

Tercerización, descentralización productiva y Derecho del Trabajo

por **EDUARDO ÁLVAREZ**⁽¹⁾

I | Introducción. Conceptos. Desafíos y Verdades

Un fantasma recorre el mundo. El fantasma de la descentralización productiva. El Derecho del Trabajo ve conmovido uno de los conceptos básicos, sobre los cuales se estructuró como sistema regulador de las relaciones laborales: el concepto de empleador. La difundida y tradicional definición de la persona jurídica para la cual se prestaba el servicio, se realizaba la obra o se ejecutaba el acto, en el marco de la dependencia, como nota esencial, ha sufrido, al menos en el terreno fáctico, un sismo que se expande sobre aquel otro concepto, el de la empresa, más abarcativo, pero no menos esencial.

Nuestra disciplina, como lo hemos recordado en varias oportunidades⁽²⁾, nació y evolucionó en su lógica de protección en torno del modelo "taylorista-fordista" de organización productiva, que podría resumirse al extremo, afirmando, en un ejercicio de simplificación, que consistía en la integra-

(1) Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Ex- Juez Nacional de Primera Instancia del Trabajo, Profesor de Derecho del Trabajo de grado y post Grado. Profesor Invitado de la Universidad Complutense de Madrid; Profesor Invitado de la Universidad de Columbia EEUU, integrante del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, conformado por el Sr. Ministro de Trabajo de la Nación; autor de diversos libros y publicaciones de la especialidad, integrante del Comité Ejecutivo de la Revista Derecho del Trabajo de la Editorial La Ley.

(2) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, *Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina*, Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2008, p. 154.

ción, en un mismo ámbito, de todas las actividades y funciones necesarias para la realización de los productos o servicios. La empresa aparecía como una realidad tangible identificada con el resultado, en el que residía su finalidad lucrativa y estaba pensada como una organización vertical, en la cual la producción se llevaba a cabo en lo que se denominó "ciclo completo" y que reunía todas las etapas necesarias para convertir la materia en el bien que se entregaba al mercado⁽³⁾.

En esta tipología, que fue dominante no sólo en los albores del modelo capitalista, sino incluso en su desarrollo ulterior, constituyó un dato de la realidad trascendente para el diseño de un ordenamiento de regulación y tutela que tenía sujetos claros, identificables y en el que nadie dudaba cuál era el empleador y para quién trabajaba, en un proceso que, generalmente, se desarrollaba en su totalidad en un ámbito espacial determinado que constituía su escenario.

Esta modalidad, que se encontraba íntimamente vinculada a la evolución tecnológica correspondiente al período dilatado de que se trata, hizo emerger, como infraestructura dominante, un Derecho del Trabajo que ahora, desde el presente, denominaríamos tradicional y en el cual la tercerización era excepcional y se limitaba a aquellas tareas que se denominaban de "periferia", no esenciales y que se caracterizaban por su accesoriedad en el proceso de producción (limpieza, vigilancia, etc.).

La realidad descrita, la situación de tercerización pudo ser encauzada con eficacia con la creación de la figura del "contratista", "subcontratista" o "intermediario" que, disipada la común situación de fraude, fueron pensados jurídicamente como entes autónomos, que asumían riesgos propios, disponían de infraestructura, constituían una empresa en sí y contaban con un plantel de trabajadores dependientes, sin una vinculación

(3) Ver, al respecto, la interesante y profunda descripción llevada a cabo por Juan Rivero Lamas, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, en su informe en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de España, Zaragoza 28 y 29 de mayo de 1999, publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 28, p. 20 y ss.

contractual directa con aquello que se suele denominar, con imperfección, “el principal”⁽⁴⁾.

Las disposiciones legales referidas a la situación de referencia, tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado, de origen continental, tuvieron como elemento común la exigencia al empleador que tercerizaba de determinados deberes de conducta, como ser la comprobación del cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social y, en su caso, la imposición de responsabilidad solidaria, en aquellos supuestos en los cuales no se daba la hipótesis de excepcionalidad de la tercerización y esta se proyectaba o avanzaba sobre actividades esenciales de la empresa. El art. 42 del Estatuto de los Trabajadores Españoles y el art. 30 de nuestra Ley de Contrato de Trabajo, son la ejemplificación cabal de lo dicho.

En síntesis, el diseño histórico tradicional del Derecho del Trabajo se basó en la ya aludida estructura “Taylorista-fordista”, para la cual la tercerización devenía periférica, lateral y cuando se salía de cauce, ya fuera por avance sobre la actividad principal o por fraude, originaba una respuesta de extensión de responsabilidad por medio de la generalización legal de la solidaridad pasiva⁽⁵⁾.

