en varias oportunidades aun no ha podido zanjar esta controversial situación en materia de responsabilidad. Por ello, esta problemática se ha visto en manos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversas ocasiones, que según el contexto social del país ha dictado fallos a favor o en contra de los afectados, por la misma.

Desde distintos sectores gremiales, han surgido varios proyectos de Ley que intentan lograr una mayor y extensiva protección que la que brinda la Constitución Nacional, y de esta manera hacer responsable solidariamente a la empresa principal junto a su empresa contratista por los daños ocasionados a la trabajadores.

A partir de lo expuesto, se explicará el atraso que el régimen jurídico laboral argentino tiene principalmente en un tema tan importante como el de la responsabilidad laboral, quedando hoy un gran número de trabajadores sin la tutela que propugna la Constitución, o vulnerando dicha tutela con una interpretación confusa y controversial

de la Ley de Contrato de Trabajo, que no es clara, y evidencia una necesaria modificación en algunos artículos.

El presente trabajo final contiene cinco capítulos. El primero se dedicará a introducir el tema de la tercerización laboral, especificando cuáles son las definiciones de dicho concepto que serán aplicadas a lo largo de toda la investigación. Además, se introduce el concepto de responsabilidad y una breve reseña histórica de cómo fue evolucionando la misma en distintos sistemas laborales.

El segundo capítulo abarcará el marco normativo relativo al tema que ocupa al presente trabajo. Dicho marco está compuesto por: el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo número 20.744; y el proyecto de reforma de la LCT, específicamente sobre el artículo 30 y la introducción de un artículo 30 bis. Dichos textos legales serán citados textualmente y luego analizados con el objeto de entender a qué hacen referencia. Posteriormente, se plantean las perspectivas de algunos autores que analizan los mismos a partir de los conflictos que generan las diversas interpretaciones de los mismos, y sus posibles soluciones expresadas en el proyecto de reforma.

El capítulo tercero consistirá en un análisis del derecho comparado. Se considera de suma importancia tener en cuenta en la presente investigación cuál es el estado de la cuestión sobre tercerización laboral en otros países, tanto del primer mundo como de países en vías de desarrollo.

El cuarto capítulo realiza una enumeración de diversos fallos en los que se involucró la aplicación del artículo 30 de la LCT. A raíz de las variadas interpretaciones que pueden hacerse de dicho artículo, debido a su imprecisión en cuanto a algunas especificidades, la Corte Suprema de la Nación ha tenido que intervenir en diversos casos para resolver conflictos entre empresas y/o trabajadores. Se verán en este capítulo cómo logró realizar dicha tarea y en qué supuestos se basó, constituyendo así un análisis de las doctrinas seguidas por las cámaras y la CSJN.

En el capítulo quinto se enumerarán brevemente las ventajas y desventajas del uso del recurso de la tercerización laboral, tanto desde el punto de vista de las empresas como desde el de los trabajadores. A su vez, se citarán diversos autores que se

especializan en el tema, con el objeto de conocer algunos de los variados puntos de vista existentes sobre la tercerización laboral.

Finalmente, se expondrán las conclusiones a las cuales se ha llegado con la presente investigación, y se presentarán algunas propuestas a tener en cuenta para la posible solución de algunos de los problemas existentes sobre la tercerización laboral en el país.

Por último, se presentará una lista de la bibliografía utilizada a lo largo del presente trabajo final de graduación.

### **3. Problema de Investigación y Descripción General del Tema**

El problema de investigación que rige en el presente trabajo es el análisis de las problemáticas jurídicas que surgen a partir del concepto de tercerización laboral, el cual no se encuentra contenido en la Ley de Contrato de Trabajo de nuestro país, pero sí es un fenómeno utilizado por diversas organizaciones en Argentina.

La investigación está dirigida a un fenómeno que se ha profundizado en las últimas décadas. Se trata de determinar en qué consiste dicho fenómeno, y cuáles son las interpretaciones jurídicas que pueden hacerse de él dentro de los cuerpos legales que rigen en nuestro país. Es decir, determinar si la ley lo permite y bajo qué circunstancias, y las consecuencias jurídicas y sociales que tiene su uso. La falta de precisión sobre dicho concepto en la legislación vigente ocasiona problemas de interpretación que pueden llevar a diversas circunstancias. Por ejemplo, pueden determinarse cuáles son las ventajas y perjuicios que puede ocasionar dentro del sistema productivo y también dentro del sistema social de trabajo; cuál es el impacto que produce en los trabajadores, si ellos quedan desprotegidos; cómo es regulada por el ordenamiento jurídico y cuáles son sus fallas. El análisis de la doctrina y la jurisprudencia, permite ver cómo este fenómeno es utilizado por las empresas, generalmente como una modalidad de contratación. En algunos casos, su uso tiene como fin eludir las responsabilidades que las normas laborales contemplan (lo que comúnmente se denomina fraude laboral). El presente trabajo se centra principalmente en estos casos, demostrando las interpretaciones de la ley que justifican este uso de la tercerización laboral, aún cuando

desde otros puntos de vista, se identifican fallas en el cumplimiento de otras normas laborales.

La investigación lleva a analizar la Ley de Contrato de Trabajo N° 20 744 y el modo en que ésta regula la materia en cuestión, principalmente en su art. 30 que asigna responsabilidad solidaria entre la empresa para quien se va a realizar la actividad y la empresa que contrata al empleado, denominada como externa o tercera. Por consiguiente, también se debe analizar aquellos proyectos de reforma que apunten a encarar estas nuevas modalidades de contratación para que sean más justos y no provoquen daños o efectos negativos en la vida de los trabajadores; y a su vez evitar que los empleadores eludan sus responsabilidades.

#### **4. Justificación del Tema**

Se intenta con este trabajo final mostrar una realidad constante y cada vez más común, que no es otra cosa que la existencia de ciertos modos de vulneración de los derechos de los trabajadores a través de la tercerización laboral, quienes en muchos casos no están tutelados, además de ser discriminados en su tratamiento dentro un mismo sistema productivo. Se tratará de evidenciar una desactualización del régimen jurídico argentino, que sin duda ha sido desbordado por las nuevas modalidades de contratación producto de un nuevo mundo más dinámico.

Enfocaremos el análisis en el punto más importante y controversial de este fenómeno que es su utilización en una gran cantidad de casos, permitiendo disminuir costos, generar más beneficios, pero a la vez la posibilidad de evadir la responsabilidad que tienen las empresas frente a los daños que se ocasionen a los trabajadores. La combinación de diversos modos de contratación que han surgido en los últimos años permiten visualizar cómo las condiciones laborales en diversos sectores se han modificado, volviéndose para algunos precarias y disímiles, y en algunas circunstancias, sin gozar de la misma protección. Es por ello que el presente trabajo busca poner en evidencia los aspectos negativos y la clara necesidad de una reforma de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, la cual se presenta muy desactualizada, por una ley que realmente tutele a los trabajadores en todos los aspectos, y que no deje a la suerte de las interpretaciones, temas tan relevantes como el de la responsabilidad de las empresas frente a los trabajadores.



## **5. Objetivos**

### **5.1. Objetivos Generales**

- Analizar la problemática jurídica derivada del fenómeno de la tercerización laboral; identificando quiénes son los sujetos responsables por los perjuicios ocasionados a los trabajadores y cómo responden, determinando si la responsabilidad es solidaria o no.

### **5.2. Objetivos Específicos**

- Describir en qué consiste esta nueva modalidad de contratación, sus implicancias sociales y jurídicas.
- Explicar las ventajas y desventajas que representa para las empresas la tercerización laboral.
- Indicar cuáles son las posturas doctrinarias respecto de la utilización de este modo de contratación.
- Analizar por qué muchos especialistas en el Derecho del Trabajo consideran a esta modalidad de contratación como un fraude a las normas protectoras de las condiciones laborales.
- Identificar y analizar cuál es la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de este modo de contratación.
- Analizar proyectos de Ley existentes sobre la regulación de este modo de contratación.
- Estudiar las modificaciones que se han ido realizando a la Ley de Contrato de Trabajo, en especial lo respectivo a los artículos sobre la responsabilidad del empleador.
- Analizar la existencia de daños y sus efectos.
- Identificar los elementos de la responsabilidad, es decir, si la misma es solidaria o no y en caso de serlo, en qué momentos lo es.
- Analizar la regulación de la Tercerización laboral en el Derecho comparado.

## **6. Antecedentes Legislativos, Doctrinarios y Jurisprudenciales**

Es importante en primera medida marcar que el derecho laboral es un derecho que está fuertemente protegido por la Carta Magna Argentina en su art 14 bis, la que expresa que “*el trabajo en sus diversas formas, gozará de la protección de la leyes*”; claro está que el fin principal es proteger al trabajador de todas aquellas contingencias por las que se ve afectado, en especial en la últimas décadas donde se ha acentuado un fenómeno al que se denomina Tercerización laboral, cuya aplicación en un gran porcentaje viene vulnerando los derechos de los trabajadores dejándolos en situaciones precarias y sin generar para los empleadores responsabilidad alguna (Álvarez, 2012).

En Argentina, se puede observar, un alto grado de incumplimiento de las leyes laborales, incluyendo la conducta de recurrir en algunas ocasiones a la tercerización para lograr una menor responsabilidad e intentar a través de estas técnicas, evadir la responsabilidad que ordena respetar la legislación Nacional.

Es necesario lograr una aproximación del contenido de este fenómeno al que se denomina Tercerización, también llamado externalización u organización centrífuga. La misma, implica una nueva forma de organizar el proceso productivo, basada en una técnica de gestión, que consiste en contratar empresas externas para la realización de actividades propias de la empresa; las cuales actúan como proveedores (Álvarez, 2012).

*Outsourcing* es la expresión anglosajona de lo que en el derecho argentino se llama descentralización productiva, por la cual se obtienen los objetivos de producción de una empresa principal, sin necesidad de incorporar trabajadores a su planta permanente; si no que lo hacen con aportes parciales realizados por empresas externas. Este fenómeno siempre ha sido tratado con cierto recelo por el legislador, ya que bajo sus efectos aún en los casos donde la empresa no busca crear fraude, se producen mayores riesgos para el empleado y una menor y casi nula responsabilidad empresarial; en pocas palabras, mayor precarización en la modalidad de trabajo (Rainolter & García Vior, 2008).

La responsabilidad de una empresa principal que deriva su actividad central a otra empresa para que la ejecute y desarrolle es el punto de discusión de la interpretación del controvertido art 30 de LCT, específicamente en cuanto al concepto de “actividad normal y específica”. Esta discusión tiene dos polos, en uno de ellos están los que defienden la realidad económica y la libertad de los mercados para lograr la

independencia y autonomía de los negocios comerciales y empresariales, entendiéndolos como generadora de empleos. En el otro polo, están quienes propugnan la solidaridad como tutela de los derechos de los trabajadores.

Este fenómeno, no sólo ocurre en la Argentina sino que se viene dando a nivel mundial. La O.I.T<sup>1</sup> ha realizado algunas recomendaciones, entre las que se puede mencionar la recomendación N° 198 (sobre la relación del trabajo 2006) para contrarrestar los efectos negativos de las crecientes tendencias a reemplazar el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza, que tienen por fin evadir la protección que otorgan las normas laborales. Para tal fin, la organización propuso un convenio sobre trabajo en régimen de subcontratación, para regular el trabajo prestado por una persona para una empresa usuaria, a través de una subcontratista; no obstante, el convenio no fue aprobado. (Uriarte & Colotuzzo, 2009).

El fenómeno de Tercerización fue abordado en Argentina por la ley 20.744 L.C.T desde el año 1974, que determina la responsabilidad solidaria de la empresa principal junto con el contratista por las obligaciones de éste con los trabajadores y su seguridad social, siempre y cuando la Tercerización se hiciera sobre obras o servicios de su actividad principal o accesorio. Cuando la tercerización se realiza sobre la actividad normal y específica propia del establecimiento y dentro de su ámbito se le adjudicaba el carácter de empleadora directa a la empresa principal.

En este caso la Ley de Contrato de Trabajo partía de la idea principal de que la subcontratación de obras, servicios o trabajos correspondientes a la actividad normal y específica del establecimiento y dentro de su ámbito constituía una situación de fraude por interposición de persona; la norma en tal caso aplicaba un mecanismo o sistema anti fraude.

Con la llegada de los distintos gobiernos dictatoriales, la Ley de Contrato de Trabajo fue sufriendo distintas modificaciones, en especial en los artículos que determinaban la responsabilidad solidaria de la empresa con su contratista. El art. 30 reemplazó al viejo art 32, provocando grandes perjuicios a los trabajadores pero beneficiando a las empresas limitando su responsabilidad. Dicho texto tuvo vigencia hasta el año 1998.

---

<sup>1</sup> Organización Internacional del Trabajo

Hoy, la controversia aún sigue viva en la interpretación de lo que se entiende por “actividad normal y específica propia” de la empresa, ya que a partir de ello se determina la responsabilidad o impunidad de la empresa principal.

El art 30 fue modificado por la ley 25.013 en el año 1998, buscando restringir aún más la responsabilidad solidaria de la principal, sólo quedando para aquellos casos donde ésta no hubiera cumplido con los requisitos de exigir a su contratista toda la información y documentación contenida en el segundo párrafo del art 30 (CUIL de cada trabajador, constancia de pago de remuneración, comprobante de pago a la seguridad social, una cuenta corriente y cobertura de ART).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha pronunciado en cuanto a esta controversia interpretativa del art 30 de L.C.T. Se puede mencionar que en el año 1993 se dio un contexto en que se llevaron a cabo diversas privatizaciones, manteniéndose los fallos acordes al mismo. Así, el fallo del caso “Rodríguez c/ Compañía Embotelladora<sup>2</sup>”, en el considerando 9º la Corte se pronuncia declarando que: *“la finalidad económica de la referida contratación comercial se frustraría si el derecho aplicable responsabilizarse sin más a los concedentes por las deudas laborales de las concesionarias, con perjuicio para la economía nacional por la indudables repercusiones que ello tendría en las inversiones en contratos de este tipo”*. Esta Corte prefirió poner las necesidades del mercado por sobre los derechos de los trabajadores pasándolos a un plano inferior.

En esta etapa, y con una nueva composición de la Corte en el año 2003, a partir del año 2004, se marcó un nuevo camino acorde y elocuente, que continúa hasta la actualidad. El mismo resalta al trabajador como sujeto de preferente protección constitucional, de ahí que no debe ser el mercado quien someta a sus reglas al hombre sino que por el contrario el mercado debe acomodarse a los moldes que presenta la CN y los Tratados de Derecho Internacional (Ciampa, 2012).

La Organización Internacional del Trabajo ha realizado una investigación obteniendo algunos datos preocupantes. Un estudio realizado en el año 2005 determinó que las pérdidas ocasionadas por indemnizaciones, días de trabajo perdidos, interrupción en la producción y gastos médicos representan el 4 % de PBI mundial, algo así como 1.251.353 millones de dólares. Además hay que sumarle que cada año mueren dos millones de hombres y mujeres por accidentes de trabajo, y en todo el mundo se

---

<sup>2</sup> CSJN, “Rodríguez Juan Ramón c/ Embotelladora Argentina S.A y Otro”- Ordinario Despido, (Sentencia 15/04/93) (Fallos 316:713) DT, 1993-A, 754.

producen 270 millones de accidentes de trabajo, más 160 millones de enfermedades profesionales. Estos hechos son consecuencia de que en los últimos años se han operado algunos cambios en el contexto laboral que provocan cambios inciertos con mayor demanda para los trabajadores (Gómez, 2007).

El fenómeno de Tercerización afecta profundamente las condiciones de trabajo con nuevos riesgos de origen psicosocial, lo cual da lugar a una menor estabilidad, mayor incertidumbre y genera un replanteo de los planes familiares y personales (Gómez, 2007).

El Proyecto de ley sobre subcontratación y delegación<sup>3</sup>, modificaría el art. 30 de la ley 20.744 L.C.T, introduciendo un art. 30 bis a la misma ley. El fin para receptar esta reforma legislativa es brindar una respuesta adecuada a la necesidad de proteger al trabajador, que ha sufrido una precarización constante de su condición laboral, por la abusiva utilización de figuras contractuales como la denominada Tercerización laboral.

La norma actual deja a una gran cantidad de trabajadores sin protección, así se puede mencionar a los empleados ferroviarios, de limpieza, Call Centers, de informática etc., lo cual es inaceptable a la luz de los principios sociales que propugna la Constitución. Con esta reforma se plasma la base de protección del trabajador sin obstaculizar al progreso, además de dar seguridad jurídica a los actores de la relación laboral; también contribuye a terminar con la divergencia de interpretación del actual art 30 de LCT, dándole una mayor amplitud de alcance a la responsabilidad solidaria por incumplimiento de sus contratistas o subcontratistas a la empresa principal.

El legislador ha tenido como fin no dejar al trabajador desamparado a merced de la vicisitudes del empleador, por eso es importante destacar que la responsabilidad no sólo abarca al art. 30 de la ley de L.C.T sino que se extiende a otros artículos de la misma ley como 29 y 29 bis, además de otras normativas, como los artículos 54, 59 y 274 de la ley 19.550.

El precedente jurisprudencial “Rodríguez, J. c/ Embotelladora”<sup>4</sup>, determina un punto de partida que se asienta en lo económico y no en la persona del trabajador, principalmente como persona humana. Hay que destacar el contexto vivido en la década del 90 donde se produjo el más profundo desmantelamiento del principio protectorio.

---

<sup>3</sup> Proyecto de ley Nº de expediente 0887-D-2012-Ley de Contrato de Trabajo-modificaciones sobre subcontratación y delegación –firmantes .Facundo Moyano-Héctor Recalde y otros.

<sup>4</sup> CSJN, “Rodríguez Juan Ramón c/ Embotelladora Argentina S.A y Otro”- Ordinario Despido, (Sentencia 15/04/93) (Fallos 316:713). DT, 1993-A, 754.

En este precedente el demandante buscaba responsabilizar directamente al proveedor y fabricante de jarabe de una bebida cola, junto con una empresa licenciataria de dicha marca que se encargaba de embotellar y distribuir el producto.

