

LAS AGENCIAS PRIVADAS DE COLOCACIÓN DE PERSONAL.

Por Ricardo J. Cornaglia.¹

Publicado en Doctrina Laboral y Previsional. Febrero 2010

1.- LA COLOCACIÓN DE PERSONAL.

La colocación del personal, se inicia en el momento más trascendente de la existencia profesional del trabajador. Cuando por lo general, éste se encuentra en su peor estado de hiposuficiencia: en situación de desempleado. Resulta manifiesto el estado de necesidad en que se encuentra.

Cuando el empleador delega la función de selección de personal y permite la interposición del mismo en el colectivo de la empresa a su ingreso, estamos en los casos en que la doctrina trata la problemática propia de la selección y colocación de personal.

No siempre el selector y el colocador de personal son el mismo sujeto, ni es necesario que su accionar tenga que tener una secuencia ineludible.

Existen casos en que el empleador selecciona personalmente al personal y lo hace ingresar por medio de la colocación intermediativa, simulando intermediaciones legítimas, por vía de subcontrataciones o agencias de servicios eventuales. Estos casos implican colocación de personal.

En otros casos, el empleador delega realmente la selección, tercerizando la función, y en la medida en que soporte el costo de la intervención del selector y el trabajador no tenga que pagar por ser seleccionado, se entiende que este obrar no es ilícito.

Las empresas selectoras de personal (un variante inicial de la colocación), activas y presentes en el mercado laboral argentino, como surge de la simple lectura de los avisos clasificados de los diarios, no son objetos de regulación especial en el derecho positivo nacional. En el derecho comparado no suele suceder lo mismo, siendo un buen ejemplo de ello el derecho del trabajo español.

¹ El presente trabajo corresponde a un capítulo de un libro inédito del autor, referido a un estudio sobre la tercerización en la apropiación del trabajo y la solidaridad laboral. Puede consultarse también sus trabajos: El difuso concepto de empleador como sujeto titular de la apropiación del trabajo dependiente, en Revista de Derecho Social Latinoamérica, Editorial Bomarzo, número 4-5, 2008, pág. 17. La solidaridad que se desprende de la comisión de actos ilícitos cometidos por los jefes de empresa, en el diario La Ley del día 18 de noviembre de 2005, año LXIX, N° 225, p. 1. La confusión de los conceptos empleador y empresa y sus consecuencias, en revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, noviembre de 2005, año XXI, tomo XIX, N° 243, p. 999. La subcontratación de servicios por medio de cooperativas de trabajo. El control de constitucionalidad del decreto 2015/94, la ley 25.250 y el decreto 1002/99, en revista Doctrina Judicial, La Ley, Buenos Aires, 22 de octubre de 2003, año XIX, n° 43, pág. 516. El papel de la intermediación en la precarización laboral, ponencia presentada en el Primer Foro Federal en Defensa del Empleo y el Desarrollo Regional, celebrado el día 29 de junio de 1999, en el recinto de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, publicado en obra colectiva: *El desempleo hoy*, Daniel Cieza (compilador), Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, 1999, pág. 67.

A la selección y colocación al ingreso, suele sucederle en la relación laboral el mantenimiento de la situación, con o sin reconocimiento formal de la intermediación. Sus efectos pueden prolongarse durante el transcurso del contrato de trabajo.

Si en la colocación fraudulentamente se cubren las formas de la subcontratación, se está simulando la verdadera relación laboral con el empleador. En esos casos el subcontratista (hombre o empresa de paja) que actúan como aparente empleador, sirve al efecto de desobligar al principal.

Para esos casos, probado el fraude, surge pleno el contrato simulado entre el principal y el trabajador, por aplicación de las normas que regulan el fraude laboral (art. 14 de la L.C.T.), siendo esto materia de prueba y derecho común, atributivo de la justicia ordinaria y por lo tanto ajeno a la competencia de la Corte.²

Cuando la colocación es una triangulación practicada a título lucrativo, tiene directa vinculación con otras intermediaciones de la misma naturaleza, en las que la presencia del intermediador se prolonga en el tiempo. Ya no es el intermediario un tercero ajeno a la relación entre el trabajador y el empleador, sino un empleador auxiliar. Esta es la forma en que la intermediación se asume en las subcontrataciones fraudulentas y las prestaciones de las agencias de servicios eventuales o trabajos temporarios que operan a partir de falsos contratos de trabajos eventuales.

Inglaterra fue el país que originalmente encaró dar respuestas a las requisitorias del movimiento obrero que desde el siglo XIX viene reclamando contra los abusos de la colocación de personal a título oneroso. En 1909, por la *Labour Exchange Act*, reservando la actividad de las agencias de colocación a dependencia estatales. Sucesivas reformas organizaron la actividad de las agencias como comisiones locales y descentralizadas dependientes del Ministerio de Trabajo.

Esas instituciones han servido a los ingleses como instrumentos de lucha contra el paro y para planificar el empleo, encauzando en función de las industrias que se consideraron esenciales. Esto se intensificó en la etapa posterior a la segunda guerra mundial.

Francia en 1925, reguló a las agencias y la derivó a la acción de los municipios por ley del 2 de febrero de 1925 y por decreto del 6 de mayo de 1939, encargó a esas dependencias e reparto de las subvenciones por paro. Sucesivas normas posteriores complementaron el funcionamiento de las entidades, en relación con la política de empleo.