Pero lo cierto es que la economía, nos guste o no, se ha transformado, con una lógica de mercado que nos obliga a repensar el esquema de protección del trabajador. Nuestro desafío como juristas reside en desarrollar

(4) Ver, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 154.

(5) Tal como lo advirtiera al dictaminar en el Fallo Plenario Nro. 323 en autos “Vázquez María Laura c/ telefónica de Argentina S.A. y otros s/ Despido” nuestra disciplina por motivos diversos e imaginables, que sería ocioso, reseñar ha tenido que lidiar con conductas, en su mayoría teñidas de antijuricidad, tendientes a desplazar el lugar del empleador por interposición de personas y a lograr que éste se transforme en un concepto desdibujado. Más allá de su genérico tratamiento común por razones históricas que he criticado y que se han difundido, tanto en la doctrina como en los documentos internacionales, no debe confundirse, desde el punto de vista científico, la tercerización y la descentralización productiva con la intermediación propiamente dicha. Sobre este último aspecto, nuestro país, y sin perjuicio de los avatares legislativos, ha seguido la posición de la Organización Internacional del Trabajo y el art. 29 de la Ley de Contrato de Trabajo optó por considerar que todo trabajador contratado por terceros con vista a ser proporcionado a una empresa, fuera considerado empleado directo de quién utilizase la prestación, estableciéndose una responsabilidad solidaria, cualquiera fuere el acto o estipulación fijado entre las partes. Es oportuno recordar, asimismo, que la Ley 24.648 ratificó el Convenio Nro. 26 de la OIT sobre agencias retribuidas de colocación y que el Decreto 1694/06, que derogó al Decreto 342/92, reglamentó los arts. 75 a 80 de la Ley 24.013 y estableció un intenso control administrativo unido a la solidaridad pasiva dispuesta por la ley.

esfuerzos creativos para mantener la tutela del dependiente y que no se convierta en una víctima de un proceso que ya no se puede encauzar en una normativa como la nuestra, que no está pensada para la segmentación productiva. El modelo de producción integrada ha sufrido una "explosión", originada por diversos factores. Rivero Lamas alude a un panorama en el que no fueron ajenas las crisis y los adelantos tecnológicos que impusieron cambio de las estrategias de organización con el objetivo de hacer frente a las mutaciones del mercado y a la necesidad de obtener ventajas competitivas. Lo esencial residió en la fragmentación del ciclo productivo y en la búsqueda de una diferencia competitiva a partir de lo que se ha denominado "competencias nucleares". La empresa ya no integra todo el ciclo en un espacio determinado y se limita a producir lo básico de su actividad y a externalizar (léase tercerizar) todas aquellas tareas que antes llevaba a cabo, aunque no sean una mera periferia. Se trata de lograr unidades productivas "escuetas", con redituabilidad intensa e imponer una estrategia organizativa basada en la subcontratación de todo aquello que no sea lo central. La utilización de este sistema organizativo hizo posible la reducción de la mano de obra y desplazó funciones que se llevaban a cabo en el seno de una misma empresa para contratarlas en un mercado que las ofrecía a mejor precio y que simplificaba la gestión. Se difundió aquello que fue dado en llamarse un "adelgazamiento de las estructuras organizativas", con el fin de lograr una redimensión y reducir el tamaño de infraestructura, no identificable con la rentabilidad, hasta el límite de las ya aludidas competencias básicas.

Aquello que el Derecho del Trabajo consideraba excepcional (el abastecimiento externo, la externalización, la tercerización) se convierte casi en una regla, sobre todo en los grandes emprendimientos empresarios y nuestra normativa, pensada para la subcontratación periférica sufre una crisis de falta de adaptabilidad que influye en su eficacia protectoria del trabajador. La expresión anglosajona "outsourcing", que terminó identificándose con el concepto mismo de tercerización, nació para describir la provisión externa de servicios informáticos, que se contrataban a empresas auxiliares, y el hecho de que ahora, en la ciencia del derecho, se utilice ese término para aludir a cualquier tipo de obtención de servicios, es una cabal demostración de cómo se ha difundido la producción en red⁽⁶⁾.

(6) El tema ha sido tratado con profundidad por JESÚS CRUZ VILLALÓN en "Outsourcing y relaciones laborales" publicado en *Descentralización Productiva y Nuevas formas organizativas*



En aras de resumir en una definición didáctica el concepto de descentralización y sus variados sinónimos (tercerización, externalización, outsourcing, triangulación externa, organización centrífuga, etc.) podríamos afirmar que se trata de una nueva forma de organizar el proceso productivo basada en una técnica de gestión que consiste en contratar a empresas externas (que obran como proveedores), las múltiples facetas o actividades de la empresa, que exceden el concepto de periferia al que ya hiciera referencia.