Otro fallo jurisprudencial es el de “Benítez c/ Plataforma Cero SA”<sup>5</sup> el cual aclara que no se puede tener una única interpretación del discutido y controversial art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, sino que hay que ajustarse al caso concreto. Sin embargo, lo que sí se produce en este fallo es la vuelta a los principios constitucionales que ostentan tener siempre al trabajador como sujeto preferente de protección (Burgio, 2011).

---

<sup>5</sup> CNAT, Sala IV “Benítez Horacio c/ Plataforma Cero SA y otros- Ordinario Despido”, (Sentencia 22/12/09).

## **7. Metodología de Investigación y Marco Metodológico**

En primer lugar, es importante lograr una idea conceptual de lo que significa metodología, para ello se dirá que el término refiere aquí al “*estudio de las reglas o normas que eventualmente ordenan o pautan tales procedimientos de investigación, con arreglo a ciertos valores cognoscitivos (claridad, coherencia, objetividad, originalidad, relevancia entre otros); la metodología describe, valora y en cierto modo prescribe un conjunto de reglas, procedimientos y criterios que el investigador debe considerar para construir y validar conocimientos científicos*” (Sanaja, 1994, pág. 151)

### **7.1 Estrategia Metodológica**

La estrategia a utilizar será el uso de un análisis cualitativo que se centra en la descripción, comprensión e interpretación de los fenómenos sociales (Myers, 1997). Se considera adecuada la aplicación de esta estrategia porque a partir de ella se recogerá y utilizará toda la información existente del tema de investigación, con el objeto de llegar a un conocimiento mayor y objetivo del fenómeno de Tercerización laboral, sus implicancias con la responsabilidad y sus efectos en los trabajadores.

### **7.2 Tipo de Estudio de Investigación**

Se realizará un estudio de tipo descriptivo, el cual en este caso, consistirá en analizar fenómenos sociales a través de un estudio científico, midiendo y describiendo la naturaleza de los mismos a través de sus atributos (Yuni y Urbano, 2003, pág. 47).

La aplicación de este tipo de estudio a la problemática del fenómeno de Tercerización y responsabilidad en el ámbito laboral lleva a describir este tema, lo que implica recabar información para su análisis y establecer cuáles son las distintas opiniones o interpretaciones de la Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744 y su artículo 30; además se hace necesario el análisis de la jurisprudencia y la lectura exhaustiva de informes de revistas especializadas en materia laboral.

### **7.3 Fuentes Principales a Utilizar**

#### *7.3.1 Fuentes primarias*

El presente trabajo se basa en información jurisprudencial, a través de la cual se verá la evolución que han tenido los fallos, teniendo en cuenta los distintos contextos sociales. También se basará en la Ley de Contrato de Trabajo, en especial su artículo 30 entre otros, y sus modificaciones.

Además se recurrirá en la investigación a fuentes como, la Constitución Nacional, el Derecho Comparado y los proyectos de ley existentes sobre la temática aquí presentada.

#### *7.3.2 Fuentes secundarias*

Serán objeto de un profundo análisis las diferentes posturas doctrinarias a favor y en contra de este fenómeno y sus implicancias, al igual que los comentarios de los fallos jurisprudenciales. Otras fuentes a las que se recurrirán, serán aquellas donde se expresa la opinión de especialistas sobre el tema de investigación, tales como revistas y libros Derecho Laboral.

### **7.4 Técnicas de Recolección de Datos**

La técnica a utilizar en el presente trabajo final es la observación detallada de datos o documentos que formen el cuerpo de fuentes primarias y secundarias. Estas son: la Constitución Nacional, la Legislación Laboral Nacional, el Derecho Comparado, Fallos Jurisprudenciales, comentarios sobre los mismos, opiniones en revistas especializadas y doctrina. De esta manera, se busca interpretar cómo recepta la legislación Argentina este fenómeno de Tercerización y a la vez, cuál es la visión doctrinal y jurisprudencial sobre el mismo, sumado a su valoración y evolución sobre el tema de investigación.



### **7.5 Delimitación Temporal y Nivel de Análisis**

El fenómeno de Tercerización es relativamente nuevo. Si bien a lo largo de la historia siempre hubo descentralización del trabajo, no existía en porcentajes importantes. Recién en 1974 este tema es abordado por la Ley de Contrato de Trabajo, determinando la responsabilidad solidaria de la empresa principal con su contratista. No obstante, la misma ha sufrido numerosas modificaciones a lo largo de la historia y esos cambios han tenido distintos impactos en los actores involucrados según el contexto social. Todas estas modificaciones implican una variada interpretación jurisprudencial y doctrinal hasta llegar a suscitar un nuevo proyecto de reforma de dicha ley.

En al nivel de análisis, se tratará el estudio de todo el régimen laboral nacional y comparado relacionado a esta problemática, como así también las opiniones doctrinarias que se encuentran tanto en revistas especializadas como en libros de derecho laboral. No se dejará fuera de este examen a los proyectos de ley hoy existentes, y por último se hará un profundo análisis de los fallos jurisprudenciales tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como también de algunas Cámaras Judiciales Nacionales y Provinciales.

## **Capítulo I: Aspectos generales de la Tercerización Laboral**

### **I.1 Tercerización, responsabilidad empresarial y obligaciones solidarias**

En primer lugar, es necesario brindar un concepto de Tercerización. El término supone la delegación de responsabilidades y compromisos que no constituyen la columna vertebral del negocio, con el objeto de que un tercero desarrolle las actividades delegadas por su cuenta y costo, a cambio de una retribución, a efectos de lograr una mayor y mejor especialización y en consecuencia la máxima eficiencia (Ávalos Jara, 2007).

En relación a ello, Álvarez (2012) define la tercerización como una nueva forma de organizar el proceso productivo basado en una técnica de gestión que consiste en contratar o subcontratar empresas externas, las cuales obran como proveedoras, para llevar a cabo las múltiples facetas o actividades de la empresa.

Por tanto, el producto final de esas empresas no es ya un epílogo de una actividad organizada con unidad de gestión en un ámbito geográfico determinado, sino que es el resultado de la interrelación de varias empresas, más allá de sus dimensiones diferenciadas. Incluso en algunas facetas de la realidad económica, la descentralización ha llegado a ser tan intensa que puede sostenerse la existencia de empresas dependientes (Álvarez, 2012).

A partir de esta conceptualización se analizará en el presente capítulo este fenómeno a través del método descriptivo y cualitativo. Se convierte en un aspecto fundamental estudiar las razones por las cuales las empresas recurren a su mayor utilización, transformándolo en un proceso corriente que involucra directamente en el plano de la responsabilidad a las empresas principales, como así también determinar si ellas responden por los daños ocasionados a los trabajadores mediante el uso de esta estrategia.

Este nuevo paradigma productivo concierne al ejercicio por parte de los titulares de una empresa de los derechos que emergen de su propiedad y de la libertad de organización empresarial que el dominio implica y, por lo tanto, no siempre es una maniobra ilícita o motivada por una teleología fraudulenta. Esto es así porque no existe

una norma que prohíba a un empresario tercerizar la mayoría de las actividades que requiere el producto final, aún asumiendo la responsabilidad solidaria. Partiendo de este hecho es que el autor retoma el concepto de tercerización como un fenómeno económico que remite al derecho del titular de la unidad productiva a elegir su técnica de gestión y se vincula con el derecho de propiedad y libertad de la empresa, consagrado por las normas constitucionales, lo cual impediría una censura jurídica por el mero hecho de externalizar.

No obstante, esta situación surge de la aplicación de normas tradicionales que no proveen suficiente protección para la pluralidad de situaciones que se dan en la producción de red y que afectan, entre otras cuestiones, la estabilidad, la igualdad de trato, la representación sindical, etc.

Finalmente se hace indispensable para la comprensión del presente trabajo, definir el concepto responsabilidad en el ámbito laboral, que puede entenderse como: *“la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) es la contribución al desarrollo humano sostenible, a través del compromiso y la confianza de la empresa hacia sus empleados y las familias de éstos, hacia la sociedad en general y hacia la comunidad local, en pos de mejorar el capital social y la calidad de vida de toda la comunidad”* ( Recuperado el 17/04/2013, de <http://www.prohumana.com>). A partir de dicha definición puede deducirse que la responsabilidad es una tarea que deben cumplir las empresas con los trabajadores directamente y la sociedad en general indirectamente, ya que se trata de una forma de gestión que se define por la relación ética de las empresas con sus accionistas o empleados. Para ello, se establecen metas empresariales compatibles con el desarrollo sostenible de la sociedad, preservando recursos ambientales y culturales, respetando la diversidad y promoviendo la reducción de desigualdades sociales.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la responsabilidad social de la empresa es el conjunto de acciones que llevan a cabo las empresas para que sus actividades tengan repercusiones positivas sobre la sociedad, a la vez que afirmen los principios y valores por los que se rigen, tanto en sus propios métodos y procesos internos como en su relación con los demás actores.

En cuanto a las obligaciones solidarias, el Código Civil las define en su artículo 699 expresando: *“La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del*

*objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores.”*

En base a ello se puede decir que la obligación mancomunada es solidaria cuando por voluntad de las partes o de la ley existe la exigibilidad de la prestación total, sea porque cada uno de los deudos se ha comprometido a pagar al acreedor toda la deuda, o porque el deudor único se obligó a sí mismo a pagarla a cualquiera de los acreedores, o porque cualquier acreedor puede cobrarla de cualquier deudor (Hierrezuelo y Núñez, 2008).

Los Dres. Hierrezuelo y Núñez (2008) enumeran en un estudio sobre responsabilidad solidaria, los caracteres típicos de las obligaciones solidarias.

El primero es la pluralidad de sujetos, ya que al ser una especie de obligación mancomunada, se exige una pluralidad de acreedores o deudores. Segundo, la unidad de prestación o de objeto, debido a que los múltiples sujetos acreedores o deudores tienen derecho y deben, respectivamente, la misma prestación. Por tanto, el objeto de la obligación debe ser único e idéntico para todas las partes.

La tercera característica es la unidad de la causa. Los autores expresan que el derecho de todos los acreedores y, en su caso, igualmente el deber de todos los deudores referentes a la misma prestación, derivan del mismo título o hecho justificante. La unidad de causa con identidad de objeto o prestación es lo que marca la diferencia con las obligaciones solidarias llamadas concurrentes, en las que hay una pluralidad de deudores e identidad de prestación, pero diversidad de causas.

La cuarta es la exigibilidad total de la prestación. Esto es así porque cada uno de los acreedores puede exigir a cualquier deudor el cumplimiento íntegro de la prestación, con prescindencia de su naturaleza divisible o indivisible. El pago efectuado por un codeudor a cualquiera de los acreedores extingue totalmente la obligación.

La pluralidad de los vínculos coligados es otra característica de las obligaciones solidarias. No obstante, es un tema complejo que ha dividido la doctrina tanto en nuestro país como en el derecho comparado. De acuerdo a una primera concepción, existe un vínculo único comprendido de una pluralidad de situaciones objetivas. Mientras tanto, otro sector de la doctrina proclama la existencia de una única obligación

con una pluralidad de vínculos coligados o concentrados, los cuales convergen en un haz que infunde a la obligación una estructura unitaria.

Finalmente, la última característica es la excepcionalidad. Se expresa de este modo porque la solidaridad es de carácter excepcional y es por ello que el Código Civil exige en su artículo 701, que la misma esté expresamente consagrada. Por ende, no hay solidaridad tácita o inducida por analogía, ya que se requiere una voluntad explícita de las partes o una decisión inequívoca de la ley para admitirse (Hierrezuelo y Núñez, 2008).

Habiendo desarrollado en qué consiste la tercerización laboral, sus características e implicancias tanto para empresas como para trabajadores, y algunas consecuencias de dicho proceso, se considera necesario adentrar sobre las causas y objetivos por las cuales las empresas deciden optar por su utilización.

### **I.2 Causas y objetivos de la tercerización**

Las causas del uso de la tercerización laboral y los objetivos perseguidos por medio de ella pueden analizarse desde tres perspectivas: la económica y empresarial, la del trabajador y la técnico-jurídica (Uriarte y Coteluzzo, 2009).

Desde el punto de vista económico y empresarial, las posibles causas pueden ser: la reestructuración económica, el aumento de la competencia comercial que determina la necesidad de reducir los costos, la revolución tecnológica, la necesidad de adaptarse a los cambios de mercado, el desempleo y la debilidad sindical, la armonización de plantillas laborales según las necesidades organizativas de la empresa, la eficiencia técnica y el perfeccionamiento del producto final.

De acuerdo a dichas causas, se puede afirmar que los objetivos que persiguen las empresas con el uso del fenómeno de la tercerización son: que la empresa se centre en lo que mejor hace para obtener lucro, y delegue a otros las funciones de apoyo, que a pesar de ser básicas en el mantenimiento de la organización, no son productoras intrínsecas de beneficio empresarial; conseguir acceso a proveedores que debido a su especialización pueden ofrecer servicios a costos reducidos, evitando la adquisición de infraestructura para la realización de actividades periféricas; y la dotación de

flexibilidad a las empresas, la cual es cada vez más útil debido a los mercados cambiantes de hoy en día, y considerando que los productos tienen ciclos de vida cada vez más cortos.

Desde la perspectiva de los trabajadores, el fenómeno tratado supone una fragmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. Ello aporta al empeoramiento de las condiciones de trabajo, que muchas veces es incluso uno de los objetivos principales de las empresas que deciden tercerizar. Si bien no es siempre el caso, es muy frecuente que así suceda, por lo que la tercerización termina afectando la organización sindical y las condiciones de trabajo.

Finalmente, desde el punto de vista técnico-jurídico, la tercerización fundada en razones objetivas y técnicas del proceso productivo viola el fundamento ético de la relación de trabajo o contrato de trabajo. Esto ocurre porque en bajo la relación de trabajo típica, el trabajador recibe como única retribución su salario, mientras que el empleador obtiene todo el excedente o ganancia.

Esa desigual forma de reparto de las ganancias generadas en común se explica por la ajenidad del contrato de trabajo, es decir, el trabajador no participa de los riesgos de la empresa. Si hay ganancias, las mismas son todas para el empleador mientras que si hay pérdidas, éstas son asumidas también por el empleador en su totalidad. Por tanto, la ajenidad en los riesgos de la empresa es lo que permite que el trabajador se contente sólo con su salario.

No obstante, cuando el empleador recurre a la tercerización, en realidad está transfiriendo los riesgos al trabajador, quebrando así la estructura del contrato de trabajo. Sólo cuando la misma se hace indispensable por razones técnicas se da una situación que no constituye una violación a su fundamento ético. En otros casos, se produce una falta de ética hacia los trabajadores.

Esta irregularidad técnica e insuficiencia ética exige que su pertinencia jurídica sea analizada cuidadosamente (Uriarte y Coteluzzo, 2009).

### **I.3 Breve Reseña Histórica**

En su origen el trabajo estuvo encausado en un sistema laboral clásico, en donde no había duda de quién era el empleador. La tutela que brindaba el ordenamiento a los sujetos era clara y ellos eran identificables; además, la actividad laboral se desarrollaba en un lugar y espacio determinado. En este ámbito, el fenómeno de tercerización era algo excepcional y sólo era utilizado en aquellas tareas de periferia que no eran esenciales sino accesorias en el proceso productivo. Sin embargo, lo cierto es que la economía y la evolución tecnológica han dado mayor importancia y preponderancia a este fenómeno a través del cual las empresas utilizan esta forma de contratación para lograr una mayor rentabilidad con menos costos productivos.

De ese modo, el fenómeno de Tercerización Laboral pasó de ser algo excepcional a convertirse en regla, brindándose a los titulares de las empresas el derecho de ejercer la libertad de organización de sus empresas. A su vez, esta circunstancia evidencia en muchos casos una maniobra ilícita y fraudulenta, que sirve para disminuir su responsabilidad por intermediación de otras personas o de empleadores ficticios (Álvarez, 2012).

En el año 1974, con la Ley de Contrato de Trabajo<sup>6</sup> se abordó este fenómeno en su artículo 32. El mismo tutelaba dos situaciones: por un lado, el caso en que la subcontratación se hiciera sobre la “actividad principal o accesorias”; aquí la empresa principal era responsable solidariamente junto a su contratista por las obligaciones de ésta con los trabajadores (Ciampa, 2012).

La segunda situación recaía sobre la contratación de obras, trabajos o servicios correspondientes a “*la actividad normal específica y propia del establecimiento, y dentro de su ámbito*”; este caso generaba para la empresa principal el carácter de empleador directo y en consecuencia, así su responsabilidad. En este comienzo, la ley tenía un mecanismo anti fraude. No obstante, tuvo vigencia sólo un año y medio.

En el año 1976, durante el gobierno dictatorial, fue modificada la Ley de Contrato de Trabajo. Su artículo 32 fue derogado y reemplazado por el artículo 30, limitando la responsabilidad solidaria de la empresa principal sólo a aquellos casos en

---

<sup>6</sup> Ley Nacional 20.744 artículo 30 de Contrato de Trabajo.

donde *“la actividad sea normal, específica y propia”*; este texto, surgido de un gobierno de facto, tuvo vigencia hasta el año 1998.

Si bien posteriormente se llevaron a cabo modificaciones al artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo en otros aspectos, en la actualidad el concepto “de actividad normal, específica y propia” sigue generando conflictos a partir de las diferentes interpretaciones, viéndose discutida la existencia de la responsabilidad o la impunidad de la empresa principal (Ciampa, 2012).

Es importante rescatar que la doctrina ha realizado grandes esfuerzos para orientar y dilucidar el conflicto. Se han presentado diversos casos sobre la presente temática, siendo resueltos de diversas maneras. Posteriormente, se hará un análisis detallado de diversos fallos en los cuales se evidencia esta problemática

Por otra parte, es necesario volver al hecho de que este no es un fenómeno local. En toda Latinoamérica se ha profundizado por los mismos motivos que aquí en Argentina: la liberación y apertura financiera y comercial de la economía, la privatización de empresas estatales y de los sistemas sociales de pensión, la reducción del gasto social, el desmantelamiento de la regulación estatal, entre otros. Como consecuencia, se ha provocado así una creciente informalidad del empleo y de la subcontratación. (Mansilla, 2010).