La cuestión fue abordada en Italia tanto por el régimen corporativo en 1928 por un Real Decreto como el República de posguerra por la Ley 264 de 2 de abril de 1949, modificada por decreto 456 del 4 de mayo de 1951, regulando al régimen de colocación y apoyo del desempleado.

En ese contexto de derecho comparado, la República Argentina evolucionó hasta adherir a la prohibición de la colocación de personal a título oneroso.

2.- LA EVOLUCION DE LA NORMATIVA ARGENTINA.

En el derecho del trabajo argentino, se fue receptando una clara reacción protectoria contra las prácticas de intermediación que desde el siglo XIX, se venían practicando contra la encendida de denuncia de los trabajadores.

² Ver: "La sentencia que -basada en los caracteres de subordinación, dependencia y habitualidad de la relación- determinó la existencia de un contrato laboral entre las partes y calificó de mero intermediario a quien contrató originariamente, pagó haberes y procedió al despido de la actora, cuenta con fundamentos bastantes que obstan a su calificación de arbitraria, ya que en definitiva se discute un problema de derecho común, propio de los jueces de la causa y ajeno a la competencia extraordinaria de la Corte Suprema". CSJN, "Venegas, Hebe Lourdes c/ Sava S.A.I.C.F. y A., 01/01/76, t. 295, p. 140.

La colocación de personal fue una experiencia que acompañó a todo el proceso inmigratorio.

Como dato a considerar, debemos tener en cuenta que ese proceso inmigratorio masivo determinó que desde 1880 a 1914, en la ciudad de Buenos Aires, la población extranjera superara a la nativa. Contra los excesos que en esas prácticas de colocación e intermediación, se producían en los grandes emprendimientos ferroviarios, se realizaron campañas de denuncia por parte del movimiento obrero.

La ley 817 de Inmigración y Colonización, del 19 de octubre de 1876, puso a cargo del Estado funciones de colocación de personal como medida propia a los fines que promovía. En su art. 3º, el inciso 7, estableció que el Estado proveería 'a la colocación de los trabajadores por medio de las oficinas de trabajo'.

Juan Biale Masse, calificaba a las que llamaba las agencias de conchabo, en 1904, dirigiéndose al Ministro del Interior, Joaquín V. González, así:

"Al tratar de la agricultura, he manifestado a V.E. lo que sucede en la provincia de Santa Fe con los agentes, muchas veces sin agencia, que se ocupan de colocaciones de obreros, y que son una verdadera plaga para ellos".

"Pululan en las tabernas y fondines del Rosario, y hay en esta ciudad más de veinte con casa fija que se ocupan de la colocación de sirvientes; pero de ellas sólo tres o cuatro tienen crédito y son ocupadas por las familias serias de la ciudad.... Pero el agente ambulante es igualmente dañino en todas partes, y como lo manifesté en el congreso obrero de Buenos Aires de 1903, lo más desastroso está en que los agentes de Buenos Aires despachan a las provincias y colonias, con informes y direcciones falsas, cantidades de trabajadores que llegan a las colonias y tienen que volverse mendigando, porque no hay trabajo para ellos, y en todo caso no lo encuentran en las condiciones prometidas".³

En el Departamento Nacional de Trabajo, reglamentado en su funcionamiento por la ley 8.999, se creó el primer registro de colocaciones para obreros, que debían coordinar la oferta y la demanda de trabajo y realizar la inspección y vigilancia de las agencias privadas de colocaciones.

La ley 9.148 (25/9/1913), creó y colocó bajo el control del Departamento de Trabajo, agencias públicas y privadas de colocación, sometidas a su fiscalización. Se promovían a las agencias gratuitas de sociedades filantrópicas, mutuales o gremiales y se les acordaba ayuda pecuniaria.

La ley 9.661 (25/8/1915), prohibió el cobro anticipado de colocaciones y penó severamente los abusos de las agencias.

Carlos Saavedra Lamas en su proyecto de Código de Trabajo, proyectaba que 'Las agencias particulares de colocaciones serán regidas por la ley 9661, pudiendo subsistir durante un año a partir de la promulgación de este proyecto de Código a partir de cuya fecha quedarán prohibidas en todo el territorio de la República'

Por su parte, algunas provincias se adelantaron a la legislación nacional que posteriormente se dictara. Santiago de Estero, por decreto del 15 de octubre de 1928 y Santa Fe, por ley 2426 (art. 114), prohibieron en sus ámbitos el funcionamiento de oficinas de colocaciones con fines de lucro.

Por la ley 11.726, del 28 de septiembre de 1933, se ratificó la Convención de Washington de 1919, que recomendó la abolición de las oficinas privadas de empleos retribuidas.