Tal como lo señalara en el "Informe sobre el Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales en la Argentina", redactado por el Grupo de Expertos, que tuve el honor de integrar en el marco de la Resolución Nro.520, suscripta el 1 de julio del 2005⁽⁷⁾, se configura así un sistema por el cual las empresas sólo conservan lo que podríamos denominar "la competencia nuclear", delegando en otras empresas aspectos de la producción que completan el resultado final. Se utiliza, entonces, la metáfora informática de "producción en red". El producto final ya no es un epílogo de toda una actividad organizada con unidad de gestión en un ámbito geográfico determinado, sino el resultado de la interrelación de varias empresas "magras", más allá de sus posibles dimensiones diferenciadas. En algunas facetas de la realidad económica ha sido tan intensa la descentralización que se ha llegado a sostener la posible existencia de "empresas dependientes"⁽⁸⁾, lo que para un orden de saber clásico sería una inadmisibles contradicción.

Pero lo significativo, lo que nos lleva a la necesidad de un replanteo científico, reside en que este nuevo paradigma productivo que comienza a imponerse, concierne al ejercicio por parte de los titulares de la 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 nos encontramos siempre frente a una maniobra ilícita o motivada por una teleología fraudulenta. Si así fuera, y se hubiese generalizado una triangulación para

.....
del Trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llevado a cabo en Zaragoza los días 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, Núm. 28, p. 251 y ss.

(7) Ver, Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 155 y ss.

(8) Sobre este tema y sus implicancias, son ilustrativos los razonamientos de ALAIN SUPLOT, en el famoso Informe, *Trabajo y Empleo: Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo Europeo*, Ed. D. Teoría, 1999.



afectar la responsabilidad por interposición de personas o de empleadores aparentes, todo sería más fácil de desactivar y sería suficiente el ordenamiento protectorio clásico. En verdad, nos hallamos, reitero, frente a una nueva técnica de gestión empresarial, motivada por el afán de lucro y si no nos hacemos cargo de que se ha producido un cambio, dejaremos fuera de la tutela situaciones que no se remedian desde la antijuridicidad, sencillamente porque ésta no puede conceptualizarse como tal. 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, pero esta situación, que surgiría de la aplicación de normas tradicionales no es ya suficiente protección para la pluralidad de situaciones que se dan en la producción en red y que afectan, entre otras cuestiones, la estabilidad, la igualdad de trato, la representación sindical, etc.

Martín Valverde y Juan Rivero Lamas⁽⁹⁾ sostienen, en términos que serían trasladables a nuestro derecho positivo, que la tercerización es en sí 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 de libertad de empresa, consagrado por las normas constitucionales, lo que impediría una censura jurídica por el mero hecho de externalizar, aspecto en el que ha insistido Jorge Rodríguez Mancini⁽¹⁰⁾. Esta circunstancia es, precisamente, la que nos obliga a ser creativos porque, en definitiva, se trata de pensar cómo mantener la lógica de protección, frente a un nuevo modelo que se impone en los hechos y al que no podemos descalificar desde el lugar de la ilicitud y que ocasiona situaciones colaterales que, en líneas generales, desestructuran e incluso lesionan la posición de los trabajadores.

Alain Supiot⁽¹¹⁾ fue uno de los primeros en advertir que esta tipología de subcontratación centrífuga genera problemas de naturaleza muy diferente que todavía no están muy bien resueltos, además resaltó que la externalización de actividades anteriormente realizadas en el seno de una empresa, siempre descartando hipótesis de fraude, tiene consecuencias evidentes para los trabajadores implicados que no encuentran solución

(9) Ver, op. cit. en nota 2, p. 25 y ss.

(10) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE (director), *Derecho del Trabajo. Análisis doctrinal, normativo y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, tomo I, p. 283.

(11) SUPIOT ALAIN, op. cit. en nota 7, p. 59.



adecuada en las normas tradicionales que se ciñen a la responsabilidad patrimonial y aludió al carácter insuficiente y limitado de la protección con la que se cuenta, en relación a lo multifacético del fenómeno.