Es así, el caso de la Ley Chilena de Trabajo, que indica que *“la subcontratación es cuando un empleador, denominado contratista o subcontratista en razón de un contrato, se encarga de ejecutar obras o servicios por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la empresa, obra o faena denominada empresa principal”*<sup>7</sup>. Esta es una posición que ha sido calificada como limitativa del alcance de la responsabilidad de la empresa principal. En casi todos los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos se pueden encontrar ejemplos similares, ya que todos estos países han sufrido problemas de características semejantes (Goldin, 2007).

A mediados de la década del noventa la Organización Internacional del Trabajo tomó medidas para contrarrestar los efectos de la creciente tendencia a reemplazar el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza, que tienen por finalidad eludir la

---

<sup>7</sup> Código de Trabajo Chile –Ley N° 20.123, artículo 133- A.



protección que otorga el Convenio Internacional del Trabajo Nro. 158 y las demás normas laborales. A partir de esto, la OIT propuso un convenio sobre trabajo en régimen de subcontratación, a efectos de regular aquel trabajo prestado por una persona para una empresa usuaria a través de una subcontratista. El principal fin de esta medida fue el intento de impedir que se recurriera a estas modalidades con el objeto de negar derechos a los trabajadores y evadir el cumplimiento de sus obligaciones establecidas por la norma laboral o de seguridad social.

Este convenio consistía en que el subcontratista debía registrarse ante autoridad competente u obtener un permiso o autorización para demostrar su capacidad de cumplimiento de las obligaciones respecto a los trabajadores. Una vez hecho ello, debía asumirlas de forma solidaria con el intermediario y la empresa usuaria, implementando medidas adecuadas para evitar accidentes de trabajo y privándose de aplicar prácticas discriminatorias a los trabajadores.

Pero la aprobación de dicho convenio no se llevó a cabo debido a la oposición del sector empleador y de varios gobiernos. Sin embargo, sí se permitió que la Organización Internacional del Trabajo en el año 2006 en la conferencia Nro. 95, aprobara la Recomendación Nro. 198 que si bien no es un convenio, fue diseñada también para ayudar a luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas. Pero dicha recomendación no fue aprobada en unanimidad, lo que demuestra la complejidad de este fenómeno.

No existen dudas de que para las empresas, en especial para las grandes corporaciones, este sistema de contratación trae grandes beneficios ya que les brinda la chance de aportar una cantidad mucho menor de recursos económicos y obtener los mismos beneficios. No obstante, la discusión se da en torno a la posibilidad de que éstos se dan siempre en perjuicio de los derechos de los trabajadores, ya que conducen a precarizar sus condiciones laborales, permitiendo a las empresas eludir sus responsabilidades por medio de empresas intermediarias que no poseen la capacidad de afrontar las obligaciones que tienen frente a los trabajadores.

Más allá de lo que se plantea en estas primeras aproximaciones del conflicto, se torna importante mencionar brevemente algunos efectos o consecuencias que serán analizados profundamente a lo largo del presente trabajo final de graduación.

Una de las primeras consecuencias de este fenómeno es la atomización de la figura del empleador. Este problema consiste en no poder identificar entre el contratante y el que recibe el fruto del trabajo.

La segunda consecuencia es la discriminación. La misma se da en el sentido de la creación de diferencias en el trato hacia diferentes trabajadores dentro un mismo marco y sistema de producción.

Este fenómeno también produce un incremento de sistemas de trabajo que simulan ser autónomos, mientras que en la realidad se generan zonas grises entre la dependencia y la autonomía, con la implicancia de la evasión de la responsabilidad de la empresa que se encuentra detrás. Este método da lugar al debilitamiento del trabajador en cuanto a su derecho de utilizar un interlocutor colectivo sindical.

Por último, se puede evidenciar que el deber de seguridad y la prevención genérica de los infortunios laborales se encuentra cada vez más avasallado. Esta situación se contradice con el supuesto bajo el cual cualquier norma laboral debe tener su fundamento en sentido singular de disciplina e inspiración en el principio protectorio (Álvarez, 2012).

La presencia de obligaciones solidarias en sí también presenta antecedentes históricos. Su origen se encuentra en el Derecho Romano, el cual distinguía las obligaciones correales y las *in solidum*. Las primeras nacían de un contrato, mientras que las segundas eran impuestas por la ley.

La solidaridad era correal o perfecta cuando se producían todos los efectos o consecuencias principales y secundarias de la solidaridad. Era *in solidum* o imperfecta aquella que sólo producía las consecuencias o efectos principales, primarios o fundamentales de la solidaridad, y la particularidad de los medios extintivos, a la vez que no producía los efectos secundarios.

Las principales diferencias entre ellas eran: en las primeras jugaba una estipulación o promesa de solidaridad mientras que en las segundas no; En la obligación correal concurrían varios vínculos en una sola obligación, mientras que en las *in solidum* había tantas obligaciones como sujetos existían, aunque todas recaían sobre el mismo objeto y derivaban del mismo hecho; por último, la *litiscontestatio* trabada con

un acreedor o deudor en las primeras extinguía la obligación con respecto a los demás acreedores o deudores, algo que no ocurría en las segundas.

Dicha distinción fue combatida más adelante por Demolombe, quien rechazó la idea de una solidaridad imperfecta y señaló que la solidaridad es una sola, sin que sea posible limitar sus efectos. Según él, si existe solidaridad la misma es siempre perfecta.

No obstante, existe un consenso en cuanto a la existencia de responsabilidades solidarias desde tiempos antiguos (Hierrezuelo y Núñez, 2008).

## **Capítulo II: Marco Normativo**

### **II.1 La Constitución Nacional: artículo 14 bis**

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece lo siguiente: *"El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.*

*Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.*

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna."*

Por lo tanto, el presente artículo estipula los derechos sobre el trabajo que rigen en nuestro país. El mismo establece la base de las condiciones laborales que toda empresa debe otorgar a sus empleados. Por ende, se relaciona con la presente temática debido a que constituye los principios básicos que deben cumplirse bajo cualquier circunstancia, incluso cuando se utiliza el recurso de la tercerización laboral.

Se puede observar que el artículo hace referencia a derechos sobre el trabajo en tres aspectos. Por un lado, las condiciones de trabajo en orden a la prestación en sí de un servicio, su remuneración, la duración y el control y colaboración de la empresa en cuanto al cumplimiento de las normas para el ejercicio del mismo. En segundo lugar, los derechos gremiales y en tercer lugar, la seguridad social.

En cuanto al primer aspecto, las empresas deben garantizar que las condiciones de trabajo sean dignas y equitativas inspiradas en la libertad, dignidad y justicia. La duración del trabajo debe ser equitativa y no excederse de la posibilidad del esfuerzo del trabajador. Además, la empresa debe otorgar descanso y vacaciones pagas para preservar la salud y dignidad del trabajador. En cuanto al salario, el mismo debe ser justo y razonable para la satisfacción de las necesidades del trabajador y su hogar; debe ser actualizable y equitativo en referencia a las tareas por las que se otorga. Es decir, debe remunerarse en igual cantidad por igual tarea, pudiendo variar sólo según la laboriosidad y eficacia de los empleados, y nunca por razones de sexo, edad, nacionalidad, religión, etc. Se debe garantizar también la estabilidad en un puesto de trabajo, evitando el despido arbitrario o disminuyendo su frecuencia al proteger al empleado que sufra de esta situación con una indemnización.

Finalmente, la primera parte del artículo hace referencia a la asociación sindical, manifestando el derecho de todo trabajador de afiliarse sin trabas burocráticas al sindicato o gremio que le corresponda, asegurándole al trabajador el respaldo de una organización que pueda asistirlo cuando lo necesite. Los entes sindicales se encuadran en la categoría de personas jurídicas públicas no estatales, entendidos como sociedades espontáneas y naturales creadas para la defensa de intereses comunes. La norma obliga a que se permita y no se impida la existencia de más de uno. El sistema analizado consagra también el pluralismo sindical, sin perjuicio del derecho de los sindicatos de agruparse voluntariamente entre sí, y rechaza la afiliación obligatoria y la intervención estatal o política, que tienda a desnaturalizar los fines gremiales.

El segundo aspecto que abarca dicho artículo es la existencia de derechos gremiales. Los gremios son asociaciones sindicales organizadas, pero no son los únicos ni exclusivos sujetos de los derechos gremiales consagrados. Los mismos pueden elaborar convenios colectivos de trabajo, los cuales consisten en acuerdos escritos relativos a condiciones de empleo y trabajo, que se celebra entre un empleador, un grupo de ellos, o una o más organizaciones de empleadores por una parte, y por la otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores interesados, los cuales deben ser elegidos y autorizados de acuerdo a la legislación nacional.

Por otra parte, los gremios tienen la tarea de intervenir frente a conflictos laborales, los cuales pueden ser individuales, colectivos, de derecho o de intereses económicos. Para ello cumplen con la función de conciliación y arbitraje.

Finalmente, dentro de los derechos gremiales se encuentra el derecho de huelga. Éste es de suma importancia ya que constituye un movimiento colectivo para la defensa de los intereses en conflicto con la patronal o con el Estado. Consiste en el abandono temporal del trabajo, ejercido en forma pacífica y por la libre decisión de la pluralidad de trabajadores de un gremio, después de agotar las vías conciliatorias dispuestas por ley y cuando no queda otro recurso. Este derecho es operativo pero requiere la participación libre e individual del obrero que decide su adhesión. Su ejercicio no puede implicar actos de violencia ni delitos.

Por último, el tercer aspecto hace referencia a todos los habitantes del Estado. La seguridad social debe ser integral y asumir todas las contingencias y demandas vitales (ej: enfermedad, accidentes, invalidez, vejez, fallecimiento, protección a la infancia, protección contra el desempleo, jubilación, formación cultural, etc.). Sus beneficios son irrenunciables, están por encima de la voluntad individual, porque el constituyente los ha investido del carácter de orden público. Entre ellos se enumeran: el seguro social obligatorio, las jubilaciones y pensiones y la protección integral de la familia.

## **II.2 Ley de Contrato de Trabajo (20.744)**

La LCT es el cuerpo normativo que rige todo aquello relacionado a la labor de un trabajador en una empresa, las condiciones en que debe hacerse, y los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el ámbito laboral. En primer lugar, se considera necesario establecer las definiciones de conceptos claves determinados por esta ley, con el objeto de conocer claramente los elementos que forman parte de la tercerización.

El artículo 4 de la LCT define al trabajo como toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración. El contrato de trabajo tiene como finalidad la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por dicha ley.

Por otra parte, en su artículo 5 la LCT entiende como empresa a la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. A los mismos fines, se considera empresario a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes designen para éstos en la gestión y dirección de la empresa.

Además, el artículo 6 define el concepto de establecimiento. Se considera a éste la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones.

Por otro lado, el título II explicita sobre el contrato de trabajo en general. En su capítulo I, el artículo 21 determina que existe contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, en toda ocasión en que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo dependencia de ésta, durante un periodo determinado o indeterminado de tiempo, y a través del pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales, y los usos y costumbres. El artículo 22, por su parte, establece que habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicios a favor de otra, bajo de la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

Mientras tanto, el capítulo II del título II, hace referencia a los sujetos del contrato de trabajo. Según el artículo 25, se considera trabajador a la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22, cualesquiera que sean las modalidades de la prestación.

El artículo 26 establece que se considera empleador a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador.

Teniendo en claro dichos conceptos, se puede proceder al análisis del artículo 30, el cual según algunas interpretaciones hace referencia a la tercerización laboral. No obstante, como tal se ha dicho, es un artículo que constituye un punto de desencuentro interpretativo, y es una de las normas del derecho laboral que más controversias genera.

La amplia variedad de alcances que ha tenido desde la doctrina y la jurisprudencia, además de los requerimientos lógicos de uniformidad y previsibilidad que los distintos sectores sociales efectúan, han llevado a que la Corte Suprema de la Nación interviniera en diversas ocasiones en busca de una interpretación más precisa y uniforme, a pesar de tratarse de una norma de derecho común.

El texto actual de dicha norma fue redactado en 1998 y es el siguiente: *“Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.*

*Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la ley 22.250”.*

De acuerdo a dicho texto legal, la norma se limita a establecer una garantía de la empresa que ha decidido contratar a otra, para delegarle o encomendarle la realización de tareas o actividades, siempre que los servicios contratados formen parte del objeto propio y específico de la primera. Esta garantía es la responsabilidad solidaria. Por



tanto, el artículo no refleja ninguna vinculación con supuestos de fraude, ya que si no hubiera delegación de una empresa a otra (auténtica y real), se aplicaría la regla antifraude del artículo 14 de la LCT, el cual permite a los jueces apartar la apariencia del empleador de quien no resulte una verdadera empresa (Maza, 2008).

Por otra parte, se presentan distintas lecturas de la cuestión relativa a qué debe considerarse actividad normal y específica de la propia empresa contratante. Existen dos grandes visiones del tema.

En primer lugar existe una lectura que interpreta estrictamente el concepto de “objeto” o “giro” empresarial. De acuerdo a esta concepción es ajeno al objeto o giro de la empresa todo lo que no haga íntima, esencial y precisamente a aquello a lo que la organización se dedica y que la distingue. Esta posición se enmarca en la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La segunda lectura, por su parte, juzga el proceso productivo o prestador de servicios en forma integral y presume que el objeto empresarial se logra gracias a actos específicos y otros de apoyo, sin los cuales los primeros no serían fructíferos ni útiles. Desde la perspectiva de esta concepción, el objetivo empresarial se nutre de actos propios y específicos, pero también de otros secundarios que les dan soporte y sin los cuales aquél no podría brindarse. Esta vinculación tan estrecha es llamada “inescindibilidad” de las actividades.

No obstante, dentro de esta posición interpretativa existe una gran variedad de posturas que difieren sustancialmente a la hora de establecer los límites de la necesidad o inescindibilidad de las labores encomendadas (Maza, 2008).

El Dr. Diego Hierrezuelo (2008) realizó un análisis sobre las discrepancias generadas a partir de dicho artículo. Primero, estableció ciertas consideraciones generales a tener en cuenta sobre los supuestos contemplados en él.

En primer lugar, el autor manifiesta que el artículo regula aquellos casos en los que se verifican verdaderas contrataciones inter-empresariales. Desde esta perspectiva, quedan fuera de este tipo de contrataciones los supuestos del dependiente empleador y los falsos contratistas, ya que éstos carecen una organización instrumental de medios, lo cual es imprescindible para ser considerados empresarios y por tanto, empleadores.

En segundo lugar, el autor expresa que la exigencia de cumplimiento de la norma laboral y de seguridad social respecto de sus cesionarios o contratistas no se aplica a cualquier cedente o contratante, sino sólo a aquellos que cumplen con las características previstas por el artículo 30 de la LCT. Los restantes no podrían responder solidariamente.

En tercer lugar, indica que el artículo establece que si el empleador cumplió sistemáticamente las obligaciones a su cargo y despidió al trabajador, sólo él responderá por las obligaciones legales que surgieron como consecuencia del despido; así, su eventual insolvencia no transformará al principal deudor en solidario, salvo en el supuesto de un fraude.

Por otro lado, el autor considera ciertos aspectos del artículo en particular. Uno de ellos es aquél que hace referencia a la cesión total o parcial de establecimiento o explotación habilitados a nombre del cedente. Este supuesto regula la situación en la que una persona cede el derecho que tiene sobre un establecimiento o explotación para que su actividad sea realizada por otro sujeto, sea la cesión parcial o total, aunque aquél conserva la habilitación a su nombre.

Ante ello, Hierrezuelo pone atención a la amplitud de dicha norma. El establecimiento se define por el artículo 6 de la LCT como “la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones”. Por lo tanto, el mismo es sólo una unidad técnica o de ejecución que no goza de independencia económica o jurídica en relación con la empresa. Por su parte, la explotación se entiende como el negocio continuado, la sucesión de actos mediante los cuales una misma empresa ejerce cierta actividad. Aquí, se trata de una cesión de derechos sin personal, ya que los trabajadores son provistos por el propio cesionario, sin que el cedente haya dejado de ser el empleador de éstos.

Sin embargo, los artículos 225 al 229 sí regulan la transferencia del establecimiento con su personal, o la cesión de éstos sin el establecimiento. Por ende, podría encontrarse la situación de un sujeto de derecho que cede su establecimiento en forma total o parcial para que otro lo explote, a cuyo efecto éste último cuenta con su propio personal. Aquí, la norma extiende la responsabilidad por la vía de la solidaridad a quien cede un establecimiento o explotación a otro para que éste lo haga producir con sus empleados. De aquí podría derivarse una situación de fraude, ya que un sujeto

podría ceder a otro, un insolvente, un establecimiento contratando éste último a los trabajadores y eventualmente compartiendo ambos las utilidades.

Otro aspecto al que hace referencia es la contratación o subcontratación originada por cualquier acto, de trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito. Para ello, el autor descompone las expresiones insertas en dicho supuesto en tres partes, con el objeto de comprender la dimensión, los alcances y límites contemplados por la norma.

**1- Contratación y subcontratación.** El empresario puede delegar parte de su actividad mediante la contratación de otra u otras organizaciones empresariales, las cuales contribuyen al logro de los objetivos de la primera con sus propios medios y personal. Esta delegación ha dado lugar a la figura de contratista o subcontratista. Se está tratando entonces de una segmentación del propio proceso productivo mediante la contratación con terceros de trabajos o servicios que completan o complementan la actividad normal y específica del principal empresario.

El contratista es aquella persona que tiene elementos propios de trabajo y determinada solvencia económica. Se dedica a prestar servicios o realizar obras para otro. En algunos casos, delega parte de su trabajo a un subcontratista que debe cumplir con las mismas características. Cuando estas personas contratan trabajadores establecen una relación jurídica de trabajo entre éstos y el contratista o subcontratista, sin vincular al dueño de la obra con los trabajadores a través de un contrato de trabajo.