Con igual sentido y orientación se sancionó:

³ Véase BIALET MASSE, Juan: *"EL estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo"*, Universidad de Córdoba, 1968, ps. 469 y sigtes.

a) La ley 12.101 (15/10/1934), sobre Registro de Colocaciones. Que por vía del decreto 2.928, del 21 de julio de 1943, se transformó en el "Registro Nacional de Colocaciones".

b) El decreto-ley 17.470/44, eliminaba los contratistas utilizados por las empresas ferroviarias.

c) La ley 11.278, que en su art. 6° disponía que: "Los empleados u obreros ocupados por contratistas o intermediarios, tendrán el derecho a exigir a las personas para quienes dichos contratistas o intermediarios trabajen, que retengan y les entreguen el importe de los sueldos o salarios devengados en uno de los períodos de pagos que establece esta ley, si en el día de vencimiento no se les hubiesen pagado".

d) La ley 12.713, Estatuto del Trabajo a Domicilio, consagró la responsabilidad solidaria de lo empresarios, intermediarios y talleristas (art. 4), ante los trabajadores.

e) La ley 12.789 (B.O. 26/10/42), reguló la contratación de braceros para labores agrícolas, ganaderas y mineras.

f) Esta ley guarda relación con la Ley 13.560, (B.O. 1 de octubre de 1949), ratificatoria del Convenio No. 34, sobre agencias retribuidas de colocaciones, a las que prohibía en su funcionamiento. Más adelante nos detendremos en su análisis.

3.- LA LEY 13.591.

El 29 de septiembre de 1949, por la ley 13.591⁴, se creó la Dirección Nacional del Servicio de Empleo, que tiene por atribución, "organizar en todo el territorio de la Nación el servicio gratuito de la colocación para los trabajadores, cualquiera sea su categoría profesional" y de "fiscalizar las actividades de las agencias de colocaciones de carácter privado sin fines de lucro". Esta norma prohíbe el funcionamiento de las agencias privadas con fines de lucro.

Cuando se dictó la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (en 1974), se recogieron estas líneas generales de control de la intermediación abusiva y de prohibición de colocación de personal en el nuevo texto legal.

Como se advierte, la ley 13.591, no fue derogada por la L.C.T. 20.744, ni aún en su versión flexibilizada y regresiva de reforma dada por la norma de facto 21.297 (en 1976).

La ley 13.591, en su art. 10 prescribe: "Prohíbese el funcionamiento de las agencias privadas de colocaciones con fines de lucro. Entiéndese comprendida en la prohibición toda actividad lucrativa relacionada con la colocación de trabajadores".

Por su parte el art. 11 determina que para la instalación de una agencia privada de ese tipo que no persiga fines de lucro, se deberá contar con la autorización de la Dirección Nacional del Servicio de Empleo.

La afirmación del efectivo imperio de la ley 13.591 en la realidad de las relaciones laborales, no dejó de ser dificultosa y estuvo vinculada con la conceptualización del fraude laboral practicado por el principal y su subcontratista, que como colocador de personal, en ocasiones asume la condición formal de empleador.

La cuestión se relacionaba con la responsabilidad conjunta de los participantes del ilícito, en cuanto a los créditos surgidos del vínculo intermediado que se había generado, desde el poder de dirección empresario del principal.

⁴ El texto del artículo no permite entender que la colocación de personal sea una actividad lícita en la esfera privada. En consecuencia, toda excepción habilitada por ley deberá ser interpretada en forma restrictiva cuando exista razonable razón para ello, y respetando la prohibición general.

La colocación es una contratación ilícita toda vez que el colocador perciba por su servicio y con independencia de que lo haga del trabajador, del empleador o de ambos.⁵

Cuando el colocador de trabajadores reduce su acción a la intermediación lucrativa sin asumir el rol de empleador como contratista, la cuestión queda simplemente encuadrada en la colocación clásica, ilícito laboral que ofrece dificultades prácticas para ser demostrado en cuanto a su comisión y que aun cuando se demuestre más difícil aún resulta que se le pueda sancionar con efectos de libre de sus consecuencias a los trabajadores.

Pero la cuestión se torna más compleja cuando el colocador asume la intermediación como subcontratista. Cuando aprovechando la connivencia del principal que lo utiliza para sus fines empresarios, recibe y ejerce en forma delegada, parte de la actividad de la empresa asumiendo el rol de empleador de los intermediados en el tráfico apropiativo de su trabajo.

Podemos sostener entonces que el derecho del trabajo argentino y su doctrina tradicional se desarrolló a partir de la idea de la prohibición de la triangulación para intermediar el contrato de trabajo, desde su propio ingreso.

Y que al hacerlo acompañó las líneas más claras del derecho internacional del trabajo, que reconociendo importantes asimetrías en la materia, estaba orientado hacia la prohibición o la reglamentación limitante del actuar de los terceros, que intervengan en calidad de auxiliares entre los verdaderos protagonistas de la actividad económica creadora de riqueza, bienes, cosas y servicios.

Sin embargo, posteriores normas flexibilizadoras, han sido sancionadas sin derogar a la Ley 13.591 y además se terminó ratificando el Convenio 96 de la O.I.T., que revisa al anterior 34 de ese organismo internacional, también expresando esa tendencia y se cumplió con su ratificación por Argentina, el 1 de julio de 1996, por la Ley 24.648.

Norma esta última que fue reglamentada por el decreto 489/2001 (B.O. 2/5/2001), en su art. 1° de la Parte I y en los arts. 10, 11 y 12 de la Parte III, del convenio 96, aprobado por la Ley 24.648.