Lo difícil y a su vez lo atrayente, reside en remediar las consecuencias que trae aparejada la "subcontratación lícita" y, quizás, nuestro privilegio como generación reside en esta exigencia de esfuerzo imaginativo para mejorar esquemas de encauce y tutela en un punto de inflexión de cambio, que no nos está dado conjurar en los hechos. Se ha dicho, con acierto, que la persistencia de la descentralización productiva, evidencia la búsqueda de mayor eficacia y rentabilidad en el funcionamiento de la empresa en un entorno competitivo y complejo, no obstante, en lo que hace a la posición de los trabajadores, se reducen notablemente la seguridad, la estabilidad, y las garantías de igualdad que el ordenamiento protectorio ha tratado de imponer, partiendo de un modelo de trabajo subordinado a tiempo completo y en una misma empresa⁽¹²⁾.

No se puede ignorar, como lo destacara con lucidez Daniel Martínez Fons⁽¹³⁾, que la tercerización puede ser objeto de un doble uso: como técnica de gestión estratégica para adaptar las estructuras de las empresas a los cambios económicos y, a su vez, como arma de flexibilización externa que conlleve reducciones de plantillas, traslados de costos y difusión de formas contractuales que desplacen la imperatividad legal y en las que se admita una autonomía de la voluntad más plena con lo ficcional que esto implica en un mundo cercado por el desempleo, el trabajo clandestino y la exclusión.

A esta altura de la exposición y en relación con lo señalado, cabe descartar interpretaciones ingenuas o alejadas de la realidad concreta y tangible porque en países como el nuestro, más allá de la evolución positiva, tanto legal como jurisprudencial, del Derecho del Trabajo en los últimos años, es importante deslindar lo que podríamos llamar la "verdadera externa-

(12) Ver, op. cit. en nota 2.

(13) FONS MARTÍNEZ, DANIEL, "Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de cesión ilegal de trabajadores", en *Descentralización Productiva y Nuevas formas organizativas del Trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza 28 y 29 de mayo de 1999, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Serie Relaciones Laborales, Núm. 28, p. 121 y ss.



lización” emergente de una lícita opción empresaria, de la utilización de empresas “pantalla” entre el trabajador y la empresa, como práctica de “fraude social”, muy difundido, tal como se detectara en el ya citado “Informe sobre el Estado Actual del Sistema de Relaciones Laborales ”⁽¹⁴⁾ .

Hago esta afirmación última porque en la Argentina sigue configurándose un alto grado de incumplimiento de la normativa laboral en todos sus planos y el análisis de estadísticas, que hemos actualizado el 30 de noviembre del 2011⁽¹⁵⁾, permite concluir que existe una actitud muy difundida de recurrir a la tercerización para disminuir responsabilidad utilizando la técnica de interposición de personas jurídicas que son sólo apariencia de empresas prestadoras de servicios, meras ficciones insolventes. En el 72,9% de expedientes tramitados ante la Justicia Nacional de Trabajo y en los cuales se controvertía la intermediación y/o se invocaba la responsabilidad del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, se frustró el reclamo hacia el contratista o subcontratista por razones vinculadas a la solvencia de estos. De ese 72,9%, el 33,2% se vio afectado por el concurso o quiebra del coaccionado contratista o subcontratista y en los otros casos, no afectados por vicisitudes patrimoniales, sólo en el 6,3% de los conflictos el contratista fue el que abonó el monto de la condena ante una responsabilidad solidaria declarada en la sentencia definitiva. Los números reseñados producen cierta perplejidad y son demostrativos, como ya lo advertiera⁽¹⁶⁾, de la subsistencia de una grave patología teñida de antijuridicidad, que genera un clima de confusión cabal en relación con la externalización legítima, proveniente de un nuevo modelo productivo⁽¹⁷⁾.

(14) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, ob, cit. en nota 1, p. 157.

(15) Estadísticas elaboradas en el marco del “Grupo de Estudios de Derecho del Trabajo” que dirijo.

(16) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 157.

(17) Esa patología no se presenta, obviamente, solo en nuestro país. Es interesante señalar que el periódico New York Times, publicó un interesantísimo artículo de denuncia titulado “En india todos esquivan las leyes laborales con el outsourcing”, explicando con cifras cómo bajo la forma de un cambio en la organización productiva, se utilizó la externalización para precarizar las condiciones de labor. Este medio, que no puede ser sospechado de progresista, en su sección económica del 10 de diciembre del 2011, describió como se estaba generalizando en el mundo la desviación de la tercerización legítima y son ilustrativas las estadísticas que publica acerca de que en India el 89% de la producción se lleva a cabo con empresas que cuenta con menos de 10 empleados y en Italia ha llegado al 26%.