En cuanto a la subcontratación, existen discrepancias en lo referente al contenido del término. Pueden diferenciarse dos posiciones. La tesis restringida exige la existencia de un contrato principal y por lo tanto, requiere la presencia de: dos contratos, uno principal y otro derivado; la identidad de naturaleza jurídica y objeto entre ambos contratos; y tres partes, el comitente, el contratista y el subcontratista. En cambio, la tesis amplia asimila la subcontratación a la descentralización productiva. Desde este punto de vista, la misma se da siempre que una empresa externaliza parte de su actividad en otras, que se valen de la prestación de servicios de personal dependiente para el cumplimiento de la labor encomendada (Hierrezuelo, 2008).

**2- Cualquiera sea el acto que le dé origen. Tercerización vertical y horizontal.** Según la doctrina, la contratación o tercerización laboral se clasifica en

vertical u horizontal de acuerdo a si el contratante realiza total o parcialmente el proceso productivo de la actividad que desarrolla.

La contratación es vertical cuando el contratante efectúa íntegramente su actividad, tercerizando otras que no hacen al proceso productivo de aquella. En cambio, la contratación es horizontal cuando produce la fragmentación o segmentación del proceso productivo. En estos casos, el contratante realiza sólo una parte de aquél, delegando en otras empresas las restantes etapas hasta la finalización completa del producto.

Si bien la distinción teórica es clara, en la práctica no lo es ya que una empresa puede efectuar ambos tipos de contrataciones al mismo tiempo. Sin embargo, los contratos que se suscriben a uno u otro supuesto son distintos. La legislación argentina, al expresar “cualquiera sea el acto que le dé origen” permite incluir dentro de este artículo ambos tipos de contratación.

**3- *Actividad normal y específica propia del establecimiento. Actividad principal y secundaria.*** Para desarrollar esta parte, el autor rescata los planteos que elaboró con el Dr. Núñez. Sostienen que los términos “específica” y “propia” aluden sólo a aquellos servicios o trabajos permanentemente integrados e inseparablemente relacionados con la actividad que se desarrolla en el establecimiento. De ahí que deban excluirse aquellas tareas que, aunque necesarias para el funcionamiento del establecimiento, resulten accesorias y perfectamente escindibles de la actividad desarrollada por la contratante, por no formar parte del giro normal y específico propio de la empresa.

Para determinar si estamos en presencia de la externalización de una actividad principal, hay que tener en cuenta la actividad de ambas empresas, por lo que es factible que una misma actividad sea principal en un caso y secundaria por el otro. Ante esto, el autor destaca la importancia de efectuar dos consideraciones. La primera es que no se debe confundir actividad normal y específica propia, con actividad necesaria, ya que una actividad puede ser necesaria y perfectamente escindible de la actividad principal. La segunda es que se debe descartar la asunción de posiciones maximalistas a ultranza que llevan a la aplicación del artículo en todos los supuestos, o a la inaplicabilidad de éste.

No se debe considerar la posición amplia en forma radical debido que lo secundario se opone por definición a lo principal y en ese caso cualquier actividad tercerizada entraría dentro de la égida del artículo. Sin embargo, tampoco se debe considerar la postura estricta en forma extrema, ya que desde el momento en que una empresa decide descentralizar concertando una contratación de obras o servicios con una empresa, esa actividad deja de constituir parte integrante de su ciclo productivo y, por lo tanto, deja de formar parte de su propia actividad. (Hierrezuelo, 2008).

Considerando todo lo mencionado previamente, se debe tener en cuenta la complejidad del artículo 30 de la LCT y la necesidad de realizar modificaciones al mismo que permitan aclarar los conflictos surgidos de las diversas interpretaciones que pueden hacerse de él.

### **II.3 Proyecto de ley sobre Subcontratación y Delegación**

Existe un proyecto en la Cámara de Diputados de la Nación, que busca modificar el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, a la vez que planifica agregar un artículo 30 bis en la misma, con el objeto de solucionar algunos de los conflictos previamente presentados debido a la falta de precisión de la actual legislación.

Se planea sustituir el artículo 30 por el siguiente texto:

*“Artículo 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten y subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos, obras o servicios correspondientes a su actividad principal o accesoria, dentro o fuera de su ámbito, tenga o no fines de lucro, deberán exigir a sus cesionarios o contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo, higiene y seguridad y frente a los organismos de la seguridad social y asociaciones sindicales.*

*En todos los casos el principal y los cesionarios, contratistas o subcontratistas serán solidariamente responsables frente a los trabajadores, organismos de la seguridad social y asociaciones sindicales por las obligaciones incumplidas durante el plazo de duración de tales contratos o al tiempo de su extinción, cualquiera sea el acto o estipulación que al efecto haya concertado”.*

Por otra parte, se proyecta incorporar el siguiente texto, elaborado en el cuerpo del artículo 30 bis:

*“Los cedentes, contratantes o sub-contratantes deberán exigir además a sus cesionarios, contratistas o subcontratistas el número de Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y las constancias de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de seguridad social, obra social y, de corresponder, a la asociación sindical, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos de trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios, contratistas 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 o de la entidad sindical que represente el interés colectivo de los trabajadores o de la autoridad administrativa interesada en la verificación.*

*El incumplimiento de cualquiera de los deberes puestos a cargo del principal será considerado infracción grave en los términos previstos en el art. 3° inc. G) del Anexo II al Pacto Federal de Trabajo ratificado por Ley 25.212”.*

Como puede verse, el proyecto de reforma contempla la responsabilidad solidaria de otra manera. De acuerdo a este texto legal, la responsabilidad ya no recae sólo en los cesionarios o contratistas que el empresario emplea al momento de tercerizar una actividad. Ahora, son todos responsables, tanto el empresario principal como los contratistas o subcontratistas, del cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Por ende, el empresario principal no se desliga de dicha función cuando delega una actividad, sino que debe asegurar también el cumplimiento de dicha ley.

Los fundamentos de dicho proyecto radican en la búsqueda de la protección del trabajador, que a raíz de la evolución y la utilización abusiva de la tercerización, se encuentra cada vez más expuesto a la precarización de sus condiciones laborales.

La redacción originaria de la ley 20.744 se basó en los principios del constitucionalismo social, y hacía realidad los supuestos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Sin embargo, con la dictadura militar que comenzó el 24 de

marzo de 1976, la misma fue cercenada en detrimento de los trabajadores, sufriendo un quiebre en su lógica.

Por lo tanto, el presente proyecto permite una tercerización, una subcontratación o una sucesión empresaria siempre que sea conveniente para la agilidad de los negocios, pero con la condición de cumplir con las obligaciones para con los trabajadores. En este caso, la independencia de las empresas existirá en cuanto a diversos ámbitos, pero no en relación con el trabajador.

Dicha propuesta legislativa tiende a dotar de seguridad jurídica a los actores de las relaciones laborales, ya que su tratamiento normativo en la actual ley de Contrato de Trabajo, en su artículo 30, ha dado lugar a lecturas y aplicaciones divergentes; algo que se ha afirmado anteriormente. Este fenómeno no permite a las partes efectuar previsiones razonables respecto de las consecuencias de sus decisiones empresarias en cuanto a los derechos que asisten a los trabajadores involucrados en esta situación.

Es bajo ese punto de vista que se plantea la presentada modificación del artículo 30 del Régimen de Contrato de Trabajo, en los siguientes sentidos.

Por un lado, que la solidaridad de la empresa principal por los incumplimientos de sus cedentes, contratistas o subcontratistas tenga un amplio alcance. Es decir, que comprenda todos los supuestos de aquellos trabajos, obras o servicios objeto de contratación que correspondan tanto a su actividad principal como a aquellas accesorias. Esto otorgaría previsibilidad tanto a los empresarios como a los trabajadores, afianzando su seguridad jurídica.

Por otro lado, se deslinda del artículo 30 los párrafos 2º, 3º y 4º incorporados por la ley 25.013, y se incorporan en el artículo 30 bis de la LCT. De este modo, se le otorga un sentido claramente diferente: la obligación del empresario principal de exigir los datos o instrumentos formales sobre el trabajador, se elimina del artículo 30, a fin de que no pueda sostenerse que sólo a ello se limita la obligación de control de la empresa principal. Así, no existen dudas de que la responsabilidad solidaria del principal nace frente a cualquier incumplimiento del contratista o subcontratista.

No obstante, se mantiene la obligación de la empresa principal de exigir a sus contratistas y subcontratistas el CUIL de cada trabajador, la constancia de pago de remuneraciones, la copia de los comprobantes de pagos mensuales al sistema de

seguridad social, una cuenta corriente bancaria y cobertura por riesgos de trabajo, previendo que su incumplimiento será considerado una infracción grave. Dicha infracción se encuentra contemplada en los términos del Pacto Federal de Trabajo ratificado por la ley 25.212.

## **Capítulo III: Derecho Comparado**

### **III.1 Normas Internacionales del Trabajo**

En junio de 1997, la Organización Internacional del Trabajo adoptó el convenio sobre las agencias de empleo privadas, que entró en vigencia en mayo del 2000. Su Recomendación Complementaria constituyó un verdadero giro en la actitud de la OIT con relación a formas flexibles de acceso al empleo. Por primera vez se incluían en su campo de actuación los servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica que determine sus tareas y supervise su ejecución. Además, pasó a enfocarse en las disposiciones de control y promocionales.

De los considerandos del convenio surge el cambio de contexto apreciado respecto a las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del Convenio 96, así como también al reconocimiento del papel de las agencias de empleo y su aporte para el buen funcionamiento del mercado de trabajo, sin perjuicio de recordar la necesidad de proteger a los trabajadores contra los diversos abusos que puedan generarse (Hierrezuelo y Núñez, 2008).

- **III.1.1 El fallido Convenio Internacional del Trabajo sobre Subcontratación**

Existe un estancamiento en cuanto a la discusión del presente tema. La subcontratación no es un fenómeno nuevo; no obstante, ha habido un fuerte debate sobre dos cuestiones que dificultan la posibilidad de crear una norma sobre ello. Uno es el ámbito y la intensidad de la protección que debe tener actualmente el Derecho del



Trabajo y de la Seguridad Social. El otro consiste en la necesidad o conveniencia de prever una categoría de trabajadores, situada entre el clásico trabajador dependiente y el independiente.

El Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, en tres reuniones, examinó informes sobre la legislación y la práctica relativas al trabajo en régimen de subcontratación en distintos países y sectores económicos. En la reunión n° 262 del Consejo de Administración se decidió incluir el fenómeno de la subcontratación en la orden del día de la 85ª reunión de la Conferencia, en 1995, como punto nuevo de elaboración de normas.

La primera discusión puso de manifiesto las graves dificultades relativas con la definición conceptual de la expresión “trabajo en régimen de subcontratación”. El avance del tema fue prácticamente nulo; por ello se inscribió en la orden del día de la siguiente reunión ordinaria de 1998, con miras a la adopción de un convenio y una recomendación, sobre el trabajo en régimen de subcontratación.

En la reunión, la Oficina difundió con el acuerdo de grupos empleadores y trabajadores, un nuevo texto de proyecto de convenio antes del inicio de las discusiones. Sin embargo, el mismo no se llevó a cabo debido a las críticas de diversos sectores. El grupo de los empleadores señaló que el trabajo en régimen de subcontratación no era un tema adecuado para la adopción de un convenio debido a la cantidad de enfoques nacionales y la existencia de modalidades en que participan trabajadores que no son empleados. Asimismo, su regulación sería una injerencia en contratos comerciales que repercutiría de manera negativa en la actividad económica y la creación de empleos.

Otra objeción era la tercera categoría de trabajadores que crearía el nuevo convenio, que no quedaría bien definida, entre trabajadores dependientes e independientes, pero con un régimen inferior a aquel de los dependientes.

El grupo de los trabajadores sostuvo la necesidad de seguir trabajando en la concreción de un convenio que reafirmara los valores subyacentes en la relación de trabajo.

Como consecuencia, la resolución de la Administración, si bien no mencionó la palabra subcontratación, invitó al Consejo de Administración a tomar medidas para que este proceso se complete en un plazo no mayor a cuatro años.

Lo cierto fue que las partes sociales, con una manifiesta ausencia de delegados de gobiernos, no lograron ponerse de acuerdo a los efectos de definir el alcance de la expresión “trabajo en régimen de subcontratación” (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

- **III.1.2 La recomendación N° 198 de la OIT sobre la relación del trabajo (2006)**

La Organización Nacional del Trabajo decidió adoptar medidas para contrarrestar los efectos de la creciente tendencia a sustituir el contrato de trabajo por contratos de otra naturaleza que tuvieran por finalidad evadir la protección que otorga el Convenio Internacional del Trabajo N° 158 sobre la terminación de la relación de trabajo y demás normas laborales.

Tras la propuesta fallida de un convenio sobre trabajo en régimen de subcontratación, en el año 2006 se dio la 95<sup>a</sup> Conferencia. Aquí se aprobó la Recomendación N° 198 sobre la relación del trabajo. Aún siendo sólo una recomendación, la votación fue muy dividida, lo que refleja la gran complejidad del tema.

Dentro de los objetivos de la misma, se buscaba adoptar medidas en el marco de una política nacional de protección a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo. Entre ellas:

- Informar acerca de la forma de determinar la existencia de una relación de trabajo así como la distinción entre trabajadores asalariados e independientes.
- Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, evitando que los empleadores no reconozcan a sus trabajadores impidiéndoles así el acceso al estatuto protector impuesto por las normas laborales.
- Asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales establezcan claramente quien es responsable por la protección que prevén.
- Formar adecuadamente a mediadores, árbitros, inspectores del trabajo y demás personas encargadas de la solución de controversias y del

cumplimiento de normas laborales, sobre el contenido de las normas internacionales del trabajo.

- Asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre las relaciones del trabajo.
- Permitir el acceso efectivo a procedimientos y mecanismos rápidos, de bajo costo, justos y eficaces, para la solución de controversias que estén vinculadas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo.
- Adaptar el ámbito de aplicación de la legislación con el objeto de garantizar una protección efectiva a los trabajadores.
- Definir la naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.
- Consultar con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores.
- Promover el papel de negociación colectiva y el diálogo social como medios de solucionar cuestiones relativas al ámbito de la relación laboral a escala nacional.

A partir de dichas medidas, la Recomendación N° 198 reafirmó en 2006 la finalidad protectora de la legislación internacional y nacional del trabajo y la vigencia de los principales institutos del Derecho Laboral.

La misma subraya la necesidad de protección de todos los trabajadores, planteando el principio de la primacía de la realidad y de la indiferencia de la calificación jurídica que las partes hagan del negocio que las vincula. Además, ratifica la necesidad de luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, y promueve la eliminación de las disposiciones nacionales que supongan incentivos al uso de las mismas. Se resolvió así debido a la indiscutible y provechosa aplicación de ello sobre las relaciones triangulares (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

- **III.1.3 El Convenio Internacional del Trabajo N° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981)**

El artículo 17 de dicho Convenio dispone que siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, deberán

colaborar en la aplicación de las medidas previstas en él, sobre seguridad e higiene en el trabajo.

### **III.2 Regulación jurídica de las relaciones triangulares en América Latina y España**

A partir del análisis de Oscar Ermida Uriarte y Natalia Coteluzzo (2009), se puede profundizar en materia de derecho comparado sobre el fenómeno de la tercerización laboral, en ocho aspectos.

#### **1) Requisitos exigibles para que operen la subcontratación, la intermediación y el suministro de mano de obra.**

En nuestro país, las empresas de servicios eventuales sólo pueden proveer trabajadores a los efectos de atender los siguientes requerimientos: reemplazo de trabajador ausente, suspendido o en uso de licencia; incremento ocasional y extraordinario de la actividad de la empresa; organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones, trabajos urgentes para prevenir accidentes o peligros que no puedan ser atendidos por el personal permanente, y en general para la atención de necesidades extraordinarias o transitorias.

En **Ecuador**, resultaba exigible a partir del artículo 2 de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo (2006-48), la autorización de funcionamiento para aquellas empresas cuya constitución obedeciera únicamente a dedicarse a la intermediación laboral o a la tercerización de servicios complementarios. La misma era otorgada por el Ministerio de Trabajo y Empleo, a través de la Dirección Nacional de Empleo y Recursos Humanos y sus dependencias regionales y competentes.

En **Perú**, existe una regulación diferenciada según se trate de empresas o cooperativas. Las empresas pueden crearse o brindar exclusiva o conjuntamente servicios temporales, complementarios o especializados. Las cooperativas, por el contrario, deben crearse con el único fin de prestar servicios temporales, o bien complementarios o especializados, sin poder desarrollar simultáneamente ambas actividades.

Por otro lado, las empresas deben acreditar un capital suscrito, y como requisito previo a su funcionamiento, deben inscribirse en Registro a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde actuaría la entidad. También se establece un límite respecto al personal contratado vía intermediación. Si se incumple dicho límite, se considera que la relación laboral se ha trabado con la empresa usuaria. Esta regulación sobre intermediación laboral permite recurrir a ella sólo cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

Asimismo, el artículo 4 de la Ley N°29.245 establece que: en aquellos contratos en los cuales el personal de la empresa tercerizadora es quien efectúa el trabajo especializado u obra, dentro las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben verse afectados los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de la tercerización (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

## **2) Modalidades de las relaciones triangulares**

En **España**, las empresas pueden vincularse a través de “contratas” y “subcontratas”. Ambas responden al fenómeno de la descentralización empresarial. Si bien está autorizado el uso de esta estrategia, su regulación intenta acotar la posibilidad de que las empresas recurran a ellas, por implicar un quiebre respecto de la figura tradicional del empleador.

En el caso de la “contrata” ya no es el empleador quien se beneficia de lo producido por el trabajador, sino que están presentes dos sujetos, de quienes sólo uno reviste la calidad de empleador, mientras que el otro es quien aprovecha las resultancias del trabajo ajeno. Aquí, el legislador ha intentado distinguir entre las contratas auténticas y las simuladas, en las que se pretende ocultar una cesión ilegal de trabajadores. Su regulación legal se encuentra contemplada en el artículo 42 del Estatuto del Trabajo, el cual considera la contrata como una modalidad contractual lícita, exigiendo ciertos requisitos previos como garantía de los trabajadores ante la eventual configuración de situaciones fraudulentas.

