

NEUQUÉN, 29 de abril de 2020

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**MANRIQUEZ ANDREA LUJAN C/COOP. TRABAJO ANGEL BORLENGHI Y OTROS S/PEDIDO**" (JNQLA3 EXP 388500/2009) venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los **Dres. Fernando Marcelo GHISINI** y **Marcelo Juan MEDORI**, con la presencia del Secretario actuante, **Dr. José Oscar SQUETINO**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el **Dr. Ghisini** dijo:

**I.-** Mediante la sentencia definitiva de primera instancia de fs. 596/604 vta. se acogió en forma parcial la demanda interpuesta por Andrea Lujan Manriquez contra Cooperativa Ángel G. Borlenghi de Trabajo, Vivienda, Consumo y Crédito Limitada, por un monto de \$40.474,23, en concepto de diferencias salariales, indemnizaciones artículos 232, 233 y 245 de la L.C.T., S.A.C. y vacaciones proporcionales, remuneraciones adeudadas, indemnizaciones artículos 8 y 15 de la ley 24.013 e indemnización artículo 2 de la ley 25.323.

Como fundamento central de la decisión, se analizó la naturaleza del vínculo existente entre las partes, a partir de las diferencias doctrinales existentes en torno al sustrato jurídico sometido a juzgamiento. Del mismo modo, de conformidad con lo dispuesto por el decreto 2015/1994 y con cita de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Castro Lago", consideró que la contienda debía subsumirse en los términos del artículo 23 de la L.C.T. y, luego de examinar la prueba oral, concluyó que la Cooperativa se comportó como una proveedora de servicios a un tercero, extrayéndose de ello y el material probatorio las notas típicas de un contrato de trabajo.

En relación al distracto, estimó que la conducta de la Cooperativa demandada resultó contraria a lo dispuesto por los artículos 57 y 63 de la L.C.T., por lo que resultó ajustado a derecho el despido indirecto decidido por la trabajadora.

Posteriormente, desestimó la acción dirigida contra los codemandados Álvarez y Ferrer, por no hallarse acreditada la consecución de fines extra-societarios, la frustración de derechos de terceros o la constitución de la persona jurídica como un mero recurso para la violación de la ley.

También rechazó la acción referida a la reparación de los daños que la parte actora adjudicó a un accidente de trabajo, por la insuficiencia de la prueba para acreditar su acaecimiento.

Ulteriormente, examinó la procedencia de los diferentes conceptos que cuantificó en la medida de su procedencia, y dispuso el devengamiento de intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A., imponiendo las costas del proceso a la Cooperativa por la acción que prospera y al actor en relación a los codemandados Ferrer y Álvarez.

**II.-** Contra la referida sentencia, la parte demandada dedujo recurso de apelación a fs. 611/625 vta.

Centra su crítica a la decisión en cuanto a la calificación como un vínculo de linaje laboral al mantenido con la actora, para lo cuál adjudica absurdo en la valoración de la prueba, ausencia de análisis de la existencia de fraude, inexistencia de examen de la realización de actos cooperativos, la errónea aplicación del artículo 23 de la L.C.T. y la inobservancia de lo resuelto por la Corte Suprema en la causa "Lago Castro".

Destaca que no existió extralimitación en el objeto social y tilda de dogmática la fundamentación de

la decisión, por cuanto omitió analizar los actos cooperativos con arreglo a la ley 20.337, de lo que se extrae la diferencia entre la prestación de un servicio y la mera provisión de personal.

Solicita que se revoque la sentencia y se rechace la demanda en todas sus partes.

Sustanciado el recurso, la parte actora no hizo uso de la facultad procesal de replicarlo.

**III.-** Para dar adecuado tratamiento a los agravios resumidos en el apartado precedente, que remiten en definitiva al encuadramiento del negocio jurídico sostenido por las partes, resulta indispensable realizar algunas consideraciones conceptuales.

**1.-** El cooperativismo es un movimiento surgido en los albores de la consolidación del sistema capitalista, como una alternativa de vinculación asentada en valores, principios y finalidades sustancialmente diferentes a los de la empresa típicamente capitalista.

Si se adopta como punto de partida la revolución industrial de la segunda mitad del siglo XVIII, que proyectó entre sus consecuencias un nuevo modelo de acumulación de capital, así como de distribución de las cargas y beneficios económicos -además de significativas alteraciones sociales, demográficas y políticas-, se advierte que la única forma de filiación social que permitía a las personas participar en el mercado fue la de comercializar su fuerza de trabajo, sometándose a sus reglas y desequilibrios.

