

Comentario a los arts. 29 y 29 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, por Miguel Ángel Maza (publicado en Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Editorial La Ley).

Art. 29. — Interposición y mediación — Solidaridad.

Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.

En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas. (Párrafo sustituido por Art. 75 de la Ley N° 24.013 B.O. 17/12/1991)

Concordancias: 5, 14, 21 a 23, 29bis, 30, 31, 90, 99, 100, y 136 L.C.T.; 77 a 80 Ley 24.013 y decreto 1694/06 (que reemplaza al decreto 342/92); y art. 40 ley 25.877.

Comentario:

Si bien como regla cuando un empresario necesita trabajadores los contrata, asumiendo el rol de empleador, en algunas ocasiones, por distintas razones, legítimas o fraudulentas, algunos empresarios optan por reclutar personal pero sin asumir el papel de empleador. Para ello, recurren a los servicios de terceras personas que toman o tienen trabajadores bajo su dependencia y que los prestan para que laboren para aquellos empresarios. Se trata de supuestos de “interposición” de personas, pues ese tercero prestador o traficante de trabajadores se interpone en la relación material y lógica que debe mediar entre el empresario que recibe el trabajo y el dependiente que lo aporta. Cuando se dan estos fenómenos, en lugar de haber dos sujetos del contrato de trabajo (trabajador y empleador), se visualizan tres roles: trabajador, empleador formal prestador de trabajadores (o sujeto interpuesto) y empresario que recibe el trabajo de aquel primero. Obviamente, es una configuración artificiosa pues, repetimos, lo normal y natural es que solo haya dos sujetos. Empero, en estos casos ese tercero que se dedica no a producir bienes ni a prestar auténticos servicios sino a prestar trabajadores (traficarlos, según la terminología española), se entromete y se instala como empleador formal pero que no hace trabajar a sus dependientes en su fábrica, taller, comercio u oficina, sino que los contrata al solo efecto de prestárselos a otros empresarios que si los utilizarán en sus fábricas, talleres, comercios u oficinas, claro que sin querer figurar como empleadores.

Como hay empresarios que necesitan a los trabajadores pero no quieren aparecer como empleadores, por distintos motivos, se instalan estos terceros interpuestos que contratan a los trabajadores al solo fin de prestárselos a aquellos con fines de lucro.

Claro que no en todas las hipótesis esto ocurre así en razón de que el empresario que recibe el aporte laboral de los trabajadores quiera eludir su papel de empleador. También hay supuestos justificables de esta estructura triple: esto acontece cuando un empresario tiene una necesidad de empleo solo momentánea, temporal, eventual. Como luego se verá al estudiar el régimen del contrato de trabajo eventual (arts. 99/100), cuando un empresario solo necesita al trabajador o a los trabajadores por un lapso determinado de antemano, aunque sin precisión temporal, para cubrir una necesidad temporal, puede celebrar con éstos contratos de trabajo de duración determinada, es decir contratos de trabajo eventuales, que culminan, sin deber de pagar indemnizaciones, cuando se cumple el evento o necesidad tenida en miras. Sin embargo, cuando esa necesidad temporal del empresario es súbita e imprevista y de corta duración, aquel contrato es poco práctico. Veámoslo con un ejemplo: si una empleada de la empresa avisa que sufre una fuerte gripe y va a faltar varios días, no es funcional poner un aviso en el diario o convocar candidatos y entrevistarlos con miras a reemplazarla ya que, al término de ese proceso, la trabajadora enferma ya estaría en condiciones de reintegrarse. Para ese tipo de soluciones resulta admisible autorizar a un número determinado de empresas que se dediquen a prestar trabajadores a empresarios en trances como el descrito, de modo tal que, ante la necesidad eventual súbita e imprevista, puedan pedir el envío de un trabajador de inmediato para reemplazar al ausente o para cubrir una necesidad eventual también efímera e imprevista.