Lo que quiero enfatizar es que no debemos ser partícipes de discursos supuestamente modernos que hacen todo por convencernos acerca de que toda externalización proviene siempre de un cambio de paradigma y tratan de legitimar, sin ver matices, conductas ilícitas y reprochables que sólo tienden a licuar la responsabilidad y a desplazar el garantismo legal. Al menos en nuestro país, la experiencia judicial agobia con casos de descentralización poco seria hacia empresarios de sí mismos, que no cuentan con otro patrimonio que una oficina alquilada y un escritorio; y creeré en que ha llegado un cambio profundo y generalizado del paradigma productivo cuando vea que un subcontratista condenado solidariamente con el empresario que terceriza, se adelanta a pagar lo debido ante una intimación judicial en etapa de ejecución.

Pero esta observación no significa que, como hombres de ciencia, no veamos que hay modificaciones trascendentes en la gestión empresarial, como las ya reseñadas, y que concurren en la realidad cotidiana nuevas formas de organización legítimas, que debemos atender, aunque subsistan procedimientos desviados a los que estamos habituados en el Derecho del Trabajo. Sería negar la realidad y vaciar el contenido de la protección, no advertir que un cambio se cierne y seguir pensando nuestra disciplina como si el "taylorismo-fordismo" fuera la tipología productiva dominante y no estuviera en un lento agonizar. No nos dejemos engañar por los hechos ni por la experiencia local. Tomemos una sabia distancia. No partamos de la base de que todo obedece a una conspiración de los capitales lombrosianos y fraudulentos, pero tampoco veamos en toda descentralización una manifestación de la modernidad y del adelanto tecnológico generador de una eficacia a la cual todos aspiramos, pero en la medida en que no se financie con la desigualdad y la incertidumbre de los que trabajan.

2 | Efectos de la descentralización productiva

Más allá de las observaciones apuntadas y aún soslayando posibles utilidades patológicas de la técnica de gestión, el desplazamiento centrífugo de las etapas de producción incide en las relaciones laborales, creando situaciones no previstas con precisión que son aquellas que nos imponen



una perspectiva de adaptabilidad y que desactualizan algunos aspectos del régimen actual que, reitero, está pensado para la excepcionalidad de la subcontratación.

Una de las primeras consecuencias relevantes que trae aparejada la producción en red y la segmentación cabal de la actividad, reside en lo que llamé en alguna oportunidad la "atomización de la figura empleador" que, en parte, proviene de una desviación, una suerte de "no identificación", entre el contratante y el que recibe el fruto del trabajo que se lleva a cabo en un ámbito ajeno, en el que concurren diferentes empresas. Este hecho, genera que en un mismo ámbito y para la conclusión de un mismo producto final, confluyan distintos trabajadores, con diferente ámbito estatutario y un empleador disímil. Esa evanescencia del concepto antiguo de "principal" influye en el ejercicio de sus facultades, en particular las que hacen a la organización, dirección y potestades disciplinarias, que también deberían ser repensadas y eventualmente adaptadas, como bien se ha concluido en el X Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de España, llevado a cabo en Zaragoza los días 28 y 29 de mayo de 1999.

Sin minimizar las facetas sociológicas o psicológicas que emergen del distanciamiento entre el trabajo y su resultado, que exceden los límites de este artículo, lo que denominé "empleador inasible" y la pluralidad de empleadores en el epílogo de la realización de un bien, trae aparejado un impacto en la solvencia, frente a la difusión de pequeños emprendimientos, magros, que sólo aportan una fase que agota su presencia y que se lleva a cabo sin una infraestructura de respaldo que opere como patrimonio de garantía en su acepción amplia.

La descripción de marras me lleva hacia uno de los problemas más arduos de la descentralización, al que ya hice lateral alusión y que es el que se refiere a los conflictos de aplicación normativa que se originan, en especial por el quiebre del concepto de actividad y los problemas nacidos del mal llamado encuadramiento convencional⁽¹⁸⁾. Nos encontramos ante plurales ordenamientos jurídicos con un ámbito personal ceñido, aplicables a contratos de trabajos inherentes en un mismo *iter* productivo y se da esa realidad que tan bien resumiera Rivero Lamas⁽¹⁹⁾, al aludir a la presencia de un

(18) Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 159.

(19) Ver, RIVERO LAMAS JUAN, op. cit. en nota 2, p. 36.



grupo reducido de trabajadores estables, vinculados por un contrato de tiempo completo, al que se unen diversos círculos de trabajadores inestables y de dependientes vinculados a otras empresas.