En **Costa Rica**, se presenta una peculiaridad en lo relación a las empresas de trabajo temporal. En sectores muy específicos de la economía nacional se ha presentado

la figura de agencias o empresas radicadas fuera del país, que suministran personal técnico especializado para trabajar en Costa Rica, funcionando como un tipo de intermediario entre el empleador y los trabajadores.

Asimismo, su Código de Trabajo establece la posibilidad de que un agente pueda contratar trabajadores costarricenses para prestar servicios o ejecutar obras en el extranjero. Para ello, se requiere una autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de dicho país.

En el caso de **Ecuador**, el Mandato Constituyente N° 8 y la nueva Constitución plebiscitada en septiembre de 2008 prohíben la intermediación laboral. El artículo 327 de la misma dispone que la relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras sea bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora; la contratación por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de los trabajadores en forma individual o colectiva. Además, se establece que el incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

En **Perú**, los artículos 11 y 12 de la Ley N° 27.626 y 2 del Reglamento, disponen que las modalidades de intermediación permitidas con las siguientes: empresas de servicios temporales; empresas de servicios complementarios; empresas de servicios especializados; cooperativas del trabajo temporal; y cooperativas de trabajo y fomento del empleo. No obstante, se cuestiona respecto de éstas últimas si es correcto que las cooperativas de trabajadores cumplan funciones de intermediación de personal, ya que el suministro de mano de obra produce una distorsión en la naturaleza cooperativa de la institución (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

### **3) Detección o determinación de la figura del empleador**

En **Colombia**, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que son contratistas independientes y, por lo tanto verdaderos empleadores (no representantes ni intermediarios), las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros,

por un precio determinado, a la vez que asume todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

En **Ecuador**, el artículo 11 de la Ley Reformatoria al Código de Trabajo (2006-48) reputaba empleador a las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios agregando que, en calidad de tal, poseían la obligación de hacer cumplir todos los derechos de los trabajadores consagrados en la Constitución, Convenios Colectivos de Trabajo ratificados por el país, Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables. Además, el artículo 13 señalaba que la empresa usuaria tenía la facultad de determinar las tareas a realizar y supervisar su ejecución por parte del trabajador intermediado, a pesar de que ello no implicaba la dependencia laboral.

En **Guatemala**, el artículo 5 del Código del Trabajo dispone que tiene carácter de patrono y no de intermediario, quien se encargue por contrato de la realización de trabajos que ejecute con equipos o capitales propios.

En **Paraguay**, el Código del Trabajo dispone en su artículo 26, que no son considerados como intermediarios, sino como empleadores, aquellas personas naturales o jurídicas que mediante contrato ejecuten trabajos en beneficio ajeno, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios elementos y autonomía directa y técnica, o bien labores ajenas a las actividades normales de quien encarga la obra.

Por último, en **Nicaragua**, el artículo 9 del Código del Trabajo establece que son empleadores aquellos contratistas, subcontratistas y demás empresas que contratan a trabajadores para la ejecución de trabajos en beneficio de terceros, con capital, patrimonio, equipos, dirección y otros elementos propios (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

#### **4) Instrumentos normativos que regulan las relaciones triangulares**

Para regular este tipo de relaciones, se observa que es excepcional el tratamiento constitucional, dejándose en manos de otras leyes la regulación de este fenómeno.

En **Ecuador** rige el Mandato Constituyente N° 8, que derogó la Ley Reformatoria del Código del Trabajo del año 2006.

En **España** es aplicable el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

En **Brasil** resultan aplicables a esta materia las disposiciones de la Ley N° 6019/74.

En **Colombia** resultan aplicables los artículos 32, 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

En **Costa Rica** es el artículo 3 del Código del Trabajo el que provee la definición del intermediario.

En **Guatemala**, en cambio, lo hace el artículo 5 del Código del Trabajo.

En **México** el fenómeno se encuentra regulado por el artículo 13 de la Ley Federal del Trabajo.

En **Nicaragua**, el artículo 9 del Código del Trabajo establece quienes revisten la calidad de empleadores.

En **Paraguay** son aplicables los artículos 25 y 26 del Código del Trabajo (Ley N° 213).

En **Perú** se aplican la Ley N° 27.626 y su reglamento, la Ley N° 29.245 y el Decreto Legislativo N° 1038.

En **Uruguay**, la ley N° 18.099 del año 2007, reguló el funcionamiento de este fenómeno disponiendo la responsabilidad solidaria. Sin embargo, una reforma casi inmediata del año 2008 mantuvo la responsabilidad solidaria para aquellas empresas principales o usuarias que omitan determinados controles; de ejercitarlos de manera correcta, su responsabilidad permanece de carácter subsidiaria.

En **Venezuela** rige el artículo 240 de la Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo por el cual se declara la condición de intermediario de las empresas de trabajo temporal debidamente registradas ante la autoridad competente. Además, la figura del intermediario se encuentra definida por el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo (Uriarte y Colotuzzo, 2009).



### 5) **Definición o ausencia de definición legal de subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra**

La ley **chilena** N° 20.123 del año 2006 define qué debe entenderse por trabajo en régimen de subcontratación. Establece que existe subcontratación cuando un empleador, llamado contratista o subcontratista, se encarga de ejecutar obras o servicios, por cuenta y riesgo de él mismo, con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de una empresa principal; para ello, debe hacerse un contrato.

En **Colombia**, el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo aporta una definición de intermediario, disponiendo que lo son aquellos que contraten servicios de otros para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva del empleador. También son considerados intermediarios todas las personas, aún cuando aparecen como empresarios independientes, que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen equipos, locales, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. Asimismo, dicha ley especifica que quien celebre un contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe aclarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. En caso de no hacerlo, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

La legislación de **Costa Rica** no tiene normas específicas ni adecuadas para tipificar ni regular relaciones triangulares o multilaterales. Por ello, la jurisprudencia de los tribunales laborales ha intentado paliar esta carencia mediante la interpretación del artículo 3 del Código del Trabajo. Así, se ha llegado a introducir como criterio fundamental para resolver casos de esta temática, la demostración o no por parte del supuesto contratista de contar con capital propio, de modo que la ausencia de ese capital indicaría la alta probabilidad de la existencia de una relación laboral si se presentan el resto de los elementos que configuran una relación de trabajo.

En consecuencia, tanto la legislación como la jurisprudencia han ido perfilando algunos conceptos que sirven para diferenciar situaciones de subcontratación y aquellas que presentan un fraude de ley. Así, se tiene en cuenta el concepto de intermediario y el de contratista, el cual fue definido por la jurisprudencia como un trabajador por cuenta

propia, que tiene a su cargo empleados contratados por él a través de verdaderas relaciones laborales.

Por otra parte, en **Ecuador**, la ley reformativa al Código del Trabajo en su artículo 1 define tanto la intermediación laboral como la tercerización de servicios complementarios. La primera se refiere a aquella actividad consistente en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona natural o jurídica llamada usuaria que determina sus tareas y supervisa su ejecución. La segunda es aquella actividad que realiza una persona jurídica constituida de conformidad con la Ley de Compañías, con su propio personal, para la ejecución de actividades complementarias al proceso productivo de otra empresa.

En **México**, la Ley Federal del Trabajo establece ciertas normas referidas a las posibles relaciones entre trabajadores de la empresa sub-contratante y aquellos de la empresa subcontratada. Por un lado, la ley dice en el artículo 13 que no serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios y suficientes para cumplir las obligaciones que provengan de las relaciones con sus trabajadores. De no ser así, serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de la obra o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores. Por otro lado, dicha ley considera el caso en el que una empresa ejecute obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no disponga de los elementos propios y suficientes para cumplir con las obligaciones derivadas de las relaciones laborales. En ambos supuestos, la empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores. Mientras tanto, aquellos empleados en la ejecución de obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones laborales proporcionales a las de quienes ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria.

Se debe tener en cuenta, sin embargo, que la solidaridad a la que hace referencia dicha ley sólo se presentaría en el caso en que la empresa subcontratada no contara con los elementos suficientes para hacer frente a los compromisos con sus trabajadores.

En **Perú**, la Ley N° 29.245 aporta en su artículo 2 la definición de tercerización. La misma entiende a este término como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros,

técnicos y materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Luego, la ley dispone aquellos elementos característicos de tales actividades, como: la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la exclusiva provisión de personal. Finalmente, se establece que la aplicación de este sistema de contratación no debe restringir el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

En **Uruguay**, la ley N° 18.099 hace referencia a tres figuras jurídicas: la subcontratación, la intermediación, y las empresas suministradoras de mano de obra. No obstante, no se incluían sus definiciones en dicha ley, por lo que sus conceptos fueron elaborados por la jurisprudencia y la doctrina.

No obstante, su ley modificativa del año 2008 (ley 18.251), introdujo las definiciones de los términos subcontratista, intermediario y empresa suministradora de mano de obra.

En **Venezuela**, la Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo dispone que las empresas de trabajo temporal registradas ante el Ministerio de Trabajo tendrán la condición de intermediarios. En cuanto a su funcionamiento, el artículo 26 de dicho reglamento admite la contratación de dichas empresas para: la realización de una obra o prestación de un servicio cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, fuese en principio de duración incierta; para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos por un periodo no mayor a tres meses; o para sustituir a trabajadores en suspensión de su relación de trabajo (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

#### **6) Tipo de responsabilidad adjudicada al empleador que contrata con intermediarios, subcontratistas y empresas suministradoras de mano de obra**

Algunos ordenamientos jurídicos condicionan la extensión de la responsabilidad de los empresarios principales, comitentes, usuarios o beneficiarios finales, a la diligencia que éstos muestren en el contralor que deben realizar respecto al cumplimiento de la legislación laboral por parte de los intermediarios. Un ejemplo de

ello es nuestro país, aunque también Chile y España. Otros determinan la responsabilidad directa sin restricciones, como en Ecuador. La ley uruguaya siempre responsabiliza al principal o usuario, aunque a partir del 2008, lo hace sólo subsidiariamente si este realizó determinados controles y solidariamente si los omitió.

En **Colombia**, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones que corresponden a los trabajadores.

**Perú** posee dos mecanismos de protección de los derechos laborales en las relaciones de intermediación: la responsabilidad solidaria y la carta fianza bancaria. El artículo 24 de la Ley N° 27.626 establece que las entidades dedicadas a la intermediación laboral, cuando realicen los contratos respectivos, deberán conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores. Asimismo, el artículo 25 consagra un mecanismo de responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto de los derechos laborales de origen legal o colectivo, que opera únicamente en el supuesto de que la fianza no fuere suficiente para el pago correspondiente.

Por su parte, el artículo 9 de la ley N° 29.245 establece la responsabilidad de la empresa principal al disponer que en los casos en que ésta contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora, es solidariamente responsable por el pago de los beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengadas durante el tiempo en que el trabajador se encontró desplazado.

En el caso de **España**, el apartado 2 del artículo 42 de su Estatuto de los Trabajadores establece que la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto a las obligaciones salariales contraídas por contratistas o subcontratistas con sus empleados, rige mientras se realiza el encargo y también durante el año siguiente de la terminación del mismo.

En **Chile**, el artículo 183 D del Código de Trabajo establece un sistema que determina en qué situaciones la empresa principal debe responder subsidiariamente y cuándo debe hacerlo en forma solidaria. De acuerdo a dicho cuerpo legal, el legislador

le impone al dueño de la obra o faena la obligación de exigirle al contratista que le informe sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales. En caso de existir incumplimientos, le autoriza al dueño de la obra o faena a retener de las sumas que les corresponda pagar al contratista para pagar con ellas al trabajador acreedor o a la institución de previsión acreedora. Por el contrario, si lleva a cabo correctamente dicha tarea, debe responder sólo subsidiariamente.

En **Guatemala**, según el artículo 5 del Código del Trabajo, el patrono que recurre a intermediarios queda obligado solidariamente por la gestión de éstos. No tiene carácter de intermediario y sí de patrono, el que se encargue por contrato, de la realización de trabajos que lleve a cabo con equipos y/o capitales propios.

En **Paraguay**, el artículo 25 del Código del Trabajo establece que todo intermediario debe aclarar su calidad y el nombre del empleador por cuenta de quien actúa en el momento en que celebra los contratos de trabajo. Si omite tal requisito, el intermediario responde solidariamente con el empleador por las obligaciones legales y contractuales pertinentes.

**Uruguay** es un caso paradigmático ya que en el año 2007, la Ley N° 18.099 modificó la responsabilidad adjudicada al patrono. Se estableció que todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda. No obstante, dicha responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante dicho proceso. De este modo, se amplía la responsabilidad que tenía anteriormente el patrono, ya que deja de responder únicamente por los salarios mínimos para ser solidariamente responsable del pago de todas las obligaciones laborales.

No obstante, una nueva reforma del año 2008 condicionó dicha responsabilidad a la omisión de la realización de determinados controles sobre estos subcontratistas, intermediarios o suministradores. De ejercerse adecuadamente tales controles, el patrono o empresario principal será responsable, pero subsidiariamente.

En el caso de **Venezuela**, el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo dispone que el intermediario será responsable de las obligaciones a favor de los trabajadores

según establezcan la ley y los contratos. El beneficiario responderá además solidariamente con el intermediario cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

### **7) Exigencia del fraude como fundamento de la responsabilidad patronal**

Como puede verse, en algunos países la responsabilidad del empresario principal, usuario o comitente se condiciona al uso fraudulento de la subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra. En otras palabras, cuando dicho recurso no es utilizado como respuesta a una razón objetiva y técnica, sino con la finalidad de perjudicar a los trabajadores. Estos sistemas nacionales intentan evitar el riesgo de fraude a través de otros mecanismos.

En cambio, en otros países la responsabilidad se impone en todos los casos, asumiéndose que dicho recurso casi siempre acarrea un perjuicio para el trabajador. Así, la responsabilidad del empresario principal opera como una garantía (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

### **8) Estipulación de la retención de los pagos a efectos de evitar el incumplimiento de créditos laborales.**

En **Chile** se establece que la empresa principal debe ser informada sobre el cumplimiento, por parte del contratista, de las obligaciones laborales y provisionales para con sus trabajadores. De existir incumplimientos, será ella quien deberá proceder a ejercer el derecho de retención.

En el caso de **Uruguay** por su parte, las leyes del 2007 y 2008 establecen una serie de controles que deben practicar sobre los contratistas o subcontratistas, las entidades estatales que tercericen, incluida la facultad de retener pagos (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

## **Capítulo IV: Jurisprudencia y análisis Doctrinario**

Desde fines de la década del '70 y comienzos de la del '80, el Máximo Tribunal Federal consideró, como criterio general, que los planteos referentes a la responsabilidad solidaria establecida por la aplicación del Régimen de Contrato de Trabajo, se referían a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas al recurso extraordinario. No obstante, habilitó excepcionalmente la instancia para permitir el examen de defensas atinentes a la falta de relación contractual vigente entre las empresas codemandadas, o para dar lugar a un reclamo contra la empresa demandada en los términos del artículo 30 de la LCT.

A comienzos de la década del '90, llegaron a conocimiento de la Corte Nacional, casos que juzgó importantes para establecer un criterio doctrinal en materia de responsabilidad solidaria derivada del contrato de trabajo. Los dos primeros fueron los casos “Rodríguez<sup>8</sup>” y “Luna<sup>9</sup>”. Éstos contemplaron los supuestos de las concesiones y franquicias realizadas en el marco de la legislación comercial mediante contratos cuya existencia fue alegada y probada durante la sustanciación de la causa; a la vez, existieron supuestos de integración de la cadena de comercialización de un producto entre diversas empresas, también acreditadas mediante la agregación de contratos, informes periciales e informes sobre la no exclusividad en la prestación de actividades comerciales entre dichas empresas (Fera, 2012).

En el caso “Rodríguez” se discutía la responsabilidad de Pepsi Cola Argentina S.A.C.I, cuya actividad normal y específica era la fabricación de concentrados; respecto de deudas de Compañía Embotelladora Argentina S.A., empresa a la cual aquélla proveía de materias primas. Aquí, la Corte señaló que para que naciera la solidaridad prevista en el artículo 30 de la LCT era menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal, debiendo existir una unidad técnica o de ejecución entre la empresa y su contratista.

---

<sup>8</sup> CSJN, “Rodríguez Juan Ramón c/ Embotelladora Argentina S.A y Otro”- Ordinario Despido, (Sentencia 15/04/93) (Fallos 316:713) DT, 1993-A, 754.

<sup>9</sup> CSJN, “Luna, Antonio Rómulo c/ Agencia Marítima Rigel SA y otros” sent. de 2-VII-1993, consid. 8º in fine (Fallos: 316:1609)

Además, en el voto mayoritario del Tribunal se señaló que toda norma o interpretación de la misma que obligare al pago de una deuda en principio ajena sería una fuerte inconstitucionalidad; por lo tanto, se requería la comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos establecidos en la norma en cuestión. Asimismo, se sostuvo que no correspondía la aplicación del artículo 30 de la LCT si un empresario suministraba a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución.

En el caso “Luna”, por otro lado, se discutía la solidaridad de una empresa dedicada a la exportación respecto de un crédito laboral reconocido a favor de quienes trabajaron para una empresa dedicada a la estiba de productos exportados. En este caso, la Corte entendió por mayoría que se daban circunstancias de trascendencia y significación tanto desde el punto de vista de las relaciones laborales como desde las diversas modalidades de contratación comercial. Por ende, la solución de dicho caso podía contribuir a afianzar la seguridad jurídica de las diversas tendencias jurisprudenciales.

Desde el punto de vista doctrinal, lo resuelto por la Corte en ambos casos y sus fundamentos fue sujeto a diversas críticas. Entre ellas, algunas enfatizaron sobre el desborde por parte del Tribunal Máximo de su competencia excepcional circunscripta por la Constitución.

No obstante, se debe tener en cuenta que la integración de la Corte varió con posterioridad. La doctrina de dichas causas impulsó a la resolución de numerosos casos en los años siguientes.