Pero el peligro radica en que si se permiten este tipo de empresas prestadoras de trabajadores, sean utilizadas no para ese fin admisible sino para que otros empresarios eludan sus responsabilidades de patrones. El riesgo se potencia aún más por cuanto, precisamente por su naturaleza, este tipo de empresas, sin fábrica, sin talleres, sin materias primas ni máquinas o herramientas, se instalan con una mera oficina alquilada, casi sin muebles y solo con un teléfono celular, con lo que son una gran tentación para ofrecerse para aparecer como empleadores formales, prestanombres de los verdaderos empleadores, a sabiendas de que, llegado el caso, resultarán insolventes.

De ahí la gran preocupación del legislador que con el art. 29 ha establecido una trascendente regla antifraude y ha permitido, por vía de excepción a esa regla, solamente esta interposición cuando tenga por finalidad cubrir vacantes eventuales, en casos como el de nuestro ejemplo.

Así es que el art. 29 comienza con un principio muy simple, que se basa en lo natural, normal y debido: la ley considerará empleador del trabajador a aquel para el que éste presta servicios aún cuando aparezca como patrón un tercero interpuesto. Con esta regla antifraude el trabajador no necesita demostrar que el tercero fue interpuesto y que su verdadero empleador era ese empresario para el que, de hecho, trabajó, sino que le basta con demostrar que prestó servicios para éste último para que la ley lo considere el empleador y al otro un tercero interpuesto, que, de todas maneras, será solidariamente responsable con el empresario tenido por verdadero empleador por las obligaciones nacidas del contrato de trabajo.

Como corolario de esta norma legal, aunque el empresario crea que ha eludido sus obligaciones de patrón haciendo aparecer como empleador formal a ese tercero que le prestó los trabajadores, lo cierto es que, al final, si el dependiente lo demanda judicialmente bastará con que éste pruebe que trabajó para él para que los jueces decreten que la relación laboral se dio entre el empresario que recibió el aporte laborativo y el trabajador que prestó los servicios. Y, atención: al declararse que quien recibía el aporte laborativo del dependiente era el verdadero empleador, automáticamente se lo hace responsable directo y principal -más allá de que el tercero interpuesto sea, ante el trabajador, también responsable solidario- de todas las obligaciones laborales existentes pero también las que existan con los organismos de la seguridad social, de modo que si el tercero interpuesto no había efectuado los correspondientes depósitos, el verdadero empleador será el responsable principal y directo a quien dichos organismos (A.F.I.P, Superintendencia de Riesgos, etc.) ejecutarán las deudas. Como anticipamos, la única excepción que la ley prevé para esta sana regla antifraude se refiere al caso de que el empresario pida prestados trabajadores no para eludir o esconder su papel de empleador sino para cubrir una necesidad momentánea, eventual, efímera e imprevista de personal. En efecto, el párrafo tercero del precepto

bajo comentario prevé la excepción pero con requisitos que deben cumplirse rigurosamente pues, si no se verifican, opera la regla del primer párrafo. Veamos. Para que una empresa pueda utilizar personal prestado por un tercero y que la ley no lo mande considerar empleado suyo se requiere:

a) la primera exigencia consiste en que ese tercero sea una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, es decir por el Ministerio del Trabajo de la Nación para operar como tal, de acuerdo al régimen regulado en el decreto 1694/06 (que deroga y reemplaza a su predecesor, el decreto 342/92), norma que, entre otros recaudos para dar seriedad al sistema y evitar peligros de insolvencia, exige que las empresas que pidan autorización para operar como agencias de servicios eventuales tengan un capital social inicial mínimo equivalente a cien (100) sueldos básicos mensuales del personal administrativo, categoría A, del Convenio Colectivo de Trabajo N° 130/75, para empleados de comercio, o el que lo reemplace, vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad y que a diciembre 2006 equivalía a \$1.072,81 (con lo que el capital mínimo exigido es de \$107.281). En el decreto 342/92 el capital mínimo era de \$140.000, lo que permite verificar que, muy curiosamente, el nuevo decreto ha reducido el valor inicial de la garantía aunque con la ventaja de que ha introducido un módulo variable. Además, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 del decreto 1694/06, al solicitar la inscripción en el registro especial, la empresa de servicios eventuales deberá constituir una garantía principal y otra accesoria:

Garantía principal: Depósito en caución de dinero en efectivo, valores o títulos públicos nacionales equivalentes a cien (100) sueldos básicos mensuales del personal administrativo, categoría A, del Convenio Colectivo de Trabajo 130/75, para empleados de comercio, o el que lo reemplace, vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.