Con la simplificación que lleva el propósito de esta brevíssima reseña, puede señalarse que ello dio lugar a un elevado nivel de conflictividad que abrió paso a la denominada «cuestión social», que fue precisamente producto de las condiciones miserables que

se derivaban para la clase obrera, del liberalismo y su idea fuerza de libertad de contratación.

Las respuestas ensayadas (unas antes y otras después), remiten a la construcción de protecciones inherentes a la forma de prestación del trabajo subordinado a una estructura empresaria capitalista, con todo el andamiaje tutelar derivado en esa desigual condición. Así, progresivamente se ha ido formando el moderno derecho del trabajo.

Sin embargo, incluso antes en el tiempo, surgió el movimiento cooperativista. En efecto, incluso con anterioridad a 1844 -hito del cooperativismo coincidente con la creación de la cooperativa de Rochdale, en Inglaterra-, ya existían cientos de cooperativas que fueron forjando los principios inherentes al movimiento.

Los denominados principios de Rochdale resultan una forma de sistematización que amalgamó los valores del Cooperativismo y que se diseminaron rápidamente, para ser recogidos ulteriormente por la Alianza Cooperativa Internacional, que a través de diferentes variantes han quedado sintetizados como: «[...] adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre cooperativas, e interés por la comunidad [...]» (cfr., Recomendación 193 de la O.I.T., art. 3, inc. "b").

De modo paralelo al surgimiento de las cooperativas de consumo en Gran Bretaña, y las agrarias y de crédito en Alemania, surgieron en Francia los primeros esquemas de Cooperativas de Trabajo (cfr., Dante Cracogna, "Problemas actuales del derecho cooperativo", páb. en Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2011-3, p. 48 y ss., ed. Rubinzal

Culzoni).

Apunta Mirta Vuotto que, en rigor, el cooperativismo de producción (nuestras cooperativas de trabajo), parte de principios difundidos en Francia por Philippe Buchez hacia fines de 1831 en el *Journal des sciences morales et politiques*, esto es, con escasa anterioridad a la sistematización de los principios de Rochdale (aut. cit., "El cooperativismo de trabajo en la Argentina: contribuciones para el diálogo social", Organización Internacional del Trabajo (2011), p. 13, disponible en el enlace [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_179395.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_179395.pdf)).

El fin último de la cooperativa de trabajo es el establecimiento de una nueva forma de organización de los medios materiales, inmateriales y personales, que particularmente apunta a la disputa de la forma de reparto de la plusvalía generada por la empresa. En este esquema, la tasa de ganancia que apropiaría para sí un empresario capitalista, es dividida entre los asociados, luego de la integración de los fondos y reservas establecidos por el artículo 42 de la ley 20.337.

En este orden, resulta preciso trazar una divisoria entre las cooperativas de trabajo y todo el resto de ellas, puesto que en la única tipología en que se verifica el debate en torno a la naturaleza de la prestación de las personas que siendo asociadas cumplen tareas materiales o intelectuales, es en las primeras.

Vale decir que, resulta importante poder divisar claramente este tópico, puesto que el cooperativismo del trabajo constituye una nueva forma de gestión de la empresa, que indudablemente encarna el nacimiento de un nuevo sujeto, tributario de la economía social, con personalidad jurídica propia, diferente y distinguible

de sus asociados (art. 33, Cód. Civ. -ley 340-; art. 7, Cód. Civ. y Com.).

De este modo, se extrae una preliminar pero relevante reflexión: No existe una relación de exclusión o conflicto entre el movimiento cooperativo y las formas tutelares del derecho del trabajo.

Es por ello que las cooperativas de trabajo constituyen una forma de asociación que ha recibido explícito reconocimiento en el artículo 12 ap. 3 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (disponible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)) y particularmente su recomendación 193 (2002), documento programático de innegable trascendencia, que reemplazó y actualizó a la recomendación 167 (1966).

Es sabido que las recomendaciones no están sujetas a ratificación, no obstante lo cuál cumplen un relevante rol informativo, al proporcionar una orientación sobre la política, la legislación y la práctica de los Estados Miembros de la O.I.T., lo que en alguna medida determina la dinámica de su constitución, que perdura y adaptada a las nuevas situaciones globales.

Resulta de interés examinar los antecedentes de lo que en definitiva fue la recomendación 193, adoptada en el año 2002.

En la 90ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra (disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-23.pdf>), la representación empleadora consideró que la recomendación «[...] no debería convertirse en una carta de derechos de los trabajadores y de normas internacionales del trabajo puesto que el conjunto de convenios y recomendaciones de la OIT existentes ya eran aplicables a los trabajadores de las

cooperativas [...] (v. pág. 4 del documento cuyo enlace se colocó anteriormente).

