

Repensando el empleador, medio siglo después.

DE CAPITALES Y CAPITANES.¹

La actividad empresarial.

“...Argentina tiene que volver a las bases...”

Lionel Andrés Messi, capitán de la Selección Argentina,

luego del partido con Arabia Saudita en Qatar 2022

1. Aproximaciones al concepto

El mundo del deporte y del entretenimiento en general es hoy el escenario de los mayores negocios del planeta. Los negocios empresariales han mutado del puro comercio transaccional tradicional de tipo territorial, para traspasar fronteras, fortunas personales e incluso figuras jurídicas que ya no alcanzan a explicar ni contener el fenómeno empresarial. Hoy hay empresa en los juegos, el entretenimiento, la cultura del ocio, no sólo en las fábricas, la industria, las finanzas. Es que la “empresa” es y ha sido siempre, desde la conformación del sistema capitalista -que garantiza a cualquiera la posibilidad de acumulación- un fenómeno social y económico al que el Derecho debe darle su forma jurídica. Porque si el derecho no nombra al fenómeno, el fenómeno permanece extraño al mundo jurídico. Esto se debe al poder performativo del Derecho, que al nombrar, “crea” la institución.²

2. Algunas referencias al devenir histórico.

La opción por el modelo capitalista de acumulación en el sector privado que hizo nuestro país nunca estuvo en dudas aún antes de la sanción de la Constitución Nacional de 1853; de allí que los Constituyentes del 53, a la par de garantizar la inviolabilidad de la propiedad privada en el artículo 17, también garantizaron la libertad de asociación, la libertad de contratación, la libertad de ejercer industria lícita, y el resto de las libertades ciudadanas del artículo 14. Desde la sanción misma de la Constitución Nacional, como de las Constituciones provinciales, nuestro legislador amparó la producción de bienes y servicios, el desarrollo de la industria, el comercio; en suma, la actividad empresarial.

El desafío fue, entonces, darle la forma jurídica a la “empresa” capitalista. Históricamente, la actividad empresarial fue abordada por las personas físicas, bajo su propio nombre, y acompañada de su propio crédito, de allí la figura del patrimonio como prenda común del acreedor. Esto, naturalmente, supuso desde el inicio un riesgo que iba más allá del propio negocio, dado que afectaba a quienes sin integrar la actividad empresarial, eran beneficiarios de ella (entre otros, la familia). De allí que la

¹Por Sonia Spreafico, Abogada, Especialista en Criminología, Especialista en Derecho Laboral. Profesora de Enseñanza media y superior inscripta en el Consejo General de Educación de la provincia de Entre Ríos. Profesora Universitaria.

²Sobre este tema, resultan ilustrativas las reflexiones del Dr. Carlos Maria Cárcova en el discurso que diera en oportunidad de recibir el doctorado Honoris Causa de la Universidad Federal de Paraná, Brasil, el 17 de junio de 2019. “RACIONALIDAD FORMAL O RACIONALIDAD HERMENÉUTICA PARA EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS” em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68281>. Acesso em: 31 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.68281>.

indiscriminación o confusión patrimonial constituyó una traba para el desarrollo de la actividad económica que repercutió en el progreso de las sociedades que no hayan podido dar respuesta al referido problema. Lo mismo puede decirse en orden a la imposibilidad de enfrentar grandes desafíos empresariales con patrimonios personales o familiares.

Comienza de esta manera a tomar forma los conceptos de “empresa” y “sociedad” como conceptos autónomos y diferenciados: “...la empresa importa la reunión de elementos materiales e inmateriales destinados a la generación de bienes y servicios, todo lo cual, en la vida jurídica, se traduce en que constituya una cosa y no un sujeto de derecho. Por consiguiente, en este ámbito la empresa requiere de una persona para desarrollar su actividad, que podrá ser natural o jurídica y de la cual pende por un vínculo de esta especie, usualmente la propiedad.”³

El legislador argentino, a partir de la sanción del Código de Comercio en 1889, desechó la llamada “solución empresarial”, que dotaba de personalidad jurídica a la empresa, para adoptar la llamada “solución societaria”, que dotaba de personalidad jurídica al “empresario” individual o colectivo, es decir al dueño de la empresa. En esa misma línea siguió luego el Código Civil Argentino. Así, en el marco de esa política de protección y fomento de la empresa, el Estado Argentino reguló la llamada “solución societaria”, esto es, la opción por la formación de diferentes tipos y formas de asociativismo como modo de explotación del esquema capitalista; instituyendo al empresario como centro de protección legal.