En los fundamentos del decreto, haciendo referencia a que se elevó al Congreso la iniciativa de aprobación del Convenio 181 de la O.I.T. y el mismo todavía no sancionó dicha norma se sostiene... “considerando el rol destacado que las agencias de colocación desempeñan actualmente en la intermediación de oferta y demanda de empleo, resulta conveniente reglamentar la actividad prevista en el Convenio O.I.T. N° 96 aprobado por la Ley N° 24.648” y tras afirmarse en el ejercicio del poder otorgado por el art. 99, inciso 2, de la C.N. se sostiene que “podrán habilitarse como agencias de colocación retribuidas con fines lucrativos las personas

⁵ Sostiene Juan Carlos Fernández Madrid: “Como puede observarse, la ley no establece distingo a favor de aquellas agencias que sólo cobren sus servicios a los empleadores: la prohibición comprende ¿toda actividad lucrativa relacionada con la colocación de trabajadores?, y busca reservar dicha función para los organismos estatales y para las agencias privadas gratuitas debidamente autorizadas. No parece que este propósito contradiga la libertad de trabajar y de ejercer toda industria lícita, comprendida en el art. 14 de la Constitución Nacional. Ante todo, porque dicha actividad no es lícita, desde que está prohibida por la ley. Y además, porque, se discrepe o no con ella, la prohibición no puede tacharse de irrazonable ni de descabellada: el poder para dispensar empleos es una fuente genérica de preeminencia sobre los trabajadores que requieren ser contratados (circunstancia que ha llevado al desarrollo del derecho del trabajo para proteger a la parte más débil); y la centralización de ese poder en manos privadas gobernadas por móviles comerciales puede conducir a abusos de difícil comprobación, por lo que el legislador ha optado por eliminarla, a fin de evitar que el contrato de trabajo se convierta en si mismo en un objeto de lucro”. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos: “*Tratado práctico de derecho del trabajo*”, La Ley, Buenos Aires, tomo I, p. 865.

físicas y las sociedades regulares contempladas en la Ley 19.550 y sus modificatorias. No podrán actuar como agencias de colocación las cooperativas ni las empresas de servicios eventuales.”

La norma reglamentaria opera, como si la Ley 13.591, hubiera sido derogada y lo hace dando una interpretación a la ley 24.648 cuyo texto no autoriza y a los Convenios de la O.I.T., variando absurdamente su sentido, que es el de suprimir progresivamente la colocación de personal y sólo admitirla en forma excepcional y restrictiva.

Pero la Ley 13.591 no ha sido derogada, y la normativa de la O.I.T. propone llegar a la meta que la ley argentina alcanzara en 1949. El estándar internacional vigente como mínimo de protección a los trabajadores por la O.I.T., está orientado a alcanzar las metas que el legislador argentino ya consagró.

A esta altura de la circunstancia, la pregunta que se formula el operador jurídico, en lo que hace a la colocación de personal y su intermediación lucrativa es si la Ley 13.591 sigue vigente.

Cuando no se tiene posición franca y leal tomada en cuanto a la vigencia de esa norma, se suele esquivar la simple mención consideración de la norma . Esto es notorio en muchos fallos que resuelven cuestiones de fraude y solidaridad, que quedan encuadrados en esta situación y sin embargo sin hacer mención a la ley 13.591 son resueltos como si ella no formara parte del derecho positivo vigente. Constituyen una solapada forma de apoyar las tesis que sin mayor fundamento serio, sostienen que ha sido derogada.

El artículo 10 de la Ley 13.591, que prohíbe el funcionamiento con fines de lucro de las agencias privadas de ese tipo, ha sido desafiado en primer término por la reforma de facto de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744, llevada a cabo en 1976, por la norma estatal 21.297, del art. 29 (t.o. dto. 390/76), que regulando la solidaridad, introdujo solapadamente la autorización para el funcionamiento de las agencias de servicios eventuales.

Se creó así, por vía excepcional un nicho de legitimación de la colocación lucrativa, en función de contratos eventuales de trabajo.

La excepción a favor de las agencias llamadas de servicios eventuales, ha terminado por ser considerada razonable y constitucionalmente legítima, y la reforma de facto, terminó siendo legitimada posteriormente por legislación de jure.

Las posteriores leyes 24.013, 25.013 y 25.877, no variaron la matriz permisiva, de este tipo de intermediaciones lucrativas.

Si se quiere tomar posición en torno al interrogante de la vigencia de la Ley 13.591, es necesario detenerse al respecto en la normativa de referencia de la O.I.T., por cuanto sus convenios y recomendaciones, también forman parte del sistema normativo vigente en el país en cuanto lo obligan. Y es como consecuencia de una interpretación de esos instrumentos en que absurdamente se sostiene la derogación tácita de esa ley.

4.- LOS CONVENIOS 34, 96 Y 181 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

El tránsito que va desde la prohibición casi absoluta de la intermediación y colocación lucrativa del personal y la permisividad existente en la materia, se refleja en los Convenios de la Organización del Trabajo e influye en el derecho positivo de los países que la integran.

El Convenio Colectivo N° 34 de la Organización Internacional del Trabajo, celebrado en Ginebra el 30 de junio de 1933, definía en su artículo 1º, que la expresión "agencia retribuida de colocación" significa:

“a) las agencias de colocación con fines lucrativos, es decir, toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto; esta definición no se aplica a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tenga por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores;

“b) las agencias de colocación sin fines lucrativos, es decir, los servicios de colocación de sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera”.