A su vez, la representación trabajadora consignó que « [...] En cuanto a los trabajadores, (el documento) debía examinar cuestiones como el trabajo decente, las normas internacionales del trabajo y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo [...]» (el agregado entre paréntesis no está en el original, v. documento antes citado, p. 5).

Este intercambio de ideas quedó plasmado en el artículo 8° ap. 1 de la recomendación 193, que establece:

«[...] Las políticas nacionales deberían, especialmente: (a) promover la aplicación de las normas fundamentales del trabajo de la OIT y de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a todos los trabajadores de las cooperativas sin distinción alguna; (b) velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las pseudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas [...]» (el subrayado no está en el texto original).

El sentido de la recomendación demuestra en forma nítida que los principios y derechos fundamentales en el trabajo emanados de su prolífica elaboración convencional, resultan aplicables a todos los trabajadores de las cooperativas, sin distinción alguna y, al mismo tiempo, que las cooperativas no pueden ser utilizadas para evadir la legislación del trabajo, que resulta aplicable a «todas las empresas».

Sentada la proyección de los instrumentos internacionales emanados de la O.I.T. sobre las cooperativas de trabajo, queda evidenciada la falsa antinomia presentada entre los principios del cooperativismo referidos a la gestión de la empresa por parte de los trabajadores a través de sus órganos y la naturaleza de la relación que establecen con la persona, que en todos los casos debe garantizar los derechos laborales de quienes se desempeñan en su favor.

Con posterioridad a la derogación de la Constitución sancionada en el año 1949 y el retorno al texto constitucional de 1853/1860, se produjo la reforma de 1957, que condensó en un artículo inserto a continuación del artículo 14, que fue denominado «14 bis», un amplio espectro de derechos derivados del constitucionalismo social. Este artículo incorporó la protección del trabajo «en sus diversas formas», indicando en modo imperativo que «gozará de la protección de las leyes».

Posteriormente, en el año 1974, se sancionó la L.C.T., norma que analizada en clave sistémica permite corroborar la inexistencia de incompatibilidad entre la figura de la cooperativa de trabajo y sus mandatos tutelares, que le resultan enteramente aplicables.

En tal sentido, debe examinarse si la naturaleza y modalidad de las actividades de una cooperativa resulta compatible con la noción de *hiposuficiencia*, lo que se corresponde con la indagación asociada a si verdaderamente existe una diferencia sustantiva entre una persona que se desempeña en una cooperativa de trabajo y cualquier otra forma de organización.

La relación de intercambio que existe en la causa de la contratación es idéntica en ambos casos, puesto que tanto la denominada distribución de

excedentes repartibles a título de retorno (art. 42, ap. 5°, inc. "b", ley 20.337), cumple idéntica función mínima de subsistencia que la remuneración, erigiéndose en la causa fin del negocio jurídico para la persona que trabaja, en ambos casos.

En torno al sometimiento a una jerarquía específica, dependencia técnica y disciplinaria, tampoco existen diferencias sustanciales entre la prestación del trabajador cooperativista y el que se inserta en cualquier otra organización (cfr., Ricardo Cornaglia, "La subcontratación de servicios por medio de cooperativas de trabajo. El control de constitucionalidad del decreto 2015/94", púb. en Doctrina Judicial, La Ley, Buenos Aires, 22 de octubre de 2003, p. 516).

Es falso, por tanto, que en una cooperativa de trabajo legítima prime exclusivamente un espíritu asociativo que obture el conflicto de intereses entre ella y las personas que materialmente desarrollan tareas, puesto que se trata de sujetos de derecho diferentes que, como tales, pueden mantener sendas diferencias.

Del mismo modo, la cooperativa de trabajo resulta enteramente compatible con el concepto de empresa adoptado por el artículo 5° de la L.C.T., que explícitamente tiene base instrumental y relativiza el ánimo de lucro como pauta relevante.

Para el derecho común laboral, por tanto, es empresa tanto la que está guiada por un fin puramente económico o, como en el caso de las cooperativas, por un fin mediato de distinto orden, cual es proveer de trabajo a sus asociados, distribuyendo entre ellos las ganancias resultantes de la actividad. Quiere ello decir que el «empresario» que define el mismo artículo, es

quien dirige a la organización instrumental, persiga o no ésta un ánimo de lucro excluyente.

De acuerdo al artículo 26 de la L.C.T., es empleadora la persona que requiera de los servicios de un trabajador, de lo que se sigue que el binomio empresario-empleador resulta inescindible.