De esta manera, fueron apareciendo las sociedades comerciales y las civiles; entre las primeras, las colectivas, las cooperativas, las anónimas, las de responsabilidad limitada, etc. Entre las segundas, las fundaciones, las mutuales, las asociaciones sin fines de lucro. La solución adoptada nunca fue abandonada, sino que fue progresivamente mejorada tanto en la faz vinculada a la dinámica y desenvolvimiento de la actividad, como en el ámbito de la responsabilidad jurídica. Cada modelo jurídico responde a las necesidades de la empresa y se presenta como un menú variado pero cerrado (con el modelo de clausura o modelo residual: la sociedad irregular o de hecho) que el empresario puede elegir para desarrollar su actividad.-

Desde una perspectiva histórica, cabe reflexionar en orden a las variaciones que ha presentado el modelo societario o la solución societaria. En este sentido, la legislación civil desde siempre ha hecho responsables a los socios por las obligaciones sociales de manera simplemente conjunta, gravando la cuota de insolvencia a los demás. La introducción posterior de la sociedad comercial de la Ley 19.550 buscó minimizar el riesgo empresario de la ilimitación de la responsabilidad, creando las sociedades de patrimonio responsable, y no de socios responsables. Pero nunca se abandonó el “modelo societario”.

3 Reflexiones actuales.

Este modelo adoptado ha generado, en sectores del empresariado, un desvío del uso de la valiosa herramienta de la limitación de la responsabilidad, por cuanto no pocas veces se han verificado situaciones de constitución de sociedades con el único fin de fragmentar la responsabilidad frente a las deudas.

Entonces, teniendo particularmente en cuenta que la figura de la sociedad comercial, que fue pensada en un principio para emprender grandes negocios

³ Troncoso Martinic, Pedro A. “La sociedad unipersonal en Chile después de la Ley Número 19.857” UCES Revista Jurídica - 2017.

minimizando los riesgos sobre los patrimonios, hoy cumple predominantemente la función de limitación del riesgo empresarial. *“Si bien, el fin que parece haber tenido el legislador no fue prioritariamente la limitación de la responsabilidad del empresario sino más bien la acumulación de capitales para destinarlos a la producción e intercambio de bienes y servicios, la tendencia actual muestra que al no existir otra figura jurídica que los proteja, los comerciantes acuden a las formas societarias únicamente para limitar su responsabilidad”*⁴

En la actualidad, frente a este panorama, el derecho nacional ha reelegido nuevamente la “solución societaria” redefiniendo a la sociedad comercial como la formación de uno o más socios con el fin de dirigir la empresa.-

*“Nadie discute que cuando el fideicomiso o sociedad comercial es utilizada para los fines típicos para los cuales fueron creados ambos institutos, en el caso de este último para realizar una actividad comercial organizada, la segmentación del patrimonio es enteramente admisible. Las dudas se han planteado tanto a nivel de la jurisprudencia como de la doctrina, cuando se hace un uso atípico de estos institutos, como por ejemplo, para reducir el costo impositivo a través de la elusión; o realizar una administración de riesgos, colocando en sede del nuevo patrimonio de afectación, determinados bienes, sustrayéndolo de la garantía común de los acreedores”*⁵

*“...Existe evidencia de que las empresas transnacionales, a lo largo del tiempo, han venido desarrollando un proceso de fragmentación productiva en su interior (Arndt y Kierzkowski, 2001). Curiosamente, esta fragmentación podría ser vista como una desverticalización particular, en la cual no necesariamente se tercerizan actividades fuera de la empresa; como un proceso en el que algunas etapas productivas completas se las localiza en otros países, sin por ello delegar la propiedad de las mismas. Esto lleva a que las redes de producción, a través de las fronteras nacionales, o bien se den al interior de la firma (vía control de capital), con subsidiarias localizadas en diversas partes del mundo, o bien puedan complementarse con proveedores externos ajenos a la empresa (abriendo oportunidades al capital local). La creciente integración de los mercados mundiales, gracias a la gradual, pero persistente, apertura de los países, como a los progresos tecnológicos -principalmente en el campo de las telecomunicaciones-, ha llevado a una creciente desintegración de las empresas multinacionales, a medida que éstas han comprendido las ventajas de des-localizar un porcentaje mayor de sus actividades no centrales.”*⁶