En 1995 el caso “Gauna<sup>10</sup>” fue resuelto siguiendo la doctrina del caso “Luna”. Dos años después, el caso “Sandoval<sup>11</sup>” fue resuelto por la Corte al descalificar el pronunciamiento que había responsabilizado solidariamente a Pepsi Cola Argentina y Pepsi Co Capital Corporation en los términos de los artículos 30 y 31 de la LCT.

---

<sup>10</sup> CSJN, Gauna, Tolentino y otros c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros”, Recurso de hecho, sent. de 14-III-1995 (Fallos 318:366)

<sup>11</sup> CSJN, “Sandoval, Daniel Orlando y otro c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros”, 18 de julio de 1995, S. 592. XXVI. y S. 24. XXXI (Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo). (Fallos: 316:713)



También en 1995 se dio la causa “Méndez<sup>12</sup>”, en la cual se descalificó el fallo que responsabilizó solidariamente a Pepsi Cola Argentina S.A.C.I. respecto de créditos laborales reconocidos en contra de Seven Up Concesiones S.A.I.C (Fera, 2012).

Un año después tuvo lugar la causa “Benítez c/ Empresa Cía. Argentina de Petróleo y otro<sup>13</sup>”. En ella la corte dejó sin efecto una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz que había establecido la solidaridad de la empresa explotadora de petróleo y la proveedora de agua que se utilizaba para la extracción en boca de pozo. Para ello, el Tribunal tuvo en cuenta que la provisión de agua se hizo sin intervención de la empresa en el proceso de extracción del petróleo y que dicha vinculación comercial había sido instrumentada mediante contratos serios. A partir de ello se afirmó que por más imprescindible que fuera el agua para el cumplimiento de los fines de la empresa petrolera, no constituía un caso de cesión, contratación o subcontratación que autorizara la solidaridad.

Posteriormente se resolvieron otros casos de interés. Entre ellos se encuentra el caso de “Segundo Rosas Escudero c/ Nueva A S.A. y otro<sup>14</sup>”, del año 2000. Aquí, la Corte dejó sin efecto la sentencia de cámara que había establecido la responsabilidad solidaria de la Sociedad Rural respecto de un crédito laboral a favor de quien se desempeñó para un concesionario. En el dictamen, el representante del Ministerio Público reseñó la jurisprudencia del Máximo Tribunal a partir del precedente “Rodríguez”, defendiendo que en dicho caso se había soslayado la apreciación rigurosa de los presupuestos del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo y escrutinio de los recaudos legales que condicionan la obligación de garantía de un tercero. Luego, precisó que se encontraba demostrado que la actividad de la Sociedad Rural había consistido básicamente en la defensa, fomento y promoción de todo lo concerniente al patrimonio agropecuario del país. Mientras tanto, la actividad de la empresa principal se orientaba a la prestación de servicios gastronómicos, tanto en la exposición agropecuaria, como allende a su transcurso y aun, en beneficio de terceros extraños a la persona

---

<sup>12</sup> CSJN, “Méndez, Oscar Cleofé c/ Seven Up Concesiones S.A. y otra”, Sentencia n° M. 72. XXVI del 23/11/95 (Fallos: 318:2442)

<sup>13</sup> CSJN, “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros”, Recurso de hecho, sentencia del 22 de diciembre de 2009

<sup>14</sup> CSJN, “Segundo Rosas Escudero c/ Nueva A S.A. y otro”, Dictamen n° E. 119 del 14/02/2000 (Fallos: 323:2552)

codemandada. Por lo tanto, se consideraban desautorizados para afirmar que se había configurado una hipótesis de prestación por un tercero de una actividad normal y específica propia del establecimiento, en el marco de una unidad técnica de ejecución entre una empresa y su contratista.

En 2001 se resolvieron las causas “Dubo Pedernera<sup>15</sup>” y “Barreto<sup>16</sup>”. En la primera, la Corte descalificó por mayoría la sentencia de cámara que mantuvo la responsabilidad solidaria del club codemandado, el cual había asumido el carácter de locador de un local en el que se instaló un restaurante. En el mismo trabajaban los actores. Para así resolver, consideró que los términos del contrato de locación no permitían concluir que el club tenía injerencia en el negocio explotado por su inquilino. Estos elementos sumados a otras circunstancias fácticas que se desprendían de las pruebas, debieron ser tratadas más allá de las consideraciones genéricas plasmadas en el fallo recurrido.

En el caso “Barreto”, el Tribunal dejó sin efecto la sentencia de cámara que había responsabilizado al Instituto Rosenbusch S.A. respecto de deudas de la empresa Sarti S.A. En el dictamen se señaló que la empresa contratista, empleadora del actor, proveía las materias primas al laboratorio codemandado y a otros. Además, expresó que el laboratorio no obtenía los insumos sólo de esa empresa, y que la relación comercial entre ambas empresas había concluido antes del distracto laboral. Sumado a ello, se puso de manifiesto que la actividad propia y principal del laboratorio codemandado no era la de extraer epitelio sublingual (razón defendida durante el juicio), sino producir la vacuna anti-aftosa con dicho insumo proveído por Sarti S.A. Finalmente, se dejó asentado que en ese caso, no se daba la existencia de una unidad técnica de ejecución entre la actividad de la empresa contratante y su contratista.

A partir de todos los casos mencionados previamente, se puede concluir que la línea jurisprudencial trazada desde 1993 en la temática de la tercerización perduró durante casi una década (Fero, 2012).

---

<sup>15</sup> CSJN, “Dubo Pedernera, Carlos alberto y otro c/ Jozami. Alfredo y otro”, del 15/5/01 (Fallos: 324:1595)

<sup>16</sup> CSJN, “Barreto, Roberto Marcelo c/ Instituto Rosen- busch S.A. y otro”, Recurso de Hecho, Dictamen n° B. 473 del 09/11/2000.

Por ello se trae a colación el análisis del fallo sobre el caso “Rodríguez, Juan c/ Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro” del año 1993. El mismo es un reflejo del intento de la Corte Suprema de la Nación Argentina de dar una interpretación al artículo 30 de la LCT que pusiera fin a las incertezas jurisprudenciales. Aquí se fijó una doctrina judicial enrolada en la interpretación restrictiva.

En dicho caso mediaba un contrato de concesión para fabricar bebidas gaseosas. El Alto Tribunal afirmó que para que nazca la responsabilidad solidaria del artículo 30 de la LCT, una empresa debía contratar o subcontratar servicios que complementen o completen su actividad normal, existiendo una unidad técnica de ejecución entre la principal y su contratista. Además, la Corte afirmó que no corresponde proyectar la solidaridad del artículo 30 de la LCT cuando un empresario suministra a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución.

A pesar de las afirmaciones de la Corte, el debate no finalizó ya que un gran número de Tribunales y jueces inferiores no se consideró ni jurídica ni moralmente obligado a seguir la posición restrictiva adoptada por la Corte Suprema de la Nación.

La discusión giraba en torno a que la postura opuesta manifestaba que dicha interpretación efectuada por la Corte era incorrecta. Esto era así porque desde su perspectiva, la norma no dice que la responsabilidad se activa cuando se cede una actividad realizada por la contratante, sino cuando delega una actividad que, la haya realizado ella misma o no, resulte parte del objeto empresarial.

Mientras tanto, se decidió cambiar la integración del Alto Tribunal. Esta situación generó una situación de expectativa, ya que la doctrina establecida por sus antiguos miembros no recibió consenso de la doctrina nacional y de los tribunales inferiores. Más aún, el conflicto se presentó en la década de los 90, época caracterizada por pensamientos neoliberales. Esto propició un contexto en el cual se tornaba muy factible que los jueces ilustrados e independientes defendieran otro tipo de doctrina, y no la planteada por la postura restrictiva de la Corte Suprema.

Frente a ello, los nuevos ministros renovaron la Corte Suprema. La nueva integración de la Corte produjo un visible distanciamiento respecto de la doctrina de sus antecesores. Esto fue posibilitado por un comportamiento procesal del Alto Tribunal,

que en 2007 excluyó de la instancia extraordinaria la interpretación de las normas del derecho material no federal, como el derecho del trabajo en general y la Ley de Contrato de Trabajo en particular.

Por lo tanto, el proceder de la Corte Suprema consistió en no abrir la instancia extraordinaria de revisión de las sentencias que los tribunales inferiores de todo el país dictaban interpretando el artículo 30 de la LCT. De esta manera, se volvió a dejar en manos de los tribunales inferiores la tarea de determinar los alcances interpretativos en cada caso concreto y según las circunstancias de cada supuesto.

Así, el Alto Tribunal se vio obligado a actuar frente a sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal o provenientes de tribunales del trabajo provinciales que no seguían los lineamientos trazados por el caso “Rodríguez”, e interpretaron el artículo 30 de la LCT de un modo extensivo y amplio.

La nueva conformación de la Corte Suprema de la Nación optó por volver a la tradicional y constitucionalmente correcta doctrina de que las cuestiones de interpretación de normas del derecho material federal son, en principio, ajenas al recurso extraordinario y por tanto, a revisión por la Corte Federal, salvo que medie un supuesto de sentencia arbitraria. Esto permitía entonces a la Corte rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente y también en aquellas situaciones en que las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Sin embargo, durante el año 2008 la Corte Suprema de la Nación dio un paso más en aquel proceso que implica quizás el abandono de la interpretación restrictiva que significaba el precedente caso “Rodríguez”.

Ello ocurrió en la causa “Preiti, Pantaleón Luján c/ Elemac S.A. y otra<sup>17</sup>”, en la cual la Corte por mayoría dejó sin efecto una sentencia que había sido dictada por la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal y que había aplicado la doctrina plasmada en el caso “Rodríguez” por el antiguo Alto Tribunal.

---

<sup>17</sup> CSJN, “Preiti Pantaleón Luján y otro c/ ELEMAL SA y otra”, Recurso de hecho, sentencia del 20/8/2008 - P 1897 XL

En el mencionado caso, Telefónica de Argentina S.A. encomendó a Elemac S.A. diversas tareas. Los demandantes, asignados al cumplimiento de esa contratación, efectuaron tareas de puesta en marcha de teléfonos públicos y semipúblicos, así como su reparación, las altas y bajas de dichos aparatos y además llevaban a cabo la recaudación de las monedas.

En primera instancia se admitió la demanda de los actores contra su empresa ex empleadora, Elemac S.A. y además se juzgó solidariamente responsable a Telefónica de Argentina S.A. por tales obligaciones. No obstante, la Sala VIII de la CNTrab., revocó este segundo aspecto de la decisión afirmando que la responsabilidad del artículo 30 de la LCT sólo se activa cuando el empresario contrata o subcontrata trabajos o servicios propios de él; o sea, de la unidad técnica o de ejecución del proceso productivo de bienes o servicios. Por tanto, según su postura, si no hubo establecimiento no existió el sustrato material de la cesión, contratación o subcontratación, por lo que no se configura la situación regulada por el artículo 30 de la LCT.

La Sala VIII sostuvo que ello no acontecía en el caso juzgado, ya que la empresa Telefónica de Argentina S.A. es una empresa destinada a prestar servicios de telecomunicaciones y contrató a la empresa constructora Elemac S.A. para realizar ciertas obras ajenas a su actividad normal y específica, como los trabajos de instalación y reparación de líneas y servicios telefónicos. Por ende, a juicio de estos magistrados, el hecho de que Telefónica Argentina S.A. no es una empresa constructora le habilitaba para tercerizar los servicios indicados con cualquier empresa dedicada a ello sin responsabilidad alguna frente a los trabajadores de la contratante.

Para defender esa postura, el Tribunal Laboral recordó que la Corte había excluido anteriormente las interpretaciones latas de la norma, rechazando su aplicación a la hipótesis en que un empresario no encomienda a un tercero la realización de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla en su establecimiento.

Se puede advertir entonces que la Sala VIII aplicó de manera puntillosa el criterio interpretativo restrictivo que la Corte había aplicado para el caso “Rodríguez”, e hizo una clara alusión a dichos antecedentes.

Ante esta situación, el Máximo Tribunal podría no haberse inmiscuido en el examen de la cuestión ya que había sido resuelta con aplicación del derecho material

común; a la vez, podría haber rechazado el recurso extraordinario con la mera invocación del artículo 280 del CPCC. No obstante, sí lo hizo y se produjo un nuevo hecho jurisprudencial.

Los jueces que formaron la mayoría señalaron que la sentencia de la Sala VIII resultaba incongruente y contradictoria, ya que no pudo sostener que las tareas realizadas por la contratista Elemac S.A. eran ajenas a la actividad normal y específica de Telefónica de Argentina S.A. en la medida en que ésta era una empresa dedicada a prestar servicios de telecomunicación y su contratista realizó trabajos de instalación y reparación de líneas y servicios telefónicos.

Fueron los doctores Carlos Fayt, Enrique Petracchi, Juan Maqueda y Raúl Zaffaroni quienes acudieron a la doctrina de la sentencia arbitraria como causal para invalidar el fallo cuestionado mediante el recurso extraordinario. Así, lo dejaron simplemente sin efecto mandando a dictar uno nuevo, sin sentar doctrina ni efectuar interpretaciones legales. Para ello simplemente argumentaron que la decisión era incongruente y auto-contradictoria.

Más aún, el fallo de la mayoría aclara que la invalidación de dicha sentencia, cuestionada mediante el recurso extraordinario por arbitrariedad no implica abrir juicio sobre la solución que en definitiva corresponda adoptar en el caso a los jueces ordinarios de la causa.

Sin embargo, a partir de todo lo desarrollado anteriormente, se debe analizar cuidadosamente la razón de la invalidación de dicho fallo. La misma no fue basada en las típicas circunstancias que habilitan la calificación de arbitrariedad, como: omisión de la consideración de argumentos, pruebas o agravios de las partes; interpretación irrazonable de elementos de juicio de la causa; apartamiento u olvido del texto de la ley; interpretación irrazonable o excesivamente lata de las normas en juego, entre otras.

Aquí, la Corte adujo en el caso “Preiti<sup>18</sup>” que resulta incongruente y auto-contradictorio el criterio del Tribunal de Segunda Instancia de juzgar ajenas a la actividad propia del servicio de telecomunicaciones las tareas de instalación y reparación de líneas telefónicas. Afirmaron que dicho criterio no fue el resultado de un

---

<sup>18</sup> CSJN, “Preiti Pantaleón Luján y otro c/ ELEMAL SA y otra”, Recurso de hecho, sentencia del 20/8/2008 - P 1897 XL

examen particular de una causa en concreto, sino que constituyó una reflexión general aplicable a una serie de supuestos iguales o similares.

Sin olvidar que la Sala VIII había aludido a la pauta jurisprudencial fijada en el caso “Rodríguez”, se debe tener en cuenta que la Corte no se expidió sobre estas consideraciones en el momento de dictar su fallo. No obstante, la mayoría del Alto Tribunal anuló esa sentencia, lo que quizás constituye un modo implícito pero bastante claro de demostrar que estos cuatro magistrados se mantenían disconformes con aquella opinión.

En resumen, el fallo de la Corte no expresó que el decisorio recurrido haya hecho una aplicación incorrecta, en el caso concreto, de la doctrina; sino que descalificó como válida una sentencia que afirmó que la reparación de líneas telefónicas no generaba la responsabilidad vicaria del artículo 30 de la LCT de la empresa dedicada a las telecomunicaciones, ya que entre ambas empresas no se había conformado una unidad técnica o de ejecución ni se había delegado una actividad que la contratante efectuara en su propio establecimiento.

De este modo, se puede advertir un cambio sustancial de pensamiento sobre el tema, el cual debe aprenderse y considerarse con cuidado para los próximos pronunciamientos del Tribunal. Esto es de extrema importancia ya que las doctrinas van cambiando a lo largo del tiempo, y son estos hitos puntuales que producen dichos cambios.

Quizás el caso “Preiti” constituya un supuesto muy peculiar. No obstante, el pronunciamiento que realizó la Corte a partir de él puede significar también una nueva línea de conducta fijada. De ser así, esta decisión es de gran trascendencia, y puede esperarse para próximos pronunciamientos (Maza, 2008).

No obstante, el caso Preiti no fue el primero de esas características. Desde la década del '90 se conocía el caso “Di Tullio<sup>19</sup>”, en el cual se pronunció por mayoría en sentido favorable a la pretensión de responsabilizar solidariamente a una empresa privada en su carácter de continuadora de la explotación de un servicio que había estado en manos de una empresa estatal. Concretamente, se confirmó la sentencia de cámara que había mantenido un embargo trabado sobre un bien de propiedad de la empresa

---

<sup>19</sup> CSJN, “Di Tullio c/ Compañía Telefónica Argentina S.A.” sentencia del 17/2/96 (Fallos 319:3071).

Telefónica de Argentina S.A., medida que había sido solicitada por la ejecutante de un crédito de naturaleza laboral devengado contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

En dicho caso, el Tribunal entendió que en el marco de las privatizaciones llevadas a cabo mediante la ley de emergencia número 23.696, el legislador quiso que los trabajadores no dejaran de estar amparados por las instituciones del derecho del trabajo.

En este caso sí había mediado la transferencia de un establecimiento, ya que el procedimiento para concretar la privatización consistió en la constitución de sociedades anónimas a las que se transfirieron todos los derechos. Además, la empresa privada constituyó su patrimonio con una universalidad de hecho escindida de la que antes había pertenecido al ente estatal y sucedió a éste en la prestación del servicio público. Así, las sociedades licenciatarias tenían una acción de regreso contra el Estado Nacional, puesto que el objeto de los contratos públicos debe adecuarse a lo establecido en las leyes del Congreso, y por otra parte, el estado se halla sometido al principio de legalidad, el cual se habría visto vulnerado si se hubiese desconocido la existencia de la solidaridad a la que se hizo mención.

Pero como se mencionó anteriormente, se conoce que desde fines del 2002 se dio un proceso de renovación en la Corte Suprema a partir del cambio de la mayoría de sus miembros. En materia del art. 30 de la LCT, la Corte dictó diversos pronunciamientos significativos a partir del año 2004. Éstos implicaron una variación del enfoque con que hasta entonces se había expedido en relación con los supuestos de subcontratación, descentralización o tercerización.

Algunos de los nuevos fallos concordaron en poner bajo el abrigo de la tacha de arbitrariedad a las decisiones por las cuales en las instancias anteriores se había establecido con cierta amplitud de criterio la responsabilidad solidaria.