Vale decir que, corroborada la existencia de una organización de medios materiales, inmateriales y personales organizados bajo una dirección, poco interesa a los efectos de caracterizar la relación que anuda con la persona que trabaja, si esta tiene -o podría tener-, participación en la gestión empresarial o en las ganancias, aspectos que por otra parte han sido explícitamente recogidos por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional como un derecho general de todas las personas que trabajan.

Con ello, se colige que el trabajo desempeñado por la persona que hace de ello su medio de subsistencia y canaliza de tal modo las necesidades suyas y de su grupo familiar, cuenta con expresa tutela constitucional y está protegido por el piso mínimo de derechos laborales, conforme se desprende del artículo 8 de la recomendación 193 de la O.I.T.

De tal forma y como bien lo expresa Cornaglia, existe una pluridimensión normativa, que hace que el trabajo que presta en forma personal resulte al mismo tiempo un acto típicamente cooperativo que hace nacer los derechos, deberes y obligaciones emanados de la ley 20.337, revelando una *affectio societatis* para organizar la forma de distribución de la plusvalía, lo que en modo alguno obstruye la relación de dependencia que resulta consustancial al trabajo cumplido por una persona en favor de otra (en el caso la cooperativa) que fija válidamente las condiciones de desempeño y dirigirlo, a

través del pago de una remuneración (denominada anticipo de retorno).

El artículo 27 de la L.C.T. establece que las personas que prestan todo o parte principal de su trabajo a la sociedad que integran, con sujeción a instrucciones, serán considerados trabajadores dependientes a los fines y efectos de la aplicación de la ley de contrato de trabajo.

La ley de contrato de trabajo fue sancionada el 13 de mayo de 1974, en tanto que la regla de facto 20.337 -que regula las Cooperativas y contiene a las de trabajo o producción- había sido emitida el 2 de mayo 1973.

Con ello, al regular en punto al trabajo cumplido por integrantes de las sociedades, resulta particularmente inexacto que se encuentre excluida la cooperativa del alcance normativo, puesto que la ley no reconoce ninguna otra excepción que las sociedades de familia entre padres e hijos.

El escaso año que media entre la sanción del régimen de cooperativas y la ulterior sanción del cuerpo general de derecho común laboral, hace que la conclusión anterior resulte aun más sólida, puesto que de haber querido establecer una excepción análoga a la creada por un sector de la doctrina y jurisprudencia, así se habría hecho.

Cuando el texto de un precepto es claro, y a su vez puede correlacionarse en términos cronológicos e históricos de tal proximidad con otro con el que se lo supone incompatible, cabe recurrir como pauta hermenéutica a aquella que indica que la inconsecuencia del legislador no se presume.

Conforme se desprende de los antecedentes parlamentarios de la ley 20.744, el originario artículo

29 de su texto (análogo al actual artículo 27), constituye una norma antifraude (v. intervención del miembro informante, Sr. Penissi, del diario de sesiones del 21 de mayo de 1974, p.473, disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.20744.Debate.Contrato.de.Trabajo.R%C3%A9gimen.pdf>).

Las denominadas normas antifraude son precisamente tales, por cuanto establecen una regulación que tiene por finalidad anticiparse a un comportamiento, captándolo y objetivándolo en una solución legal, de tal modo de evitar el debate en cada caso en particular.

De tal forma, constituye un razonamiento circular el que, desentendiéndose de la estructura y teleología del artículo 27 de la L.C.T., distorsiona el mecanismo objetivo de imputación de consecuencias, devolviendo el debate en torno al fraude a un punto que el Congreso de la Nación ya había zanjado al emitir la norma.

Recapitulando: a partir del esquema conceptual previamente desarrollado, considerando asimismo que el artículo 14 bis dispensa una protección intensa al trabajo cumplido por quien hace de ello su medio de subsistencia, que la recomendación de la O.I.T. 193 establece la directriz de que los trabajadores de toda cooperativa, sin distinción, sean acreedores de los derechos laborales; que deben aplicarse a todas las empresas, que la ley de contrato de trabajo establece una estructura general que incluye a la cooperativa como empresa y establece una solución antifraude para el socio trabajador, se concluye que en todos los casos los pisos mínimos inderogables provenientes de la relación de trabajo resultan indisponibles.

El orden público laboral es un instrumento que guarda una ligazón directa con la reglamentación de los

derechos constitucionales incorporados por el artículo 14 nuevo y robustecido por el artículo 75 inc. 22. Por tanto, si bien habitualmente a la hora de examinar sus límites se atiende a la tutela de los derechos subjetivos individuales, no puede perderse de vista la dimensión social que entraña su protección.