Garantía accesoria: Además del depósito en caución, la empresa de servicios eventuales deberá otorgar una garantía por una suma equivalente al triple de la que surja de la garantía principal, que puede concretarse mediante: a) Dinero en efectivo, valores o títulos públicos nacionales. b) Aval bancario o póliza de seguro de caución emitido por una entidad autorizada por la Superintendencia de Seguros de la Nación, los que deben tener vigencia hasta el 31 de marzo de cada año. c) Constitución de un derecho real de hipoteca sobre un inmueble propio de la E.S.E., cuya valuación fiscal, a la fecha de constitución de la garantía, sea igual o superior al importe que garantice, la que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción en que se encuentre ubicado.

Coeficiente de garantía: Sin perjuicio de mantenerse como mínimo la base de las garantías principal y accesoria, a valores vigentes al tiempo del reajuste, ambas garantías se reajustan anualmente, en los términos, plazos y con las formalidades previstas en el artículo 16 del decreto reglamentario.

Además, deberá presentar los documentos constitutivos de la sociedad y de la designación de administradores, directores, gerentes o responsables legales según el tipo societario de que se trate; una declaración de las áreas geográficas dentro de las que se preste el servicio a las empresas usuarias; denunciar el domicilio de la sede central, locales, oficinas y sucursales; acreditar las inscripciones impositivas y de la seguridad social; exhibir la contratación del seguro de vida obligatorio y constituir domicilio en la sede de su administración el que surtirá efectos respecto de los trabajadores, las empresas usuarias, la Autoridad de Aplicación y demás organismos fiscales y de la seguridad social. Cualquier cambio o modificación de los precitados requisitos, así como también la apertura de nuevos locales, oficinas, agencias o sucursales, debe ser comunicado a la Autoridad de Aplicación con una antelación de diez (10) días hábiles a su realización.

No toda agencia proveedora de personal es una agencia de servicios eventuales habilitada por la autoridad administrativa y para estar tranquilo el empresario que recurre a estos auxilios debe consultar en el Ministerio del Trabajo de la Nación si la empresa que le ofrece sus servicios efectiva y actualmente está habilitada.

b) el segundo recaudo es que el puesto de trabajo o la vacante cubierta tenga carácter eventual, es decir una necesidad de personal extraordinaria y/o transitoria de las previstas en el art. 99 de esta misma ley y según los arts. 77 a 80 de la ley 24.013. El

nuevo decreto ha previsto cuales son las circunstancias que habilitan la contratación de trabajadores eventuales:

- a) Ante la ausencia de un trabajador permanente, durante ese período.
- b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo.
- c) Cuando se trata de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores.
- d) Cuando deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones.
- e) Cuando se requiera la ejecución inaplazable de un trabajo para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria.
- f) En general, cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

Además de que la inobservancia de estas previsiones provocará el efecto del primer párrafo del precepto bajo examen, ello también puede dar lugar a la aplicación de las sanciones del artículo 25 del decreto 1694/06 y a las multas del artículo 20, inciso b). Asimismo, el art. 7 del nuevo decreto establece el límite de trabajadores eventuales que se fijará de acuerdo a la negociación colectiva correspondiente a cada actividad o sector.

Cabe subrayar que debe concurrir el cumplimiento de los dos requisitos precedentemente analizados. Si se cubre una vacante eventual pero merced a personal prestado por un tercero que no es una empresa de servicios eventuales autorizada por el Ministerio del Trabajo de la Nación, el caso caerá dentro de la regla del primer párrafo y se considerará al empresario que recibió al trabajador como empleador. Lo mismo si se contrata con una empresa habilitada por la autoridad pero se cubre una vacante ordinaria, es decir no eventual.