Dicho Convenio no se aplica a la colocación de la gente de mar.

En el art. 2° del mismo, se prescribió la supresión de las agencias de colocación existentes, dentro de un plazo de tres años de la entrada en vigor del instrumento, para cada país miembro. Y también que dentro de ese plazo no se establecerían nuevas empresas de ese tipo.

Este Convenio fue ratificado por Argentina, mediante la sanción de la Ley 13.560 (B.O. 1° de octubre de 1949), ratificatoria del Convenio N° 34, sobre agencias retribuidas de colocaciones, a las que prohibía en su funcionamiento. A su tenor se sancionó la Ley 13.591 internalizando operativamente esas normas internacionales.

Posteriormente, el 18 de julio de 1951, la O.I.T., celebró el Convenio 96, que revisa al anterior, siendo ratificado por Argentina el 1 de julio de 1996, mediante la Ley 24.648, cuarenta y cinco años más tarde.

Mientras en el Convenio 34, para el año 1933, la prohibición de la colocación fue terminante y a las empresas de este tipo que funcionaba se les otorgaba un plazo de tres años para que desaparecieran o fueran suprimidas e idéntico tratamiento dado a la colocación y la intermediación, en el Convenio 96, la cuestión pasó a tener otro cariz.

El plazo para que las agencias de colocación a título lucrativo pudieran seguir funcionando, hasta que fueran suprimidas (criterio mantenido), se prolongó hasta que lo especificara la autoridad competente, abriendo con ellos la puertas al abuso del Poder Administrador, lo que fue bien aprovechado por éste en nuestro caso.

Los sucesivos Ministerios de Trabajo, no cumplieron con el deber de ejercer el poder de policía, para llegar a la meta de supresión y mucho para la legitimación de este tipo de actividades lucrativas.

Sobre esto se montó otro tipo de corruptelas a las que se prestó el poder administrador. En el año 2001, por el decreto 489/2001 (B.O. 2/572001), se aprobó la reglamentación del art. 1° de la Parte I y de los artículos 10, 11 y 12 de la Parte III, de dicho Convenio 96 de O.I.T., una norma que tras el propósito velado de confirmar la intermediación parasitaria, sólo sirvió para determinar límites a lo que se puede cobrar por ella, que ante la falta de control absoluto en la materia por parte de la policía de trabajo, no dejan de sonar a burla.

Finalmente, la O.I.T. celebró el 19 de junio de 1997, el Convenio Colectivo N° 181, regulando a la agencias de empleo privadas, que no ha sido ratificado por Argentina hasta el presente, pese a que el Poder Ejecutivo lo elevó a ese fin al Congreso para su consideración el 25 de enero del 2001.

Este instrumento define a la agencia de empleo privada como “a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas".

Estas normas de derecho internacional, ratificado o no, juegan con referencia a la Ley 13.591 a la luz del principio de progresividad, que rige pleno en cuanto a la relación que las normas protectorias del trabajo de la O.I.T., mantienen con el derecho interno, cuando éste avanza sobre los estándares protectorios del externo.

5.- LA JURISPRUDENCIA LABORAL EN MATERIA DE LA LEY 13.591 Y SU CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LAS LIMITACIONES POSIBLES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

La ley 13.591 implicó en su momento una limitación a la libertad de contratación de los empleadores, que fue apreciada por la C.S.J.N., encuadrada dentro de las pautas de la razonabilidad que podían justificarla.

Al prohibirse en ella la intermediación del trabajo a título oneroso, el Estado actuó en función de un sujeto protegido, el trabajador, en relación con el destino de la dación del trabajo, sincerando el vínculo entre el dador del mismo y el destinatario final de la apropiación (el contratante que por vía de la intermediación delega la tareas de reclutamiento del personal y suele prolongar durante la prestación del débito en el tiempo esa tercerización).

Además la norma complementó la prohibición de la intermediación onerosa con la creación de la Dirección Nacional del Servicio de Empleo, a la que se le encomendó funciones tales como las de facilitar a los trabajadores posibilidades de ocupación en todo el país, propender a la creación y "mantención" de fuentes de trabajo y atender a las prestaciones de paro forzoso.

Las restricciones a la libertad de contratación del empleo, han estado relacionadas siempre con los límites que determina el art. 28 de la Constitución Nacional a la razonabilidad en el operar el legislador, cuando a mérito de otros derechos y garantías constitucionales, esa libertad queda regulada restrictivamente.

La Corte, resolvió que esa libertad estaba legítimamente restringida, cuando en la ley 14.226 se creó un sistema especial de contratación de números vivos, destinado a promover la ocupación en lo concerniente a los trabajadores del espectáculo público, con el propósito de proteger al patrimonio artístico nacional, como garantía alcanzada por el art. 67, inciso 16 de la misma Constitución.

La ley cuestionada estaba motiva en la solución de un grave problema traído por la desocupación de artistas en virtud de la escasez de salas teatrales y como salvaguardia del patrimonio artístico nacional. Había sido sancionada, durante la

vigencia de la Constitución Nacional de 1949 y fue revisada cuando ésta había sido reemplazada por la Constitución de 1853 restaurada y reformada en 1957.