Debe integrarse en el análisis de toda situación las consecuencias que proyecta una determinada hermenéutica sobre el valor protegido por la técnica del orden público laboral, puesto que en otra medida toda su significación queda fuertemente afectada.

La tesitura contraria a la que se desarrolló anteriormente, interpreta que el ánimo asociativo excluye la existencia de subordinación y permite que el trabajo desarrollado por una persona que depende del ingreso sinalagmático derivado de esa actividad (por lo demás dirigida y organizada por la cooperativa), se desarrolle en condiciones menos favorables que las establecidas por el orden público laboral.

Cabe recordar que los mínimos indisponibles son la resultante de un bloque de fuentes heterónomas que atienden al cumplimiento del programa constitucional, pero además de las condiciones de trabajo resultantes de la negociación colectiva, que jamás establece como pauta de exclusión el tipo de asociación, sino fundamentalmente la actividad y el interés colectivo comprometido.

Para la vertiente de pensamiento contraria a la que se adopta, el punto de inflexión de todo el análisis está constituido por determinar si existe una cooperativa de trabajo genuina, lo que excluiría la existencia de un sujeto empresario que persiga la obtención de un fin propio. En orden a ello, destaca que el artículo 2 de la ley 20.337 define a las cooperativas

en general, haciendo eje en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios, de acuerdo a los caracteres que luego enumera, que no son otros que los principios universales del cooperativismo (aplicable a toda clase de cooperativas).

Lo que corresponde indagar, para esta línea interpretativa, es si se verifican en el caso todos los elementos que atienden a la existencia de una organización horizontal, democrática y fundamentalmente autogestiva. Se considera que para ello decisivas las diferentes disposiciones emanadas del INAC (360/75; 183/92), de la AFIP (R.G. 4398/97) o de la ANSeS (784/92), del P.E.N. (dec. 2015/94), o las leyes 25.250 (art. 4°) y su sucesora 25.877 (art. 40).

Tal ha sido la tesitura adoptada por la Corte Suprema de Justicia en la causa "Lago Castro" (Fallos, 332:2614, sent. de 24 de noviembre de 2009), al establecer que resultó arbitraria la sentencia que omitió examinar aspectos concernientes al tipo societario establecido por la ley 20.337 y diferentes resoluciones -antes enumeradas- (cons. 2°), un déficit en la evaluación de las notas de la subordinación (cons. 4° y 5°).

Sin embargo, de la lectura del pronunciamiento se desprende que la materia tratada remite al examen de normas de derecho común y que la sentencia ha sido dictada en el excepcional marco de la doctrina de la arbitrariedad.

Con ello, las consideraciones adicionales a la verificación de tal vicio, constituye una interpretación de normas de derecho común que por lo tanto está reservada a los jueces naturales de la causa.

Si bien temporalmente inaplicable al caso, la Resolución 4664/2013 del I.N.A.E.S., (regla adolece de

una flagrante inconstitucionalidad en orden a su ponderación dentro del orden jerárquico, para modificar el artículo 27 de la L.C.T.), demuestra cabalmente que el alcance que tiene la recomendación de O.I.T. para nuestro país, lo que revela que lo tuvo -tal como postulé anteriormente-, desde su adopción en el año 2002.

Los considerandos dan cuenta “[...] Que resulta menester adecuar la normativa en base al marco conceptual y legal otorgado por la Recomendación OIT N° 193/2002 y el principio protectorio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional [...]” y que “[...] Que no puede justificarse que por inexistencia de un vínculo de dependencia laboral, se omita la prestación de condiciones que hacen a determinadas circunstancias de la vida de los trabajadores organizados en cooperativas de trabajo, con exclusivo foco en la finalidad que representa el vínculo asociativo [...]”.

Si bien estos considerandos revelan un desorden conceptual jurídico, que postula sostener a regañadientes la tesis del *asociativismo excluyente*, como un modo de establecer en la práctica la existencia de trabajadores de segunda (incluso para fundar tal distinción se cita el amparo en el artículo 14 bis y su angular principio protectorio), resulta de interés para el caso (de ahí la invocación de la norma temporalmente inaplicable) destacar la cita como fuente, de los gravitantes términos de la Recomendación 193/2002 de la O.I.T.

De tal modo, si la Recomendación de la O.I.T. es obligatoria para nuestro país, tal como queda confirmado, les resultan aplicables los derechos fundamentales afirmados en normas de la O.I.T. (aun cuando la resolución los reconoce a cuentagotas, lo que

no interesa al presente caso).