Si se dan ambas circunstancias, el caso queda incluido en la excepción y, entonces, el empresario que tomó el personal prestado no será considerado empleador de esos trabajadores, quienes son empleados de la empresa de servicios eventuales.

Como se verá en el comentario al art. 29 bis, aún cuando el empresario haga las cosas bien y solo recurra a una agencia autorizada por el Ministerio del Trabajo de la Nación y al solo efecto de cubrir una vacante eventual, aunque no se lo considerará empleador del trabajador, si la agencia empleadora que le prestó los trabajadores no les pagara a éstos sus salarios, indemnizaciones o cualquier otro crédito, o si adeudara alguna suma a los organismos de la seguridad social en relación al personal prestado, será garante de la agencia, es decir deudor solidario. Esto significa que no es el deudor directo y principal (como cuando se lo juzga empleador) sino que es garante de la agencia. Si fuera ejecutado por los trabajadores o por la A.F.I.P. y pagare, luego podrá repetir, es decir cobrarle a la agencia lo que pagó por ella.

La norma, en su última parte, regula una cuestión adicional: el tipo de relación laboral existente entre los empleados de las agencias de servicios eventuales habilitadas por el Ministerio del Trabajo de la Nación. La ley, aunque de un modo oscuro e indirecto, establece que la relación de la agencia con sus empleados no es eventual, y establece que son dependientes con derecho a la permanencia en sus empleos, aunque previendo que los vínculos pueden ser continuos o discontinuos, cuestión que desarrolló el decreto 342/92, con criterio que mantiene el decreto 1694/06, de un modo que, amén de ser de dudosísima constitucionalidad, viola el principio de ajenidad en los riesgos que es un principio del derecho laboral. En efecto, el art. 5 del nuevo decreto reitera la traslación de parte del riesgo de estos intermediarios a los trabajadores, al imponerles suspensiones sin derecho a salario de hasta 45 días corridos o 90 días alternados en un año calendario. Cabe memorar que el art. 6 decreto 342/92 preveía lapsos más dilatados (60 y 120 días), de modo que el nuevo régimen reglamentario redujo la injusticia de la solución.

- A la inversa, el trabajador dependiente de la agencia de servicios eventuales habilitada por la autoridad tiene derecho a cobrar salario, aunque no la agencia no le consiga un destino en el que ir a prestar servicios eventuales, por encima de tales lapsos y si no cumple tal obligación el dependiente tiene pleno derecho a considerar-

se injuriado y despedido y será acreedor a las indemnizaciones legales por despido injustificado. El propio art. 5 dispone que transcurrido el plazo máximo fijado en el inciso a) sin que la empresa de servicios eventuales hubiera asignado al trabajador nuevo destino, éste puede denunciar el contrato de trabajo, previa intimación en forma fehaciente por un plazo de veinticuatro (24) horas, haciéndose acreedor de las indemnizaciones que correspondan por despido sin justa causa y por falta de preaviso.

Esto mismo cabe para todo otro incumplimiento grave de la agencia de servicios eventuales habilitada que haga imposible la prosecución del contrato, ya que, hay que remarcarlo, sus dependientes tienen estabilidad en el empleo como cualquier otro empleado.

Además, el citado art. 5 del decreto reglamentario establece que:

- El nuevo destino de trabajo que otorgue la empresa de servicios eventuales puede comprender otra actividad o convenio colectivo sin menoscabo de los derechos correspondientes del trabajador.
- También puede modificarse el régimen horario, pero el trabajador no está obligado a aceptar un trabajo nocturno o insalubre, o a tiempo total o parcial cuando no lo haya aceptado anteriormente.
- El lugar de prestación de tareas debe estar comprendido dentro de un radio de treinta (30) kilómetros del domicilio del trabajador.
- Durante el período de suspensión, previsto en el inciso a), la servicios eventuales debe notificar al trabajador, por telegrama colacionado o carta documento, su nuevo destino laboral, informándole nombre y domicilio de la empresa usuaria donde debe presentarse a prestar servicios, categoría laboral, régimen de remuneraciones y horario de trabajo.
- En caso de que la servicios eventuales hubiese asignado al trabajador nuevo destino laboral en forma fehaciente, y el mismo no retome sus tareas en el término de cuarenta y ocho (48) horas, dicha empresa puede denunciar el contrato de trabajo en los términos y condiciones previstos en el artículo 244 de la L.C.T. (t.o. 1976).