Uno de ellos fue el caso “Preiti” abordado anteriormente. En él, la Corte incurrió para descalificar como arbitrario un pronunciamiento que había rechazado la responsabilidad solidaria. Si bien los argumentos no fueron directamente contra la cuestión jurídica susceptible de abarcar otros casos, se refirieron a la inconsistencia argumental del fallo. Por lo tanto, se esbozó una tendencia jurisprudencial proclive a no



admitir la liberación de la responsabilidad de aquellos terceros estrechamente vinculados al ámbito de actuación empresarial de los empleadores formales.

Sin embargo, es preciso abordar otro caso que resulta de interés en cuanto a la presente temática. Es el caso “Robledo”. En él, se evidencia la opinión de tres jueces (Petracchi, Maqueda y Zaffaroni) para quienes la cámara no apoyó en fundamentos válidos la conclusión de que no mediaba una contratación de servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento al que alude el artículo 30 de la LCT., respecto de la Asociación Círculo Militar. Los jueces aludidos cuestionaron que se asentara como premisa que la situación prevista por la ley modula sobre el supuesto básico de la existencia de un establecimiento, preexistente al negocio, en virtud del cual aparece la figura del contratista; y que son los trabajos y servicios realizados en él los que pueden constituir el objeto de la contratación.

Finalmente, el fallo más relevante emitido por la actual composición del Máximo Tribunal en esta materia es el de “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero S.A. y otros”. En este caso, la Corte descalificó el pronunciamiento de cámara, desarrollando consideraciones significativas, ya que hizo referencia a la exigencia de fundamentación de los fallos y los alcances de su revisión cuando los mismos resuelven temas ajenos a la instancia federal.

La cámara había confirmado la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la pretensión de extender la responsabilidad solidaria pretendida con base en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Sus fundamentos fueron:

En primer lugar, consideraron impropio del cometido jurisdiccional de la Corte en el marco de un recurso extraordinario, formular una determinada interpretación de la norma citada, dado el carácter común que ésta posee; y que la intervención del Tribunal en materia de derecho común no tiene como objeto sustituir a los jueces de la causa en temas que le son privativos, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales.

En segundo lugar, que la Cámara se atuvo a la inteligencia que el Máximo Tribunal dio a la mencionada norma en “Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros”. De este modo, la decisión de aquel no se apoyó en un criterio propio sobre la interpretación y alcances del antedicho precepto, sino que se redujo a un estricto apego a una doctrina mayoritaria. Más aún, la misma es

considerada por la Corte como inconveniente para habilitar la instancia y asentar la exégesis de normas de derecho no federal, en este caso el artículo 30 de la LCT.

La disidencia fue expresada por la jueza Argibay, quien consideró que el fundamento dado por la cámara en el caso resultaba suficiente para poner al fallo al abrigo de la tacha de arbitrariedad.

En suma, el caso “Benítez” parece haber sido un intento de la Corte de marcar un punto desde el cual pueda apreciarse con cierta claridad un antes y un después en la incursión por parte del Tribunal en temas no federales. Y precisamente, parece haberlo querido hacer a partir de los alcances del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, y a las facultades de los jueces de la causa para interpretar con mayor o menor amplitud la configuración del presupuesto de aplicación de dicha norma (Fera, 2012).

Como resultado, se considera que la regla debe ser el respeto por parte de la Corte, de la interpretación y aplicación que hagan los jueces de la causa de los hechos y el derecho involucrados en cada caso. Mientras tanto, la excepción será la revisión de la coherencia en el razonamiento y la adecuada respuesta fáctica y jurídica plasmada en el fallo recurrido, sin importar si se trató de una condena o de una absolución a la empresa cuya responsabilidad se discuta.

A partir de dicha nueva perspectiva, el Máximo Tribunal resolvió más recientemente otros casos que involucraron la aplicación del artículo 30 de la LCT. Ellos son las causas “Scholles<sup>20</sup>”, “Batista<sup>21</sup>” y “Sinchicay<sup>22</sup>”.

La primera fue resuelta el 2 de marzo de 2011. En ella, la Corte dejó sin efecto una condena solidaria dictada, con fundamento en que se omitió dar tratamiento en la instancia anterior a los agravios formulados respecto de la inclusión de los créditos surgidos de periodos anteriores y propios de la cesionaria, fechas en las que la condenada no tenía vínculo con la codemandada y su dependiente.

La segunda fue resuelta el 9 de marzo de 2011. El Tribunal consideró atendible un planteo efectuado por una condenada solidaria. Aquí dejó sin efecto la sentencia recurrida, señalando la omisión de tratamiento por parte de la cámara de lo atinente al

---

<sup>20</sup> CSJN, “Scholles, Néstor Fabián c/ Meis S.R.L. s/ quiebra”, Sentencia n° S. 110 del 02/02/2011

<sup>21</sup> CSJN, “Batista, Heraldo Antonio y otro c/ Parrucci, Graciela y otros s/despido” sentencia del 09/03/11

<sup>22</sup> CSJN, “Sinchicay, Mónica Fabiana y otro c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, Recurso de Hecho, sentencia n° S. 6 del 15/03/11

cumplimiento del control de las obligaciones laborales a la luz del texto legal aplicable a cada caso.

Finalmente la causa “Sinchicay” fue resuelta el 15 de marzo de 2011. En ella, la Corte dejó sin efecto un fallo de la Sala VII de la CNAT que había condenado solidariamente al Grupo Bapro S.A. y Provincia Servicios de Salud S.A. Para llevar a cabo esta decisión, el Tribunal entendió que en la sentencia de cámara no se había formulado ninguna alusión alguna a la hipotética relación jurídica que la primera de las sociedades nombradas pudo haber entablado con la demandada o con la segunda.

En el año 2012, la Corte reforzó la idea de la necesaria evaluación fáctica que es preciso efectuar en cada supuesto particular que se presente. Esto se evidenció en la causa “Fiat Concord S.A. (16.778-I) c/ DGI<sup>23</sup>”, resuelta el 6 de marzo de dicho año. Aquí, la Corte señaló expresamente que en el supuesto de las sociedades que integran un conjunto económico, podrían existir modalidades comerciales peculiares; las mismas deben ser contempladas mediante una exhaustiva ponderación. Sin embargo, este examen no corresponde en principio al Tribunal.

En base a todos los fallos descriptos a lo largo del presente capítulo, se puede concluir que existe un campo abierto para el desarrollo jurisprudencial en la materia que ocupa a este trabajo. Esto debe ser llevado a cabo por los tribunales, encargados de definir en primera o segunda instancia ordinaria los alcances de los hechos y el derecho aplicable a las diversas situaciones de tercerización. Es de esperarse que el desarrollo de esa doctrina judicial se enriquezca con las distintas perspectivas de análisis; y que la actuación de la Corte se limite a habilitar la instancia federal sólo en situaciones excepcionales que provoquen una afectación directa y específica de un derecho previsto en nuestra Constitución (Fera, 2012).

---

<sup>23</sup> CSJN, “Fiat Concord S.A. (16.778-I) c/ DGI”, sentencia del 06/03/2012 (Fallos: 335-131).

## **Capítulo V: Ventajas y Desventajas de la Tercerización Laboral**

La subcontratación es una de las formas de tercerización más antigua y de las más utilizadas. No obstante, es también la que más dificultades técnicas plantea.

### **V.1 Ventajas y Desventajas para las Empresas**

Para las empresas usuarias, el trabajo bajo régimen de subcontratación suele ser beneficioso ya que suele provocar un aumento de la competitividad y la eficiencia de sus empresas. Esto se da por la especialización de la empresa subcontratista o porque ocasiona menores costos laborales. En muchos casos, suceden ambas.

Para los intermediarios o subcontratistas, este régimen los beneficia debido a que la subcontratación de mano de obra forma parte del núcleo de su negocio, permitiéndoles obtener un beneficio de la diferencia entre los pagos que reciben de las empresas usuarias y los que otorgan a los trabajadores.

No obstante, existen ciertas desventajas. Las mismas se visualizan principalmente en las empresas usuarias, debido a la gran posibilidad de que los trabajadores estén menos capacitados, y también pueden ser más inestables y menos dedicados a su trabajo. Como consecuencia, la calidad y productividad pueden verse gravemente afectadas.

De todos modos, también existen algunos casos en los que la subcontratación responde a esfuerzos reales de modernización productiva, lo que implica quizás progresos en la calidad del trabajo, a pesar de requerir esfuerzos de adaptación para los trabajadores (Uriarte y Coteluzzo, 2009).

### **V.2 Ventajas y Desventajas para los Trabajadores**

Ante una situación de exceso de mano de obra y de escasez de puestos de trabajo, el régimen de subcontratación puede aparecer como una oportunidad que permite a los trabajadores acceder a un puesto de trabajo.

Además, para aquellos individuos que buscan un trabajo menos rígido, la labor en régimen de subcontratación en ciertas actividades suele aparecer como un instrumento de flexibilidad que les permite la compatibilidad entre sus aspiraciones personales y las exigencias del mercado de trabajo.

Por otra parte, la subcontratación abre la posibilidad para algunos trabajadores de obtener un trabajo fijo en las empresas usuarias. Esto ocurre porque dichas empresas suelen recurrir a trabajadores subcontratados para cubrir puestos en sus plantillas debido a que ya han podido evaluar su desempeño.

Para aquellos trabajadores por cuenta propia, el régimen de subcontratación se vuelve beneficioso porque en algunos países, con él pagan menos impuestos sobre la renta y así evitan las deducciones salariales, obteniendo un salario neto mayor. No obstante, esta es una ventaja que rara vez ocurre, porque el nivel salarial y las condiciones de trabajo de los subcontratados suelen ser muy inferiores a aquellos de los trabajadores de planta.

En lo respectivo a las desventajas, la más grave de ellas refiere a la ausencia de protección adecuada que habitualmente padecen quienes trabajan bajo un régimen de subcontratación en comparación con aquellos trabajadores directamente empleados.

El empleo de los trabajadores subcontratados es menos seguro que el de aquellos que pertenecen a la plantilla. Sus jornadas laborales suelen ser más largas debido a que su remuneración se basa, por lo general, en lo que producen; además, su salario suele vincularse a labores específicas. Asimismo, suelen estar excluidos del ámbito de aplicación de normas que conceden distintos beneficios laborales.

En materia salarial, la remuneración percibida por los trabajadores en régimen de subcontratación es, en casi todos los casos, inferior a la que se les paga a los trabajadores permanentes. Por lo general, no existen reglamentaciones sobre sus salarios mínimos, y cuando las hay, no suelen ser aplicables a ellos por ser considerados empleados por cuenta propia.

Además, la ambigüedad de las responsabilidades en el cumplimiento de las condiciones de trabajo, sumada a presión del trabajo y a la ausencia de formación, convierte al trabajo en régimen de subcontratación en una zona de alto riesgo para el

acaecimiento de accidentes laborales y el surgimiento y diseminación de enfermedades profesionales.

Por otra parte, las tasas de sindicación entre los trabajadores subcontratados son a menudo más bajas que las verificadas entre trabajadores permanentes, debido a la propia naturaleza de este tipo de relación laboral.

Para los trabajadores en régimen de subcontratación cuyo estatuto como empleados no queda claramente definido, puede tornarse sumamente dificultoso el acceso a la protección de sus derechos en los procesos judiciales. Esto ocurre porque si no son considerados trabajadores, podrían no beneficiarse del procedimiento judicial laboral ni de la intervención de la justicia especializada.

A raíz de todo ello, el crecimiento de la subcontratación ha causado una alarma para los sindicatos. Las oposiciones más radicales suelen venir de aquellos sindicatos que representan a los trabajadores menos retribuidos y, en consecuencia, más vulnerables. Otra preocupación radica en la fragmentación de las relaciones de trabajo y el descenso verificado en la afiliación de los sindicatos como consecuencia de la subcontratación.

De este modo, la tarea de los sindicatos se ve obstaculizada por el hecho de que su influencia en las empresas de subcontratación es muy escasa. Es así ya que resulta difícil reclutar y mantener afiliados en dichas empresas e incluso en algunos casos, no se verifica una clara identificación o solidaridad entre los trabajadores principales o directos y los tercerizados o subcontratados (Uriarte y Colotuzzo, 2009).

Así, los trabajadores pueden ver amenazados sus derechos más básicos como empleados. En cuanto al ordenamiento protectorio laboral constitucional, el método de tercerización podría causar una falta de cumplimiento de las condiciones dignas y equitativas de labor, la igual remuneración por igual tarea, la protección contra el despido arbitrario, y la estabilidad de cada trabajador en su puesto de trabajo. Esto es así porque al no estar determinada específicamente la responsabilidad de cada una de las partes de la tercerización, podrían darse las circunstancias en que no haya quien responda ante el trabajador en situaciones de conflicto, por ejemplo si se efectuara un despido o un accidente de trabajo.

### **V.3 La Tercerización Laboral desde el punto de vista de Juristas y especialistas Laborales**

Ya se ha analizado previamente el caso de Ermida Uriarte y Natalia Coteluzzo (2009), para quienes la tercerización es una nueva forma de organizar la producción, en conjunto con el surgimiento de nuevas formas de empleo. Desde su punto de vista, es contemporánea de determinados fenómenos de eventualización, precarización y segmentación del mercado de trabajo.

No obstante, los defensores de la tercerización sostienen que es más eficiente recurrir a una relación contractual civil en la cual la persona contratada se obligue a un resultado y asuma los riesgos de su actividad, como si fuera una empresa independiente, quedando así al margen de la protección laboral.

Algunos teóricos de Centroamérica afirman que la tercerización es una estrategia empresarial construida con el objeto de responder al modelo de organización del trabajo, propio del desarrollo de la globalización bajo las estrategias neoliberales. (Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011)

Alejandro Argueta expresó en el 2010 que la tercerización responde a fenómenos económicos y políticos. En el ámbito económico, se sostiene que es el desarrollo de las fuerzas productivas que permite la expansión del proceso de globalización, específicamente en cuanto a tecnología e informática. Mientras tanto, en el ámbito político, es la estrategia neoliberal la que desregula y corrompe el sistema de protección de los trabajadores. La mezcla de estos fenómenos en combinación con un gobierno que ocasiona un estado ausente, producen la deslocalización de países desarrollados hacia nuestras economías, teniendo como única atracción la precarización del empleo en nuestros países. Por tanto, la tercerización se vuelve inaceptable. (Alejandro Argueta, 2010 - entrevista en texto de Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011)

Mientras tanto, Enrique Torres afirma que el proceso de tercerización es la inclusión de empresas extrañas a las principales en el proceso productivo o de ventas, el cual constituye el eje principal de la empresa; por lo tanto aparecen como terceros. Se trata de tareas de diversos tipos, con el objeto de ahorrar dinero. No obstante, Torres manifiesta que a veces resulta incluso más caro. Por ende, el verdadero propósito es

aislar y perjudicar a los trabajadores organizados que tienen dicha actividad, a fin de que se muestren innecesarios y puedan ser despedidos fácilmente en procesos de reorganización de personal (Enrique Torres, 2010 – entrevista en texto de Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011)

Con él coincide el punto de vista de Salvador Espinoza, asesor laboral de la CUTH de Honduras. En su opinión, la tercerización se da con el objetivo de diezmar la capacidad organizativa de los trabajadores. Es un fenómeno que va sumando relevancia a lo largo de América Latina, aplicado precisamente por patrones para diezmar la organización sindical y convertir actividades de naturaleza permanente en actividades de carácter temporal. (Salvador Espinoza, 2010 - entrevista en texto de Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011)

Adrián Meza Soza, laboralista y académico de Nicaragua, plantea que la tercerización del empleo es una forma de contratación de la fuerza de trabajo, aunque con una particularidad. Una empresa principal acuerda con una empresa secundaria, para que ésta sirva de intermediaria permanente entre aquella y los trabajadores, empleados o funcionarios a cuyo servicio se colocan. De este modo, la relación laboral directa se da entre los contratados y la empresa tercerizada. (Meza Soza, 2009 – exposición sobre tercerización del empleo en texto de Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011).

Desde la visión política de la dirigencia sindical, se puede citar a Ismael Salinas, para quien la tercerización es un instrumento que utilizan los empresarios, grupos explotadores de mano de obra, para evadir responsabilidades de carácter social para los trabajadores. (Salinas, 2010 - entrevista en texto de Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011).

Para Carlos Mansilla, la tercerización es un concepto surgido a partir de la globalización, el cual se ha venido implementado en los últimos tiempos. El mismo consiste en la subcontratación de pequeñas empresas dentro de las grandes empresas, para así obviar las responsabilidades laborales mientras se realiza el trabajo (Mansilla, 2010 - entrevista en texto de Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011)

Luis Barbosa considera la tercerización como la nueva modalidad que utiliza el capital para evadir la responsabilidad social empresarial y la responsabilidad que tiene



ante el Estado de pagar sus impuestos. Ello se da en todas partes del mundo, incluso en algunos países desarrollados donde se ha desmejorado la situación económica. (Barbosa, 2010 - entrevista en texto de Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011).

Para Rafael Abreu, la tercerización es un fenómeno que está ocasionando graves daños a la posibilidad de desarrollo del movimiento sindical. Él realiza un análisis de la República Dominicana, donde se han tenido diversas prácticas en los tribunales en los que tomó años definir la figura del empleador. Así ocurrió en el caso de Shell, cuyos trabajadores permanecieron años en conflicto debido a este fenómeno, hasta llegar a condiciones de vida muy malas como consecuencia de dicho problema (Abreu, 2010 - entrevista en texto de Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e ISACC, 2011).

Los autores citados previamente expresan claramente su posición en contra del fenómeno de la tercerización debido a los conflictos que surgen a partir de los fraudes que suelen surgir del uso de este recurso. Para ellos, se trata de una forma de evadir las responsabilidades de las empresas con sus trabajadores, llevando a una precarización de sus condiciones laborales.

No obstante, existen autores que se manifiestan a favor del uso del recurso de la tercerización.