De lo que se trata es, en definitiva, de repensar las razones o motivos por los cuáles en forma sistemática un sector del Estado coloca a la modalidad asociacional cuyo reconocimiento Constitucional sólo deriva del artículo 14 de la Constitución, por encima de los derechos y garantías de la persona que trabaja, cuya tutela constituye una de las bases de nuestro estado de derecho.

Vale decir, por otro lado, que la resolución pretende fungir como una mejora en la condición de desempeño de los socios cooperativistas, pero en rigor constituye la denegación de todo un amplio abanico de derechos a los que alude la Recomendación N° 193 de la O.I.T.

Se trata de una mínima concesión, que en rigor revela la inconsistencia y denegación del efectivo goce de todo aquello que viene incorporado -además de la clausula Constitucional del artículo 14 bis-, por el *corpus juris* internacional elaborado por la O.I.T.

Es evidente que la Recomendación N° 193 garantiza a los trabajadores cooperativistas los beneficios de la seguridad social, aspecto que la resolución trata. También hace lo propio -por remisión a los instrumentos específicos-, con la remuneración, la igualdad salarial y su forma de fijación (Convenios N° 95, 100 y 26), la jornada limitada, descanso semanal y horas de trabajo (Convenios N° 1, 14 y 30), protección de la maternidad (Convenio N° 3), vacaciones pagas (Convenio 52), seguridad y salud de los trabajadores (Convenio 155), trabajadores con responsabilidades familiares (Convenio 156), sobre readaptación profesional y empleo (Convenio 159), sobre seguridad y salud en el trabajo (Convenio 187).

Por otro lado, la recomendación N° 198 de la O.I.T., adoptada el 15 de junio de 2006, reafirma la interpretación postulada en torno a los alcances del artículo 27 de la L.C.T., ya que proporciona una clara orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo (art. 4, inc. "a"), anticipándose al encubrimiento del carácter laboral a través de otras formas (art. 4, inc. "b") y asegura el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo (art. 4, inc. "f").

En tal sentido, las pautas de la Recomendación resultan análogas a las empleadas por la L.C.T. a los efectos de caracterizar la relación como laboral, para lo cual deben ponderarse los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes (cfr., artículo 9°, recomendación y art. 7 y 21, L.C.T.).

El artículo 13° de la Recomendación alude como pautas relevantes a las ya conocidas notas de la subordinación (inc. "a"), pero enfatiza particularmente sobre la situación de la persona que trabaja, en cuanto al pago de una remuneración periódica, constitutiva de la única o la principal fuente de ingresos del trabajador (inc. "b").

En síntesis, a tenor de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país y los términos del programa constitucional plasmado en la reforma del año '57, el Poder Ejecutivo Nacional ha dictado diferentes normas que contradicen la protección derivada del artículo 14 bis para las personas que hacen de su

trabajo en una cooperativa su medio de subsistencia.

Por lo tanto, las resoluciones de ANSES, AFIP, INAC e INAES, que declaran la incompatibilidad del vínculo asociativo con la contratación de carácter laboral, consisten en declamaciones derechamente inconstitucionales y particularmente inconsistentes, que carecen de efectos jurídicos para definir y encuadrar los vínculos, a los fines de determinar el alcance de los derechos y obligaciones de las partes.

En conclusión, a tenor de la plena vigencia de la teoría de la pluridimensión del encuadramiento del trabajo cumplido por el socio trabajador, tanto como acto cooperativo (art. 4, ley 20.337), como presupuesto de existencia de una relación y contrato de trabajo (arts. 21, 22 y 27, L.C.T.), correspondería confirmar sin más lo resuelto en la instancia anterior.

**2.-** El panorama conceptual no estaría completo si no incorporásemos la problemática que produce el fenómeno de la tercerización laboral, que se acrecentó a partir de la crisis del modelo de producción «fordista» de la década del '70 y produjo una paulatina transformación de los modelos de producción y prestación de servicios, que ha alcanzado incluso a la esfera estatal, en cuanto a la subcontratación de servicios que otrora absorbiera con personas amparadas en el estatuto del empleado público.

Así, deben distinguirse adecuadamente las hipótesis de suministro de personal, que remite a la figura del intermediario o hombre de paja, por un lado, y la prestación de un servicio genuino por el otro (véase, entre otros, Victoria Basualdo y Diego Morales (coord.), "La tercerización laboral. Orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina", p. 24 y ss., ed. Siglo veintiuno).

En este orden, asumido que el fenómeno de la externalización ha llegado para quedarse -y va próximo a cumplir medio siglo de evolución sostenida y constante-, deben diferenciarse materialmente las hipótesis de licitud e ilicitud (v.gr, los supuestos del artículo 29 de la L.C.T. en relación a los del artículo 30 del mismo cuerpo legal).