La multiplicidad de relaciones hace emerger otro problema no desdeñable: el de la discriminación. Digo esto porque se generan diferencias de trato muy ostensibles en el marco de un mismo esquema de producción, que, sin perjuicio de los matices interpretativos, podrían estar reñidas con los principios de igualdad tanto de carácter legal, como suprallegal y constitucional. En este orden de ideas, cabe tener presente aquellos ordenamientos nacionales en los que existen normas que conceden ventajas a las empresas pequeñas, respecto de las que no son tales (descuelgue convencional, sistema diferenciado de vacaciones, etc.) y que pueden tornar más complejo el sustento normativo de una diferencia de trato⁽²⁰⁾.

La externalización, a su vez, redundando en un incremento muy considerable del trabajo autónomo y de esas zonas grises entre la dependencia y la autonomía propiamente dicha, con el riesgo que implica todo retorno a la autonomía de la voluntad en relaciones que tienen elementos ficticiales en lo que hace a la igualdad de poder jurígeno de negociación entre los contratantes. Esa atípica situación a la que Alan Supiot denominó "semi-dependencia"⁽²¹⁾ ha dado lugar a distintas respuestas jurídicas según los países pero con un rasgo común, que tiene a la aplicación de las reglas genéricas del Derecho del Trabajo, aunque con un carácter selectivo y como ejemplo podríamos mencionar la Disposición Final 1 del Estatuto de los Trabajadores Españoles⁽²²⁾.

(20) RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, op. cit. en nota 9, p. 290 y ss.

(21) SUPIOT ALAIN, op. cit. en nota 7, p. 42.

(22) En el orden de ideas reseñado no es ajeno al nuevo paradigma productivo las reglamentaciones específicas de los derechos nacionales en torno a los alcances de la autonomía y la subordinación. El Derecho Germánico, por ejemplo, diferenció tres clases de trabajadores autónomos, dos de las cuales abarcan a los que trabajan en virtud de un contrato de empresa (Werkvertrag) o, bien, sobre la base de un contrato de servicios libre (freier Dienstvertrag); la tercera clase, tal vez la más atractiva, incluye a las "personas asimilables a los asalariados" que son lo que se desempeñan en el marco de un servicio libre o de un contrato de empresa pero para un receptor de la tarea del que dependen económicamente y a estas personas se les aplica algunas disposiciones del Derecho del Trabajo, como las concernientes a las vacaciones, los francos o algunos beneficios convencionales. En la misma tendencia se inscribe la concepción del Derecho italiano de la "parasubordinación" que amplió la tutela a las relaciones de agencias y representación comercial en casos especiales de clara dependencia económica.



Este contexto, que rompe los enfoques tradicionales, produce, a su vez, un debilitamiento del interlocutor colectivo y, en el modelo sindical argentino, se proliferan las controversias de representación y encuadramiento, lo que torna ardua la negociación colectiva. En nuestro país se han detectado dificultades para la afiliación sindical de los trabajadores y las muy reducidas dimensiones de las empresas magras, no permite, en muchos casos, la existencia de delegados. La experiencia europea enseña acerca de los problemas que trae aparejada la producción en red en la concertación y se ha detectado que la negociación colectiva en las empresas pequeñas es menos frecuente y menos formal y sus contenidos se limitan a aspectos de "bajo perfil". Se ha intentado la constitución de unidades de negociación para grupos de empresa y se ha pensado en la posibilidad de constituir comisiones intersindicales⁽²³⁾, tema que, en nuestro derecho positivo y en el singular marco de las leyes 14.250 y 23.551, requiere un análisis específico y un esfuerzo hermenéutico de adaptación.

Otro de los problemas que lleva implícita la tercerización, no menos relevante, es el referido al deber de seguridad y a la prevención genérica de los infortunios laborales porque la ya mencionada "atomización de la figura del empleador", opera, en los hechos, como una licuación de la responsabilidad y se genera una incertidumbre acerca de quién es el que debe decidir e implementar las medidas para el resguardo de la salud psicofísica de los trabajadores. Adviértase que en la segmentación del proceso productivo concurren una pluralidad de empresas que ponen en conexión medios materiales que pueden incrementar los riesgos y que, en muchos supuestos, la tarea, obviamente, no se lleva a cabo en el ámbito geográfico del empleador que actúa como contratista o subcontratista. Se impone por lo tanto, la necesidad de una dinámica específica y la creación de un sistema normativo que, más allá de su fuente, prevea la participación conjunta y, eventualmente, establezca espectros de responsabilidad precisos⁽²⁴⁾.

(23) En España el tema originó un intenso debate jurisprudencial sobre lo que se denominaron las "unidades artificiales de negociación colectiva" frente a las "unidades naturales" y la contienda se proyectó sobre los requisitos de legitimación para negociar. Ver, al respecto, RODRÍGUEZ PIÑERO, *Negociación Colectiva y Empresas en red*.