El 22 de junio de junio de 1960, en "Cine Callao", con el voto de los Ministros Benjamin Villegas Basavilbaso, Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid, Pedro Aberastury, Ricardo Colombres y contra la disidencia del Ministro Luis M. Boffi Boggero y el dictamen del Procurador General Sebastián Soler, la razonabilidad de la ley cuestionada fue sostenida.

En los fundamentos dados por la mayoría se destacó que la Corte, había abandonado la circunscripta concepción del poder de policía expuesta en antiguos pronunciamientos (Fallos, t. 7, p. 150; t. 98, ps. 20 y 52; t. 101, p. 126), acogiendo una tesis amplia y plena, aceptada desde el siglo pasado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos ("Barvier v. Connolly", 113 US 27).

Que en su doctrina vigente había declarado que dentro de los objetos propios de aquel poder ha de estimarse comprendida -- junto a la seguridad, la moralidad y la salubridad pública-- la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad (Fallos, t. 136, p. 161; t. 137, p. 47; t. 142, p. 68; t. 171, ps. 348 y 366; t. 172, p. 21; t. 199; p. 483; t. 200, p. 450 y otros [Rev. LA LEY, t. 36, p. 703, fallo 18.217 y t. 37, p. 561, fallo 18.533]).

Y que esa doctrina tuvo siempre en el derecho nacional, la firme base de sustentación proveniente del art. 67, inc. 16 de la Constitución Nacional, que representaba una de las previsiones de mayor valía entre las diversas que atañen a la organización económico-social de la Nación y de las Provincias, toda vez que suponía la anticipada habilitación de los recursos o técnicas que en cada uno de los estados por que atravesara el desarrollo del país, resultaran aptos para impulsarlo. Todo ello con sujeción a los límites fijados por la propia Constitución, lo que implicaba una tácita o indirecta invocación del principio de razonabilidad de la ley.

Y también sostuvo expresamente que "Dentro de esa especie del poder de policía ha de considerarse legítimamente incluida la facultad de sancionar disposiciones legales encaminadas a prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala".

En un tema tan dudoso y fino, propio del control de razonabilidad de una norma que constituyó una carga de empleo a todo empresario de espectáculos públicos, en relación a derechos de empleo de artistas y apoyo garantista al patrimonio cultural, la Corte sin perjuicio de que al ejercer el control ya no regía la Constitución a cuyo tenor había sido dictada la norma controlada que preveía en sus artículos que la propiedad tenía que tener una función social, legitimó la posibilidad de limitar la libre contratación.

Y aun Luis María Boffi Boggero, quien votando en disidencia sostuvo que en ese caso específico el poder de razonabilidad había sido vulnerado y destacó la dificultad de definirse en una situación límite como esa, no dejó de sostener que las normas de ese tipo limitantes de la libertad de contratación, pueden ser ejercidas con criterios que varían en cuanto a sus contenidos regresivos o progresistas, pero que siempre deberán estar constreñidos a ese estándar de razonabilidad.

En función de la Ley 13.591, para 1967 la Sala V de la C.N.A.T., resolvió que la actividad de una firma consistente en ubicar personas en otras empresas por poco tiempo para la realización de tareas comunes a los trabajadores de estas últimas, lucrando con la actividad, constituye intermediación del trabajo ajeno y violaba esa disposición.⁶

La Sala III de la C.N.A.T. consideró que hay contrato de trabajo con la empresa que utilizó los servicios de los trabajadores, aun cuando se hubiese convenido que las remuneraciones fuesen pagadas por la agencia.⁷

Esa Sala consideraba que prohibida la colocación, el ilícito respectivo servía para simular una relación de trabajo, de la que no podía ser ajeno el empleador que usaba de los servicios intermediados.

Por su parte, la Sala II de la C.N.A.T., en otra causa marcó una diferencia que pasaría a tener graves consecuencias, al decidir que cuando la agencia se hace cargo de las remuneraciones, se convierte ella misma en empleadora de los trabajadores.⁸

El 10 de diciembre de 1976 se sancionó la norma de facto, mal llamada ley, 21.476 (derogada por la ley 23.126, publicada en el Boletín Oficial el 12/11/84), destinada a limitar e impedir la negociación colectiva. El artículo 2° de esa norma prescribía: “Derógase y dejase sin efecto todas las normas legales, reglamentarias, estatutarias y convencionales cuyo contenido sea el especificado en la siguiente enumeración:

...f) las vigentes en organismos o empresas públicas o en la actividad privada, que obliguen al empleador a recurrir a bolsas de trabajo o a la intervención de asociaciones profesionales de trabajadores para la designación o promoción del personal;...”.

Durante el período de vigencia de esa norma hoy derogada, se argumentó por parte de la doctrina interesada en legitimar las intermediaciones colocativas, que esa disposición implicaba la derogación de la ley 13.591, interpretando lo contrario la jurisprudencia, ya que la previsión legal lejos estaba de abordar la materia regulada por la norma de 1949.⁹

Por lo demás, restablecida la democracia y derogada la norma de facto 21.476, en el año 1984, toda duda sobre la interpretación extensiva que de ella se hacía, dejó de tener referencia normativa alguna, por lo que la consideración de la vigencia actual de la ley 13.591 surge plena.