Entre ellos puede citarse a José Antonio Romero (2010). Este licenciado en administración de empresas, proveniente de Venezuela, considera la tercerización como parte de un movimiento amplio de la sociedad para la conformación de un mundo más productivo y menos derrochador, ya que es un fenómeno que plantea a las gerencias retos de relaciones humanas, pudiendo afectar a cualquier empleado o gerente que no se encuentre dentro de las “ventajas competitivas” de las grandes empresas.

Desde su punto de vista, la tercerización es la respuesta al interrogante que se plantean todos los empresarios con el objeto de proporcionar un mejor servicio a los clientes: ¿fabricar o comprar? De este modo, la tercerización combinada con otras técnicas, logra crear un ambiente sofisticado totalmente nuevo en el cual se inserta la relación cliente – proveedor. A través de dicha relación, se busca una cooperación intensa entre ambos, en la cual los proveedores adoptan los mismos sistemas que los clientes, de manera que pueden proporcionar una mejor relación laboral.

Según Romero, la tercerización es una técnica innovadora de administración, la cual consiste en la transferencia a terceros de ciertos procesos complementarios que no forman parte del giro principal del negocio, lo cual permite la concentración de los esfuerzos en actividades esenciales de la empresa principal, a fin de obtener competitividad y resultados tangibles.

La técnica estaría fundamentada en un proceso de gestión que implica cambios estructurales de la empresa en aspectos fundamentales como la cultura, procedimientos, sistemas, controles y tecnología. El objetivo principal es obtener mejores resultados concentrando todos los esfuerzos y energía de la empresa principal.

Además, Romero considera que la subcontratación de servicios busca agilizar y economizar los procesos productivos para el cumplimiento eficiente de los objetos sociales de las instituciones, de modo que las empresas se centren en lo que les es propio.

Por otra parte, Romero considera que la tercerización también implica un fomento para la apertura de nuevas empresas con oportunidades de oferta de mano de obra, restringiendo en cierto modo el impacto social del desempleo.

De este modo, la importancia de la tercerización radicaría en que dicho fenómeno pretende concentrar los esfuerzos de la compañía en las actividades principales del giro de negocios. Así, se pretendería otorgar mayor valor agregado para los clientes y productos mediante agilidad y oportunidad en el manejo de los procesos transferidos, a la vez que se conseguiría una reducción de los tiempos de procesamiento, e incluso en la mayoría de los casos, implicaría una reducción de costos y de personal, potenciando los talentos humanos.

No obstante, el autor aclara que la elaboración de los contratos que consistan en una tercerización es muy compleja, puesto que debe establecer claramente las responsabilidades de ambas partes en cualquier aspecto, no sólo del nivel de servicio actual sino también del nivel de servicio futuro.

Según el autor, existen algunos elementos condicionales para el uso de la tercerización laboral.

Por un lado, en el ambiente estratégico de la empresa, existe la necesidad natural de poseer un conocimiento amplio por parte de los funcionarios sobre el nuevo sistema de gestión, el cual implica la difusión en toda la organización de la estrategia, misión, visión, objetivos y metas de la empresa. De no existir, la aplicación del proceso de tercerización no se daría correctamente. Además, deben revisarse los objetivos, políticas y directrices para que la empresa, en caso de conflicto, se encuentre apta para establecer una relación de confianza entre empleados y empleadores en todos los niveles jerárquicos y puestos de trabajo.

Por otro lado, en el ambiente organizacional, la empresa se verá inmersa en un proceso de adaptación al nuevo control interno de los sistemas de información gerencial, a través de un mayor soporte y calificación de datos para la toma de decisiones. Es por ello que Romero afirma que debido a dichos cambios en la estructura funcional, se producen alteraciones en las normas, sistemas y métodos operacionales, los cuales deben ser revisados frecuentemente para soportar los cambios ocasionados por la tercerización.

En el ámbito económico, se necesita una revisión continua de los costos de producción, distribución, comercialización y costos generales de actividades administrativas internas, ya que los cambios en ellos provocados por el proceso de tercerización repercuten directamente en la estructura administrativa-operacional de la empresa.

A su vez, debe existir un ambiente encaminado a la revisión de precios y tarifas de los productos o servicios de la organización, considerando la participación e influencia directa o indirecta de las actividades tercerizadas para la determinación final de los mismos.

Finalmente, en el ambiente social, Romero considera que la tercerización muchas veces lleva a la apertura de nuevos negocios en diversos sectores del mercado, especialmente en el de los servicios. Ello afecta al tópico del empleo, el cual debe considerarse desde el punto de vista de la revisión de las funciones. Dicha tarea le corresponde a la gerencia, la cual debe delimitar las consecuencias de este proceso abordando, por un lado, el aspecto social de los despidos. Deben buscar la manera de facilitar el proceso junto a funcionarios, intentando siempre el acogimiento en forma

parcial o total de los mismos, ya que pueden convertirse en colaboradores de la nueva empresa.

Por otro lado, el movimiento interno funcional dará la posibilidad de aprovechar la mano de obra disponible en áreas tercerizadas. Esta situación se facilita porque los ex empleados conocen la cultura y filosofía de la empresa.

Sin embargo, en opinión de Romero, si todos estos aspectos son analizados y tratados correctamente, la tercerización logra otorgar diversos beneficios en muchos aspectos del ámbito laboral y empresarial.

## **Conclusiones**

Las circunstancias reseñadas no dejan dudas de la falta de precisión de los cuerpos legales de los que dispone Argentina, en materia de regulación del fenómeno de la tercerización laboral. A partir de la investigación realizada, y de la lectura de diversos autores que se han especializado en el Derecho del Trabajo, se ha arribado a las siguientes conclusiones.

El artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo se encuentra desactualizado, mientras que presenta una grave insuficiencia para otorgar a los trabajadores su debida protección. Es así porque responde a un paradigma de producción que ha dejado de ser central en el actual modelo económico, y además se enfoca en un aspecto limitado de este fenómeno, mientras que en la realidad, pueden originarse múltiples situaciones a partir de la tercerización.

La concepción de “actividad normal y específica propia del establecimiento” es la clave de diversas discusiones y conflictos, tanto en Argentina como en muchos otros.

Por lo tanto, resulta indispensable una modificación del ordenamiento jurídico de la Nación, que pueda regular eficazmente los deberes de conducta de quienes contratan y subcontratan en cuanto a la exigencia del cumplimiento de disposiciones laborales y de seguridad social. Para ello, es fundamental llevar a cabo una conceptualización clara del eje de la responsabilidad.

Por otro lado, también se hace indispensable determinar las características que debe tener el objeto de una empresa, debido a que es la clave para determinar si la externalización o tercerización resulta o no indispensable para lograr los fines de la misma.

Para ello, se hace necesario tener en cuenta la jurisprudencia, que ha intentado elaborar las conceptualizaciones e interpretaciones necesarias para llenar el vacío legal provocado por la carencia de precisión en los mencionados términos.

Asimismo, es importante destacar la necesidad de llevar a cabo una sistematización precisa de los llamados “contratos de empresa”, a la vez que se mantenga la lógica de protección para los trabajadores. De este modo, sería importante replantear las normativas con las que el país se rige en este momento, aunque desde la

perspectiva de la extensión de la responsabilidad en las diversas formas de tercerización, especialmente en referencia a las deudas salariales.

Además, sería óptima la creación de una norma que imponga criterios de igualdad para los trabajadores empleados bajo regímenes de subcontratación y aquellos empleados permanentes de las empresas usuarias.

Esto es así porque resulta claro que el ejercicio directo e inmediato del poder de dirección del empleador ya no es la única manera de conseguir el aprovechamiento del esfuerzo ajeno. Los diversos procesos de tercerización dieron lugar al surgimiento de nuevas formas de organizar las actividades empresariales, a través de las cuales se consigue mantener el control global de procesos de producción, a la vez que se elude la configuración de un vínculo laboral con quienes realizan las tareas que los comprenden.

Este tipo de fenómenos aumenta las posibilidades de la existencia de fraudes en la posición del empleador. Por ello, la tercerización de actividades productivas aumenta la inseguridad y la inestabilidad, a la vez que reduce las garantías que las normas laborales se han dispuesto a otorgar a los trabajadores en el marco de una relación de dependencia. De este modo, se los somete a trabajos precarios e inseguros.

Frente a semejante problemática, se torna fundamental para el Derecho del Trabajo, la articulación de respuestas al desafío que se presenta por la existencia de la tercerización laboral. Prohibir este tipo de relaciones laborales se haría ineficiente ya que es un sistema que se ha difundido en todo el planeta a ritmos cada vez más rápidos. Por lo tanto, la mejor manera de enfrentar las acciones fraudulentas surgidas de estos procesos, es garantizar la tutela de la posición jurídica de los trabajadores que forman parte de ellos. En consecuencia, es importante la elaboración de un cuerpo legal que proteja eficazmente a las partes intervinientes en este fenómeno, no sólo en aquellas situaciones en que existe intención de perjudicar al trabajador, sino en todos los casos en los que objetivamente exista la posibilidad de tal perjuicio o riesgo.

Teniendo todo ello en consideración, se plantea una reforma al artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, que se guíe por los siguientes lineamientos, que se desarrollarán a continuación. Las soluciones posibles deben estar orientadas, tanto a nivel doctrinal como normativo, a una recomposición dogmática de la noción de empleador. Desde este punto de vista, se deben considerar las nuevas realidades

generadas a partir de los procesos productivos y las nuevas formas de organización empresarial. Es importante este punto porque se debe interpretar al empresario principal como el verdadero beneficiario del uso de la tercerización, y el destinatario final del trabajo prestado. Si se especifica precisamente su figura en la ley, se supera el riesgo de insolvencia del contratista, intermediario o suministrador de mano de obra, a la vez que el trabajador tendría a quien recurrir en caso de tener que reclamar. Paralelamente, al tener todos los trabajadores un mismo empleador, se fomentaría a un trato más equitativo entre ellos.

A su vez, se debe establecer por ley, la responsabilidad solidaria de todo patrón o empresario que tercerice total o parcialmente sus actividades. Desde este punto de vista, tanto el empleador interpuesto como el empleador final serían responsables del pago de las obligaciones laborales contraídas por sus relaciones laborales con los trabajadores.

Por otra parte, es importante imponer por ley el principio de igualdad de trato entre trabajadores tercerizados y aquellos permanentes de la empresa principal. Así, se mejorarían las condiciones laborales de aquellos trabajadores en régimen de subcontratación.

Finalmente, la reforma de los cuerpos legales argentinos en cuanto a la presente temática, deben contemplar las instituciones básicas del Derecho del Trabajo, instaurándolas para toda prestación de trabajo, ya sea éste subordinado o autónomo. Para ello, se debe aplicar en todos los casos la primacía de la realidad por sobre las formas jurídicas, siempre que éstas sean menos favorables al trabajador.

## **Listado de Referencias Citadas y Consultadas**

### **Notas**

- Álvarez, Eduardo (2012) Tercerización, Descentralización productiva y Derecho de Trabajo. Revista Derecho del trabajo, (1), 3 –18.
- Ciampa, Gustavo A (2012) Apuntes para una reforma del art 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Revista Derecho del Trabajo, (1), 19-33.
- Gómez, Ingrid Carolina (2007) Una revisión a la luz de las nuevas condiciones de trabajo, Salud Laboral, (5177) 1-10.

### **Bibliografía**

- Álvarez, Eduardo (2012): “*Tercerización, Descentralización productiva y Derecho de Trabajo*”, en Revista Derecho del trabajo.
- Burgio, Gustavo A (2009): “*La solidaridad, en el Derecho de Trabajo ¿quietus o inquietus?*”, Buenos Aires. Ed. La Ley.
- Ciampa, Gustavo A (2012): “*Apuntes para una reforma del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo*”, en Revista Derecho del Trabajo.
- Fera, Mario S. (2012): “*Consideraciones sobre la extensión de responsabilidad por tercerización a partir de los fallos del Máximo Tribunal de la Nación*”, en Derecho del Trabajo, Infojus, Buenos Aires, Argentina.
- García Vior, Andrea E & Rainolter, Milton A (2008): “*Solidaridad laboral en la Tercerización*”, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- Goldin, Adrian (2007): “*Los Derechos sociales en el Marco de las Reformas Laborales en América Latina*”, (1º ed). Ginebra, Suiza. Ed. Organización Internacional del Trabajo.
- Gómez, Ingrid Carolina (2007) “*Una revisión a la luz de las nuevas condiciones de trabajo*”, en Salud Laboral.
- Hierrezuelo, Ricardo Diego (2008): “*Supuestos atributivos de responsabilidad (art. 30 LCT). Algunas reflexiones en torno a los conceptos*



*de cesión, contratación y subcontratación*”, en Solidaridad Laboral en la Contratación y Subcontratación de Servicios, Buenos Aires, Argentina.

- Hierrezuelo, Ricardo Diego y Núñez, Pedro F (2008): “*Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*”, 2da edición, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- Mansilla, Alberto (2010): “*Solidaridad del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, Naturaleza y Limitaciones*”, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- Maza, Miguel Ángel (2008): “*La corte y el artículo 30 de la LCT. Un nuevo e importante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y un nuevo hito en la interpretación del artículo 30 de la LCT*”, en Solidaridad Laboral en la Contratación y Subcontratación de Servicios, Buenos Aires, Argentina.
- Uriarte, Oscar Ermida & Coltuzzo, Natalia (2009): “*Descentralización, Tercerización, Subcontratación*”, Ed. Oficina Internacional del Trabajo, Lima, Perú.
- Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e Instituto Sindical para América Central y el Caribe (ISACC), (2011) “La tercerización del empleo y propuestas para regularla”, Managua, Nicaragua.

[Versión digital recuperada de: [http://www.pazysolidaridad.ccoo.es/ficheros/documentos/32\\_ISACC%20-%20Terciarizaci%F3n%20del%20empleo.pdf](http://www.pazysolidaridad.ccoo.es/ficheros/documentos/32_ISACC%20-%20Terciarizaci%F3n%20del%20empleo.pdf), consultado el 20 de mayo]

### **Legislación**

- Constitución Nacional Argentina art. 14 bis
- Ley Nacional de Contrato de Trabajo N° 20.744, art 30
- Proyecto de Ley N° de expediente 0887-D-2012, Modificación del art. 30 e incorporación del art 30 bis de la Ley de Contrato de Trabajo.
- Recomendación N° 198, Organización Mundial del Trabajo.

**Jurisprudencia**

- CSJN, “Rodríguez Juan Ramón c/ Embotelladora Argentina S.A y Otro”- Ordinario Despido, (Sentencia 15/04/93) (Fallos 316:713) DT, 1993-A, 754.
- CSJN, “Benítez, Horacio Osvaldo c/ Plataforma Cero SA y otros”, Recurso de hecho, sentencia del 22 de diciembre de 2009
- CSJN, Fiorentino Roxana c/ Socialmed SA y otros 29/05/07.
- CNAT Sala II, “Romero Sergio c/ Firme Seguridad SA y otros”, s/despido, 22/04/08, Sentencia. 95690, Expte N° 3326/05.
- CSJN, “Preiti Pantaleón Luján y otro c/ ELEMAC SA y otra”, Recurso de hecho, sentencia del 20/8/2008 - P 1897 XL
- CSJN, “Luna, Antonio Rómulo c/ Agencia Marítima Rigel SA y otros” sent. de 2-VII-1993, consid. 8° in fine (Fallos: 316:1609)
- CSJN, “Gauna, Tolentino y otros c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros”, recurso de hecho, sent. de 14-III-1995 (Fallos 318:366)
- CSJN, “Méndez, Oscar Cleofé c/ Seven Up Concesiones S.A. y otra”, Sentencia n° M. 72. XXVI del 23/11/95 (Fallos: 318:2442)
- CSJN, “Dubo Pedernera, Carlos Alberto y otro c/ Jozami. Alfredo y otro”, del 15/5/01 (Fallos: 324:1595)
- CSJN, “Robledo Oscar Manuel c/Cordon Azul SRL y otros” del 11/08/2009.
- CSJN, “Batista, Heraldo Antonio y otro c/ Parrucci, Graciela y otros s/despido” sentencia del 09/03/11
- CSJN, “Sinchicay, Mónica Fabiana y otro c/ Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, Recurso de Hecho, sentencia n° S. 6 del 15/03/11
- CSJN, “Sandoval, Daniel Orlando y otro c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros”, 18 de julio de 1995, S. 592. XXVI. y S. 24. XXXI (Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo). (Fallos: 316:713)

- CSJN, “Segundo Rosas Escudero c/ Nueva A S.A. y otro”, Dictamen nº E. 119 del 14/02/2000 (Fallos: 323:2552)
- CSJN, “Barreto, Roberto Marcelo c/ Instituto Rosenbusch S.A. y otro”, Recurso de Hecho, Dictamen nº B. 473 del 09/11/2000.
- CSJN, “Di Tulio c/ Compañía Telefónica Argentina S.A.” sentencia del 17/2/96 (Fallos 319:3071)
- CSJN, “Scholles, Néstor Fabián c/ Meis S.R.L. s/ quiebra”, Sentencia nº S. 110 del 02/02/2011
- CSJN, “Fiat Concord S.A. (16.778-I) c/ DGI”, sentencia del 06/03/2012 (Fallos: 335-131)

### **Sitios web**

- Fundación Pro-humana: “¿Qué es la RSE?” Recuperado de: [http://www.prohumana.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=44&Itemid=60](http://www.prohumana.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=44&Itemid=60) , consultado el 17 de abril de 2013.
- Consejo Sindical Danés de la LO/FTF e Instituto Sindical para América Central y el Caribe (ISACC), (2011) “La tercerización del empleo y propuestas para regularla”, Managua, Nicaragua. [Versión digital recuperada de: [http://www.pazysolidaridad.ccoo.es/ficheros/documentos/32\\_ISACC%20-%20Terciarizaci%F3n%20de%20empleo.pdf](http://www.pazysolidaridad.ccoo.es/ficheros/documentos/32_ISACC%20-%20Terciarizaci%F3n%20de%20empleo.pdf)] Consultado el 20 de mayo de 2013
- Romero, José Antonio: “Outsourcing” (2010) [Versión digital recuperada de: <http://www.navactiva.com/es/descargas/pdf/amngm/outsourcing1.pdf> ] Consultado el 20 de mayo de 2013.