(24) Al respecto ha sido precursora la Directiva Marco 89/391 del ordenamiento español que, para las hipótesis de concurrencia en un mismo lugar de labor de trabajadores de varias empresas, impone a los plurales empleadores las obligaciones de coordinación e información mutua entre ellos, como muy bien lo evoca Jesús Cruz Villalón en *La coordinación de acciones en materia de prevención de riesgos laborales de las empresas en red*. En nuestro régimen y en

Por último, y en el esquema de que una empresa de estructura "Taylorista-fordista" mute su técnica de gestión y decida descentralizar, como ha acontecido en el último decenio en la realidad europea, el derecho se enfrenta con la situación jurídica y el destino de los trabajadores que ya estaban ocupados en aquellas actividades que, en adelante, van a ser prestadas por una empresa diferente. Es interesante la enumeración de "soluciones posibles" que efectúa Juan Rivero Lamas⁽²⁵⁾: 1) Que los trabajadores no se consideren excedentarios, y no se los despida y que, en consecuencia, pasen a ocupar otros puestos en diferentes departamentos o sectores de la empresa, lo que, según los casos, puede dar lugar o a una movilidad funcional o a una modificación de las condiciones de trabajo, que corresponderá instrumentar de acuerdo a las previsiones de cada ordenamiento; 2) que no sea factible la recolocación de tales trabajadores y sea necesario plantear la extinción de los contratos, a cuyo efecto debería aplicarse un sistema protectorio singular, lo menos traumático posible (retiros incentivados, acuerdos específicos, etc.); y 3) que la empresa que descentraliza parte de su actividad ceda a la empresa proveedora los trabajadores ocupados en la tarea que antes cubría con personal propio, aunque este último supuesto, se vea atravesado, a mi modo de ver, por brisas de utopía o de fraude, sin desconocer la posibilidad de que se configure un grupo económico encuadrable, en nuestro derecho positivo, en las previsiones del art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo.

3 | Conclusiones y una mirada hacia el futuro

Las circunstancias reseñadas no deberían dejar duda alguna acerca de la desactualización del art.30 de la Ley de Contrato de Trabajo y de su insuficiencia para dar una debida protección al trabajador en el proceso de descentralización productiva, no sólo porque, como vimos, responde a un paradigma de producción que ha dejado de ser central en el modelo

.....
el marco de la Ley 24.557, el tratamiento de la cuestión ha sido parca e insuficiente, en especial si se tienen en cuenta el carácter lateral de las alusiones a la tercerización en las Resoluciones 16/97; 839/2005 y 534/2008 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo de la Nación.

(25) RIVERO LAMAS, Juan, op. cit. en nota 2, p. 38.

económico, sino porque enfoca un aspecto limitado de las múltiples situaciones que se originan en la externalización⁽²⁶⁾.

A la litigiosa concepción de "actividad normal y específica propia del establecimiento", como causa de la solidaridad pasiva en la tercerización, que originó ríos de tinta, se une la dificultad que emerge de una forma de llevar a cabo la producción que dificulta más aún la conceptualización de lo que es esencial o inherente, ello sin soslayar que la norma sólo se refiere a las facetas patrimoniales para evitar una eventual insolvencia que impida la realización de los créditos alimentarios.

Resulta indispensable una modificación del ordenamiento, que, manteniendo los deberes de conducta con los que contratan o subcontratan, referidos a la exigencia del cumplimiento de las disposiciones laborales y de seguridad social, permita conceptualizar con claridad el eje de la responsabilidad y elucidar si la actividad que ha sido objeto de externalización resulta o no indispensable y si el objeto de la empresa podría llevarse a cabo si la tarea es asumida. En este orden de ideas, y tal como lo sugiriera en el "Informe sobre el estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina", podríamos inspirarnos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español y establecer que, para que se genere la solidaridad, será preciso concluir que la actividad contratada o subcontratada posee el carácter de "complementaria absolutamente esencial para el desarrollo de la principal" y que lleva a afirmar, para utilizar palabras del mismo órgano jurisdiccional, que "sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa" proyectan responsabilidad solidaria.

Como se habrá advertido, he soslayado la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la sentencia dictada el 15/4/93 en autos "Rodríguez Juan c/Compañía Embotelladora Argentina y otros" (Fallos 316:713), reiterada en numerosos pronunciamientos, no sólo porque su aplicación automática ha sido conjurada por una decisión ulterior del Alto

.....