En este sentido, apunto que en materia laboral el fraude se consuma por la objetiva sustracción de lo que la norma imperativa indica, sin que resulte menester el concurso de un ánimo subjetivo. Es suficiente con el apartamiento de la regla de orden público.

En cambio, existe otra noción del fraude, emparentada a la causa del negocio jurídico, esto es, dotar de apariencia de Cooperativa a una empresa que en los hechos no es tal o que siéndolo se comporta en forma desviada.

**3.-** A partir de tales elementos, el problema que enfrentan servicios tales como «seguridad» o «limpieza» -por enumerar los mas paradigmáticos-, es el alto nivel de confusión o identificación que existe entre la tarea materialmente cumplida por la persona (v.gr., personal de mastranza o vigilador) en relación al servicio mismo.

La problemática fue abordada a través de reglas sucesivas: el artículo 1 del decreto 2015/94, el artículo 4° de la ley 25.250 y artículo 40 de la ley 25.877.

El artículo 40 de la ley 25.877 (regla legal en vigor a la época del conflicto que motiva las presentes actuaciones), establece una solución análoga a la del artículo 14 de la L.C.T., al disponer que los servicios prestados por los socios en fraude a la ley laboral, acarreará que sean considerados trabajadores

dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social.

En todos los casos, el fraude a la ley que se aborda es el derivado de la intermediación ilícita, puesto que regula la situación que se verifica en la triangulación con una empresa en la cual presta servicios el cooperativista.

Ahora bien, ¿quieren decir estas normas que una cooperativa de trabajo que se dedique (tal como el caso que nos ocupa) a actividades allí enumeradas, necesariamente implique una hipótesis de fraude estructural?

En tal orden, cuadra señalar que a mérito de su origen y desarrollo, las cooperativas de trabajo han merecido una mirada crítica tanto por preconceptos ideológicos que ven a esta forma de organización como una amenaza a las bases mismas del sistema capitalista, como asimismo por vertientes doctrinales que, ínsitas en la legislación que tutela al trabajo dependiente, restan todo espacio al cooperativismo, postulando el ensanchamiento del ámbito de aplicación de la disciplina laboral (cfr., por ejemplo, Ricardo Cornaglia, "La Cooperativa de Trabajo y los Derechos Sociales, púb. en Revista Jurídica La Ley, 15 de febrero del 2010, Año LXXIV, N° 31, pág. 8).

En el caso, está acreditado que en términos formales la Cooperativa se encuentra inscripta, de acuerdo a lo informado por el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social a fs. 282 y los antecedentes anejados al informe recabado, obrantes a fs. 259/281.

Del mismo modo, el perito contador ha compulsado el registro de asambleas, del que consta la realización

de las asambleas general, ordinaria y distrital, como asimismo a extraordinarias, con la participación de los asociados que se identifican (v. fs. 520/526).

También se desprende del informe pericial contable la designación de diferentes consejos de administración (v. fs. 527/529).

Asimismo, el experto enumeró a fs. 530 y vta. y fs. 532/534 vta. los diferentes libros, registros y documentos compulsados para la realización del informe, que denotan un sustancial acatamiento de la normativa legal.

Resulta crucial asimismo para corroborar la naturaleza del vínculo, que de los términos del informe pericial contable, el contenido de los recibos incorporados al proceso por la demandante y lo informado a fs. 293 (Diario Rio Negro) y 315 (Diario La Mañana) se desprende que se convocó a asambleas con la finalidad de preservar el principio democrático tendiente a que los asociados ejerzan a través de la deliberación, el gobierno de la cooperativa.

Tales aspectos formales constituyen condición necesaria, pero no suficiente a los efectos de desentrañar la naturaleza del vínculo base del proceso, puesto que sólo corroboran su costado asociativo.

Nos sirve a los efectos de excluir la hipótesis referida a que toda la estructura de la cooperativa reposa en el encubrimiento en un tipo societario que no se avenga a su realidad. La cooperativa de trabajo es genuina, lo que descarta que la modalidad asociativa haya sido predispuesta como un mero recurso para violar la ley y el orden público.

**4.-** Sin embargo, aun cuando la interpretación referida a la naturaleza del vínculo anudado por la socia trabajadora con la cooperativa, a la luz de lo

dispuesto por el artículo 27 de la L.C.T., en un contexto de una cooperativa genuina de trabajo, resultaría suficiente para resolver la contienda y confirmar lo resuelto, corresponde examinar una circunstancia particular que corrobora que en el presente caso la Cooperativa se comportó como una agencia de colocación de personal en favor de un tercero, en contra del orden público laboral, de lo instituido por los artículos 14 y 29 de la L.C.T., artículo 10 de la ley 13.591 y convenio 96 de la O.I.T.