Se debe destacar, que aún durante el período de vigencia de la norma de facto 21.476, impugnada la misma por inconstitucionalidad de los artículos 10 y 11 ya citados, la C.S.J.N. rechazó el recurso respectivo y declaró la constitucionalidad de la normas cuestionadas, considerándolas una reglamentación válida del derecho constitucional de trabajar.

La Corte de 1978, en la causa “Ríos, Ramón y otro”, con voto de los doctores, Adolfo R. Gabrielli, Abelardo F. Rossi y Emilio M. Rossi, apoyándose en el dictamen del entonces Procurador General doctor Elías P. Guastavino, que “no son irrazonables los arts. 10 y 11 de la ley 13.591, en tanto prohíben el funcionamiento de las agencias

⁶ Conf.: CNAT, Sala V, 31/3/67, J.A., 1967-III, 396.

⁷ Conf.: CNAT, Sala III, 29/6/73, D.L. 1973, p. 675.

⁸ Conf.: Sala II, de la CNAT, 23/7/73, en L.T. 1973, p. 1032.

⁹ Ver: “La derogación de la contratación obligatoria de trabajadores por medio de bolsas de trabajo o por intermediación de sindicatos no implica la autorización para el funcionamiento de agencias privadas de ‘colocación’”. CNAT, Sala VI, 31/5/78, LT, 1979-263.

de colocaciones con fines de lucro y exigen, para las que no los persigan, la autorización administrativa, por lo que debe desestimarse la impugnación de inconstitucionalidad que formula la recurrente”.¹⁰

A ese efecto, el Procurador General, en esa oportunidad, recordó que era doctrina de la Corte desde 1944, sentada en “Pedro Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de la Carnes”¹¹, que “esta Corte, interpretando la Constitución de manera que sus limitaciones no lleguen a destruir ni a trabar el eficaz servicio de los poderes atribuidos al Estado a efectos del cumplimiento de sus elevados fines del modo más beneficioso para la comunidad (Fallos t. 171, p. 88 in fine conf. también “The Constitution of the United States of America Anntated”, 1938, ps. 67 y 68) ha reconocido de antiguo la facultad de aquél para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efectos de restringirlo o encauzarlo en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público”. Dijo asó mismo que: “Con respecto a este poder reglamentario, dentro del cual tienen fácil cabida todas aquellas restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad sin otra valla que la del artículo 28 de la Constitución Nacional (fallos t. 146, p. 62), ésta Corte Suprema después de referirse a los dos criterios amplia y restrictivo, con que ha sido contemplado en los Estados Unidos de América, ha dicho que acepta el más amplio porque está más de acuerdo con nuestra Constitución, que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67, Constitución Nacional), lo estima conveniente a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo (fallos t. 172, p. 21).”

Si partimos de la base de que para la Corte de 1978, la vigencia de la Ley 13.591 no se discutía y se la convalidaba como una reglamentación razonable de los derechos constitucionales del art. 14 bis y desde entonces no se ha dictado norma alguna que derogue esa ley, no puede someterse a debate si la misma está derogada.

Resta definir hasta dónde las posteriores normas dictadas de derecho interno e internacional ratificado, pueden haber modificado parcialmente sus disposiciones y en qué sentido.

En especial si la ratificación del Convenio Colectivo 96 de la O.I.T., llevada a cabo por la Ley 24.678 implica en sí una derogación de la prohibición de la colocación e intermediación lucrativas de personal, ya que ese Convenio admite excepcionalmente este tipo de conductas laborales.

¹⁰ Conf.: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional no son absolutos, debiendo ejercerse en el marco de las leyes que los reglamenten (art. 14, 1° parte) siempre que las mismas sean razonables (art. 28).-“ CSJN, “Ríos, R. y otro”, 27/6/1978; DT, 1979-93. Y concordantemente: “También comparto los argumentos del Procurador General referentes a la solicitada inconstitucionalidad de los artículos 10 y 11 de la ley 13591, pero agregó que, contrariamente a lo que afirma el apelante, las limitaciones consagradas por aquella disposición legal a la intermediación lucrativa entre la oferta y la demanda de trabajo no son producto de una filosofía política determinada, vigente en una cierta etapa política de nuestro país, sino que es prácticamente unánime la corriente doctrinaria legal y jurisprudencial contraria a las agencias de colocaciones, con fines de lucro tanto aquí como en el extranjero. Por ello, y en cuanto ninguno de los derechos consagrados por la Constitución Nacional es absoluto y está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, especialmente si se trata de proteger el trabajo humano evitando que se lo considere como una mercancía, no son inconstitucionales los artículos 10 y 11 de la ley 13.591”. CNAT, Sala III, “Vieyra, C.”, 31/3/1977. Idem: CNAT, Sala IV, “Santos, C. c/ sumario”, 31/5/1978. Idem, Sala VI, 29/4/77, LT, XXV-B, 644.

¹¹ Fallo del 1 de septiembre de 1944. Fallos t. 199, p. 483.