(26) Sobre este tema parecería existir consenso. Ver, al respecto, las conclusiones del ya citado "Informe sobre el estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina", op. cit. en nota 1, p.158 y ss.; CARCAVALLO, HUGO, "El artículo 30 de la Ley de contrato de Trabajo (Sus antecedentes, alcances y problemas)", *Revista de Derecho Laboral*, 2001-1, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 135 y ss., RODRÍGUEZ MANCINI, JORGE, "Los alcances del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo" en *Revista de Derecho Laboral*, Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, p.157 y ss.

Tribunal en su actual composición⁽²⁷⁾, sino porque, en verdad, sólo cabría reconocerle importancia científica e histórica en lo que hace a un diagnóstico de no inclusión en el sistema del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, de aquellas subcontrataciones en las que subyace una descentralización productiva con autonomía, ya que la redacción algo atípica, visceral y dogmática resta solidez a una decisión que arriesga juicios no fácilmente aceptables, como el de "presunción de inconstitucionalidad" de las normas que imponen solidaridad pasiva (ver considerando 8) o esas alusiones a la trascendencia económica como elemento dirimente en la interpretación de las leyes, como si existiera un mercado con potestades supraleales⁽²⁸⁾.

Sin abandonar una lógica de protección hacia el trabajador, pero al nuevo fenómeno inevitable, es muy importante llevar a cabo una sistematización precisa de los llamados "contratos de empresa"⁽²⁹⁾, para deslindar de la responsabilidad en la descentralización cuando ésta se formalice por algunos de los negocios típicos (concesión, franquicia, distribución, "aprovisionamiento constante", agencia, etc.). Tengo dicho en otra oportunidad acerca de esta última faceta que el Derecho del Trabajo debería ser el que suma y haga suyo el replanteo del tema, para evitar que la cuestión se resuelva prescindiendo de la teleología de protección, en el ámbito de otras disciplinas, como ha ocurrido, como ejemplo con el proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, redactado por la comisión que se designó en el marco del Decreto 685/95, que estableció, de una manera simplista y dogmática, la inexistencia de relación jurídica entre los dependientes de una empresa y otra en los supuestos de subcontratación, sin reparar en matices ni tener en cuenta la experiencia que se infiere de las estadísticas reseñadas⁽³⁰⁾.

(27) Ver, sentencia del 22/12/2009, en autos "Benítez Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero SA y otros" Recurso de Hecho B.75 XLII (Fallos 332:2815).

(28) Ver, en una línea de pensamiento crítico, que he compartido, los razonamientos de MARIO ACKERMAN, "Antes y Después de Rodríguez (Breve memoria de un paradigmático vaciamiento y mutación de la tutela normativa)", *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2001-1, p. 191 y ss.

(29) Sobre este tema son interesantes las consideraciones y clasificaciones efectuadas por RICARDO LORENZETTI en *El Fraccionamiento de la Responsabilidad Laboral*, *Revista de Derecho Laboral*, Santa Fe, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2001-1, p. 113 y ss.

(30) En el mismo sentido, ver el informe del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, op. cit. en nota 1, p. 159.

En síntesis, es inadmisibles un abandono dogmático de la responsabilidad solidaria y ninguna modificación de adaptabilidad debería pensarse desde esta perspectiva, en especial si se tiene en cuenta que su imposición puede generar seriedad en la elección del subcontratante, ante la viabilidad de acciones de regreso. Cabe resaltar en este esquema, que países con mayor difusión de la externalización cabal, como en Francia, España, o Brasil, mantienen la extensión de responsabilidad en las diversas formas de externalización, en particular en lo que hace a las deudas salariales⁽³¹⁾. En lo que hace a la diferencia de trato entre los trabajadores que concurren en la producción en red, es imaginable también la creación de una norma que imponga criterios de igualdad respecto de los empleados permanentes de la empresas "usuarias", como se ha difundido en algunos países como Canadá, México e incluso en los Estados Unidos.

Como se advierte, hay mucho por hacer desde la ciencia y la elaboración normativa. Los que nos hemos formado en un Derecho del Trabajo consolidado y hemos sido, por razones cronológicas, ajenos a su apasionante origen, vivimos una etapa de privilegio porque nos enfrentamos a un segundo nacimiento, que nos exige una capacidad creativa como la de los fundadores. Tal vez sea el momento de comprobar la eficacia y los límites de la teoría y pensar cómo proteger realmente al trabajador en los tiempos que corren. El fantasma que recorre el mundo no debería asustarnos como para abandonar el castillo del garantismo legal.

.....
.....

(31) Ver, el Informe VI "Trabajo en régimen de subcontratación" Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995 y la reseña de JORGE RODRÍGUEZ MANCINI en Los alcances del artículo 30 de la Ley de contrato de Trabajo", citado en nota 24, p. 168 y ss.