⁴ BILBAO ARANDA, Facundo M. “LA LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL” en Microjuris MJ-DOC-5682-AR | MJD5682 (Microjuris Argentina)

⁵ GAMIO, Alvaro, CASTELLAN, Santiago “LÍMITES A LA CREACIÓN VOLUNTARIA DE PATRIMONIOS DE AFECTACIÓN PARA LA SALVAGUARDA DE BIENES” en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, www.revistaderecho.um.edu.uy

⁶ ANLLÒ, Guillermo y otros “INNOVACION Y COMPETITIVIDAD EN TRAMAS GLOBALES” en Cuadernos de la CEPAL, Marzo de 2009

El empresario tiene como nota trascendental para el Derecho del Trabajo, que refiere nada menos que uno de los sujetos de la relación laboral: el empleador, el titular de los poderes de dirección, de organización y disciplinario. De allí la importancia de su estudio en nuestra disciplina.

El empleador.

“..Ahi va el Capitán Beto, por el espacio...

su anillo lo protege de los peligros..tardaron mucho tiempo hasta encontrarlo..”

Luis Alberto Spinetta “El anillo del Capitán Beto”

del Album “El jardín de los presentes” Invisible 1976.

1. El “Beto”

Norberto Oscar “Beto” Centeno fue, como José de San Martín, un correntino irreverente. Escribano, abogado laboralista, profesor universitario, autor de libros y artículos de doctrina jurídica, militante social, víctima de la dictadura militar argentina. Su desaparición forzada, sucedida el día 7 de julio de 1977 en su estudio jurídico de Mar del Plata se la asocia al hecho de haber sido el autor de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, en el año 1974. En Argentina, por esta razón, conmemoramos ese día como “día del Abogado Víctima del terrorismo de Estado”.

2. La Ley de Contrato de Trabajo.

De la mano y la pluma del valiente y lúcido abogado, el Derecho del Trabajo en la Argentina logró condensar en la Ley 20.744 todos los principios jurídicos protectorios que ya venían sancionándose desde el año 1919 con las primera leyes protectorias (sobre horas extraordinarias de labor) en adelante. En su artículo 28 conceptualizaba al empleador; y su redacción original permanece intacta hasta nuestros días, sólo se modificó el número de su articulado, dado que actualmente, aquel artículo 28 pasó a ser el artículo 26, que reza: “Se considera "empleador" a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador.”

Resulta llamativo, a mi juicio, cómo una norma jurídica que significó una fenomenal disrupción con la tradición jurídica argentina de regulación de la empresa, haya pasado tan inadvertida, ya que poco o nada de doctrina y jurisprudencia hay en torno a su interpretación y alcance. Digo esto porque esta norma legal fue la primera en regular la llamada “solución empresarial”, teoría jurídica que dispone o importa considerar a la empresa como centro de imputación de derechos y obligaciones, o sujeto de una relación jurídica (laboral, en este caso), con o sin sociedades o personas jurídicas que le den forma.

De la mano del gran abogado, el autor del artículo 28 (hoy artículo 26, intacto desde su sanción) el derecho nacional por primera vez constituía y constituye performando como sujeto de una relación jurídica a un patrimonio, no a una persona. Para ser

empleador, en el Derecho Argentino, no es necesario tener personalidad jurídica; basta con tener el poder de dirección y organización sobre el capital al que tributa el trabajo humano. Esa es la relación laboral que nos propone desde hace medio siglo la Ley de Contrato de trabajo. Una relación sociológica, corazón del sistema capitalista (relación capital/trabajo) a la que el Derecho debe dar forma. En esta lógica se inscribe el artículo 225 del mismo cuerpo legal: el que responde por las deudas es el capital al que tributó el trabajo humano, sin importar qué empresario lo administre.