Esta conclusión fluye a partir de los términos de la contestación de la demanda, en que la Cooperativa señaló textualmente: “[...] La accionante, en función del contrato licitatorio que se acompaña y aún antes de estar formalmente afiliada, fue destinada el 1° de julio de 2006 a cumplir servicios cooperativos de maestranza o limpieza en las instalaciones del Hospital ‘Dr. Natalio Burd’ de la ciudad de Centenario[...]” (v. fs. 209, quinto párrafo).

De la literalidad de tal confesión se extrae que cuando la trabajadora comenzó materialmente a cumplir tareas en el Hospital, carecía de la condición de socia, lo que excluye que la causa de su incorporación a prestar servicios finque en el pretendido vínculo asociativo.

Resulta insanablemente inconsecuente la afirmación, por cuanto quién aún no tenía formalmente asignado el carácter de asociado mal pueda cumplir “servicios cooperativos”.

Si se analiza además la fecha de incorporación al régimen de monotributo, esto es, el 2 de julio de 2006 (fs. 440), de la solicitud y admisión de la actora como asociada de la cooperativa del 5 de julio de 2006 (fs. 548, peritaje contable y documentación aportada por

la demandada), en relación a la fecha de comienzo del servicio derivado de la licitación 36/05, del 1 de julio de 2006 (v. punto 13.b del informe pericial, a fs. 546), se corrobora que la dinámica del vínculo no fluye desde la prestación del servicio de generar una ocasión de empleo -por parte de la cooperativa- a un asociado, sino antes bien todo lo contrario; se constata que la Cooperativa obtuvo una licitación y luego (o cuanto menos al mismo tiempo) seleccionó a las personas para desempeñarse, asignándoles -incluso luego del comienzo de la prestación efectiva-, la calidad de asociados.

De las declaraciones testimoniales rendidas en extraña jurisdicción por los testigos Vannini y Schapper, cuyas actas obran agregadas a fs. 503 y 504, se desprende que la mecánica de incorporación de la actora a la cooperativa, que resulta contraria al mecanismo de solicitud de aprobación de la asociación, que por lógica debería preceder -tal como lo ponen de manifiesto los testigos-, a cualquier tipo de asignación de tareas.

La marcada concomitancia de fechas y hechos, así como el comienzo de la prestación por quien no era aun asociada formal a la cooperativa, generan una razonable persuasión acorde a las conclusiones elaboradas en la sentencia de grado.

De tal modo, también desde esta perspectiva se corrobora que la Cooperativa resulta solidariamente responsable por los créditos reclamados, con arreglo a las previsiones de los artículos 14 y 29 de la L.C.T. y 40 de la ley 25.877.

A modo de conclusión y para que no exista contradicción entre la premisa referida a la calidad adjudicada a través de la aplicación del artículo 27 de la L.C.T., que conllevaría la calificación como

empleadora de la Cooperativa, y la precedentemente indicada, que la coloca en calidad de responsable solidaria (artículo 29, L.C.T.), corresponde, a tenor de los hechos invocados, debatidos y probados, declarar el alcance de la condena en esta última condición de responsable solidaria, lo que no queda en modo alguno enervado por la ausencia de convocatoria a proceso del principal (arts. 699 y 705, Cód. Civ. -ley 340- y art. 7, Cód. Civ. y Com).

**IV.-** Por las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo rechazar el recurso y confirmar en todas sus partes la sentencia definitiva de primera instancia de fs. 596/604 vta.

Las costas de la presente instancia serán a cargo de la parte demandada, en su objetiva condición de vencida (art. arts. 17, ley 921 y 68, 279 C.P.C.C).

Los honorarios por la actuación en esta instancia se regulan en un 30% de los establecidos en la instancia de grado, a los que actuaron en igual carácter (art. 15, ley 1594).

Tal mi voto.

El **Dr. Medori** dijo:

Adhiero a la solución.

Por ello, esta **sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Rechazar el recurso y confirmar en todas sus partes la sentencia definitiva de primera instancia de fs. 596/604 vta.

**2.-** Imponer las costas de la presente instancia serán a cargo de la parte demandada, en atención a su condición de vencida (art. 17, ley 921).

**3.-** Establecer los honorarios por la labor desarrollada en esta instancia, en el 30% de lo

establecido en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15, Ley Arancelaria).

**4.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini**

**JUEZ**

**Dr. Marcelo Juan Medori**

**JUEZ**

**Dr. José Oscar Squetino**

**SECRETARIO**