La excepcionalidad en la materia no es un tema menor. Ese Convenio que data de hace casi medio siglo, permitió esas actividades por un plazo que sería regulado por las autoridades de aplicación de los países signatarios. A esta altura de las circunstancias, es evidente que ese plazo está vencido y una interpretación razonable que se haga de la norma, conspira con la posibilidad de que Argentina y su poder administrador puedan seguir refugiándose en la violación de la regla general a mérito de la excepción.

Por otro lado, la existencia de una norma de derecho interno, como la Ley 13.591, operativa de derechos constitucionales que protegen a los trabajadores, es de suponer, que no puede ser desactivada por la ratificación de un convenio de la O.I.T., a mérito de que el mismo tenga un nivel de protección menor para el sujeto destinatario de la protección.

El principio de progresividad, que la O.I.T. consagra en su propia Constitución, cuando declara "En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o la recomendación", juega a favor de la plena vigencia de la Ley 13.591, sin menoscabo de sus disposiciones, por asumidas por la propia organización internacional, con posterioridad a que en 1949, asumiera la Argentina el piso protectorio que admitía esa organización en época de su Convenio 36.

Por otra parte, ya en el plano del derecho interno, ese mismo principio pasó a ser reconocido también en su raigambre constitucional por la C.S.J.N., en la causa "Aquino, Isacio c. Cargos Servicios Industriales S.A.", el 21 de septiembre del 2004, lo que deja abierto el cuestionamiento por inconstitucionalidad de las normas posteriores a la ley 13.591, que atacan sus previsiones prohibitivas de la colocación y la intermediación lucrativas del trabajo, por agencias de servicios privados.¹²

¹² Ver: "Ahora bien, este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se "compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1). La norma, por lo pronto, "debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata". Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo "más explícita y eficazmente posible" a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el *sub lite*, "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto*, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9; asimismo: *Observación General N° 15*, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: *Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23)".

"Más todavía; existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el tratado (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 14 y N° 15*, cit., págs. 103 —párr. 32— y 122 —párr. 19—, respectivamente), sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que "la mejora continua de las condiciones de existencia", según reza, preceptivamente, su art. 11.1".

"El mentado principio de progresividad, que también enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisamente respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26), a su vez, ha sido recogido por tribunales constitucionales de diversos países. Así, vgr., la Corte de Arbitraje belga, si bien sostuvo que el art. 13.2.c del PIDESC no tenía efecto directo en el orden interno, expresó: "esta disposición, sin embargo, se opone a que Bélgica, después de la entrada en vigor del Pacto a su respecto

De ello deviene la inconstitucionalidad manifiesta del decreto 489/2001 y la necesaria aplicación del Convenio 96 de la O.I.T., ratificado por la ley 24.648, respetando los niveles de protección que el derecho interno alcanzara con referencia a los trabajadores.

También el necesario respeto de la ley 13.591 vigente en los temas en que la intermediación de colocadores de personal a título oneroso, por fraudulenta, arrastra a la solidaridad de los principales que tratan de ajenizarse del riesgo que crea la actividad empresarial que emprenden.

[...], adopte medidas que fueran en contra del objetivo de una instauración progresiva de la igualdad de acceso a la enseñanza superior..." (*Arrêt n° 33792*, 751992, IV, B.4.3; en igual sentido: *Arrêt n° 40/94*, 1951994, IV, B.2.3). Este lineamiento, por cierto, es el seguido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al censurar, por ejemplo, el aumento de las tasas universitarias, dado que el art. 13 del PIDESC pide por lo contrario, esto es, la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita (*Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania*, 2121998, E/C.12/1/Add.29, párr. 22)".

"En un orden de ideas análogo, el Tribunal Constitucional de Portugal ha juzgado que "a partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) los deberes constitucionalmente impuestos para realizar un derecho social, el respeto de la Constitución por parte de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación *positiva*, para transformarse (o pasar a ser también) una obligación *negativa*. El Estado, que estaba obligado a *actuar* para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a *abstenerse* de atentar contra la realización dada al derecho social" (*Acórdão N° 39/84*, 1141984, la itálica es del original; asimismo: Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4ª. ed., pág. 469 y la doctrina allí citada, a propósito del "principio de prohibición de retroceso social" o de "prohibición de evolución reaccionaria")".

"De su lado, el Consejo Constitucional francés, con referencia a los objetivos de valor constitucional, tiene juzgado que, aun cuando corresponde al legislador o al Gobierno determinar, según sus competencias respectivas, las modalidades de realización de dichos objetivos y que el primero puede, a este fin, modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas proclamadas con anterioridad, esto es así en la medida en que no se vean privadas las garantías legales de los principios de valor constitucional que dichas disposiciones tenían por objeto realizar (*Décision n° 94359 DC* del 1911995, *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 1995*, París, Dalloz, págs. 177/178, párr. 8). Es esta una muestra de la jurisprudencia llamada *du cliquet* (calza que impide el deslizamiento de una cosa hacia atrás), que prohíbe la regresión, mas no la progresión".

"Cabe memorar, en este contexto, las palabras del ya mencionado miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957, sobre el destino que se le deparaba al proyectado art. 14 bis, a la postre sancionado. Sostuvo el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei, que "un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante", aun cuando ello "podrá desagradar a alguno que querría permanecer firme" (*Diario de sesiones...*, cit., t. II, pág. 1060)". C.S.J.N., "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/9/2004.