Art. 29 BIS. — El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término. El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria.

(Artículo incorporado por Art. 76 de la Ley N° 24.013 B.O. 17/12/1991)

Concordancias: 5, 14, 21 a 23, 29, 30, 31, 99, 100, y 136 L.C.T.; 77 a 80 Ley 24.013 y decreto 1694/06 (que reemplaza al decreto 342/92.

Comentario:

Este artículo tiene tres reglas importantes y fue incorporado en 1991 por la ley 24.013 y se refiere a la hipótesis prevista en el párrafo 3ro. del precepto comentado precedentemente (art. 29), es decir cuando una empresa requiere a una agencia de servicios eventuales habilitada por la autoridad administrativa del trabajo la provisión de trabajadores en préstamo para cubrir una necesidad eventual de personal.

La primera disposición consiste en que, en tal supuesto de utilización válida y legítima de la intermediación, hay, de todos modos, una garantía adicional para los traba-

jadores de las agencias. En efecto, el art. 29 bis dispone que la empresa usuaria de las prestaciones de los trabajadores aportados por la agencia de servicios eventuales responderá solidariamente con el deudor de las obligaciones laborales que la agencia empleadora pueda tener con los trabajadores cedidos. Se trata de una garantía adicional sin afectar el carácter de deudor que pueda corresponder a la agencia empleadora y en caso de que la empresa usuaria pague en carácter de responsable solidario tiene una acción de reintegro contra la agencia.

La razón de ser del precepto es, meramente, la de incorporar una garantía más para tutelar los créditos de los trabajadores de estas empleadoras anómalas que son las agencias de servicios eventuales ya que, aún cuando el decreto 1694/06 exige ciertos recaudos patrimoniales, su solvencia no siempre está asegurada y debe recordarse que por lo común carecen de capitales de trabajo, de establecimiento y de muebles y herramientas valiosas, con lo que el peligro de insolvencia rápida está siempre latente. Por ende, quien recurre a sus servicios debe saber que, por efecto del art. 29 bis, será garante de las obligaciones laborales de la agencia con el personal cedido.

En cuanto a las obligaciones que la agencia genera con los organismos de la seguridad social a propósito de los trabajadores cedidos a la empresa usuaria, el dispositivo legal bajo examen va más allá todavía. En lugar de establecer la responsabilidad solidaria del usuario, lisa y llanamente ha puesto a su cargo actuar como agente de retención, disponiendo que a la hora de pagar sus servicios debe retener lo que la agencia debería pagar a los entes recaudadores de la seguridad social en concepto de aportes de los trabajadores y contribuciones de la agencia y depositarlos en el Sistema Único de Seguridad Social, con lo que ha quedado legalmente autorizada tal retención. Si no lo hiciera, obviamente será responsable por las obligaciones omitidas.

Por otra parte, el art. 29 bis dio status legal a una regla que la reglamentación ya contenía en relación a que el trabajador cedido para cubrir una necesidad eventual en una empresa usuaria será regido durante tal destinación por el convenio colectivo que corresponda al oficio que desempeñe en la empresa usuaria o el de la actividad de ésta, así como que en ese lapso será representado por la entidad gremial que representa a los dependientes de la empresa usuaria y gozará de la obra social correspondiente al personal de la usuaria, es decir que el trabajador cedido gozará de idénticos derechos que los dependientes de la empresa en la que está destinado a prestar servicios eventuales. Es importante, sobre todo, la regla de la aplicación convencional pues le garantiza al trabajador prestado el derecho a percibir iguales salarios que los que cobran los demás dependientes de la usuaria.