Porque “empleador”, según la Ley 20.744, puede ser una persona física, una persona jurídica o un conjunto de personas con o sin personería jurídica. Es decir: un centro de poder económico, con o sin personalidad jurídica. Por esta razón, tengo para mí que el Dr. Centeno no habló de “extensión de responsabilidad” (desde el empleador hacia adentro o hacia afuera) sino de “solidaridad” con el empleador (hacia el empleador, no desde él): porque el deudor del trabajador es el empleador, es decir, el señor del capital, y no había para él necesidad de “descorrer velos societarios” o responsabilizar a gerentes, directores y síndicos: el empleador de Centeno eran todos ellos siempre que integren el “conjunto” del artículo 26 de la Ley 20.744.

Con una lucidez apabullante, en el año 1974, en pleno auge del fordismo como modelo productivo (una única empresa abarcaba toda la línea productiva, y se conocían los rostros de sus directivos) en un país en el que la ecuación económica interna era el famoso “*fifty/fifty*” orgullo del Estado del Bienestar,⁷ mucho antes que el capitalismo de la posmodernidad inaugure la cultura de la fragmentación y elusión del sujeto responsable, el abogado entendió que para proteger al trabajador era necesario regular, darle forma jurídica al empleador como concepto autónomo o como sujeto propio de la relación laboral, dado que resultaba insuficiente y peligroso dejarle al Derecho Comercial semejante tarea.

Sin embargo, cincuenta años después, tanto jueces como abogados laboristas seguimos planteando demandas y dictando sentencias contra formas societarias, titulares de CUIT, gerentes, síndicos, y demás personas, incluso con argumentaciones o teorías foráneas (la teoría del *disregardes* de origen estadounidense), todas ellas correctas y válidas pero insuficientes porque el empleador de la Ley de Contrato de Trabajo no es, nunca fue un sujeto sino un poder, nacido en la acumulación capitalista. El empleador del Derecho Argentino no está, nunca estuvo, ni en la Ley de Sociedades Comerciales, ni en el Código Civil, ni en el Comercial, ni en el Civil y Comercial, todos ellos pueden conformarlo, pero sólo son una parte de él. El empleador siempre estuvo en la Ley 20.744, en su esencia protectoria, que llamó “contrato de trabajo” a la relación “capital/trabajo” y llamó empleador al capital, un sujeto laboral mucho mayor que el “comerciante” o el “empresario” de las demás ramas del Derecho.

3. Las bases de Beto.

El Dr. Centeno nos interpela desde su cielo inmenso. El artículo 28 de su ley tuvo el mismo destino que su alma: permaneció intacto a través del tiempo. Es que el artículo 28 -hoy 26- de la Ley de Contrato de Trabajo era superior de la

⁷ Sugiero al respecto la lectura del texto de Draibe, Sonia y Riesco, Manuel: “Estado de bienestar, desarrollo económico y ciudadanía: algunas lecciones de la literatura contemporánea” en Revista de la CEPAL, México, Agosto 2006.

posmodernidad aún antes de que ella existiera, porque buscó la solución a ese “empleador líquido” que ni siquiera se insinuaba en el horizonte de esos años 70, tan rígidos en su modo de ver el mundo. Decir que los señores de la muerte no entendieron esa norma jurídica (y por eso jamás la reformaron) resulta una obviedad; pero lo preocupante es que tampoco parece haber sido entendida por los abogados a quienes esa norma atañe. Me refiero a los abogados y jueces del Trabajo. No he visto (puedo equivocarme, por supuesto) una sola demanda o una sola sentencia judicial que condene a un sujeto aplicando sólo esa ley, cuyo texto siempre vigente hace enmudecer la fenomenal fragmentación del sujeto y de las responsabilidades que han introducido el Código Civil y Comercial primero, la Ley “bases” del actual gobierno, después. Desoír su enorme sentido protectorio nos ha llevado al actual estado de cosas, a la par de “perder la batalla cultural” frente a las ideas fragmentarias y desresponsabilizantes de las doctrinas comercialistas y del derecho de empresas.

Es responsabilidad del Derecho del Trabajo volver a esas bases, para que perder una partida no signifique perder el campeonato. Anhele, con estas ideas desordenadas y urgentes, que no tardemos tanto tiempo en encontrarnos.