

La provisión de personal bajo la máscara de prestación de servicios empresarios

Por DIEGO MARTIN TOSCA

I. El escenario fáctico

El derecho del trabajo ha observado con cautela, a sabiendas de los peligros que suele aparejar para el trabajador, la intervención de terceros en la contratación laboral.

Tal reparo fue advertido en desde hace casi un siglo, cuando en 1925 Alejandro Unsain señalaba que “la legislación obrera se niega a reconocer la existencia del intermediario”, no acepta la intervención en el contrato de otros sujetos que el trabajador y el obrero, citando como ejemplo de esta premisa la disposición de la derogada ley 9688 (primera ley argentina sobre accidentes de trabajo) que responsabilizaba al empleador por los accidentes de los obreros del contratista, o la prescripción del art. 6 de la ley 11.278 de protección del salario, que daba acción al obrero para dirigirse contra el contratante principal a fin de no dejarlo a merced “de un contratista irresponsable económicamente o de mala fe, que reciba el pago de la obra y no lo emplee en el pago de los jornales”¹.

Desde ese momento hasta nuestros días ha corrido mucha agua debajo del puente y, más allá del juicio que merezca la situación, la externalización de ciertas fases del proceso productivo constituye una realidad que se impone, con independencia de la regulación que el ordenamiento jurídico disponga para tales casos.

Ello no quiere decir, claro está, que el derecho del trabajo deba permanecer en una función de mero acompañamiento, neutral ante la nueva realidad. Más bien todo lo contrario, su destino –su deber histórico- es intervenir en los distintos modos en que se organiza la empresa, y como consecuencia de ello el trabajo subordinado, con el objeto de asegurar, en cualquier escenario, la protección del dependiente, conforme lo ordena el principio medular de la disciplina y lo garantiza en nuestro país la Constitución Nacional (art. 14 bis).

La empresa, en su concepción tradicional, cumplió su objeto social, el desarrollo de la producción de los bienes o servicios que constituía su actividad, mediante la

¹ UNSAIN, Alejandro, *Legislación del Trabajo*, Valerio Abeledo, 1925, T I, pág. 356, citado por CARCAVALLO, Hugo, *El art. 30 de la L.C.T. (sus antecedentes, alcances y problemas)*, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni Editores, 2001-1, Santa Fe, 2001, pág. 137.

utilización de trabajadores dependientes propios, reconociendo en consecuencia su calidad de tales.

Frente a ese modo históricamente convencional de organización se observa aquél otro en el cual el titular del emprendimiento cumple parte del objeto de ésta utilizando empleados provistos por un tercero o, mediante un desprendimiento más intenso, requiriendo de otras empresas la asunción de una parte de su actividad.

Se trata de dos supuestos bien distintos. En el primer caso el empresario, si bien recibe el personal a través de un tercero, en razón de que la normativa aplicable -como seguidamente se verá- le asigna responsabilidad (como empleador directo, en el caso de la intermediación ilícita, o como responsable solidario, en el de la interposición lícita, mediante la utilización de empresas de servicios eventuales) el crédito del trabajador se encuentran garantizado por quien aprovecha sus servicios.

Lo propio sucede en el segundo caso cuando se contrata a un tercero, titular de una organización empresaria, para que complete el ciclo de producción de bienes o servicios del contratista principal, subdelegando parte de actividad normal y específica propia. .

Pero se presenta un tercer escenario fáctico, el que motiva este comentario, y es el que se observa cuando una empresa aprovecha los servicios personales de trabajadores enviados por otro sujeto, quien no reconoce, o no deja ver nítidamente, su calidad de proveedor de personal, sino que se presenta como una organización que son su propia estructura organizacional provee un servicio u obra. Pero resulta ser que tampoco logra observarse una estructura autónoma complementando, con medios técnicos propios, la actividad de quien aprovecha los servicios.

Suele observarse tal tipo de situaciones en los sectores de venta, asesoramiento, orientación sobre un servicio, en general en los departamentos de atención al cliente de las compañías, en los cuales personal que no reviste la calidad de empleado de la empresa ofrece o asesora a los clientes, actuales o potenciales, sobre los servicios de ésta, dentro de su establecimiento, con su estructura de medios, pero siendo destinado a esa labor por una tercera organización que pretende presentarse como proveedora de servicios de venta telefónica, de servicios informáticos u otros de índole similar.

Se advertirá desde ya que la problemática jurídica que se suscita pasa por establecer si en tales supuestos la situación resulta subsumible en el campo del art. 29 de la L..C.T. (o en su caso en el 29 bis) referidos a la interposición, o en la previsión del

art. 30, que se ocupa como es sabido, en lo que aquí interesa, de la contratación o subcontratación de obras o servicios.

A fin de un análisis de las posibilidades que en tal orden brinda el ordenamiento vigente, se repasarán sucintamente los distintos campos de actuación de cada una de esas normas y las disímiles consecuencias que se derivan según en cuál de ellas se ubique la problemática considerada.

2. Las posibilidades legales y las consecuencias de la adopción de una u otra

La hipótesis considerada por el art. 29 de la L.C.T. se ocupa de aquellos casos en los cuales una empresa pretende utilizar la fuerza de trabajadores eludiendo los riesgos propios de la contratación. Ante ello el ordenamiento reacciona de un modo que frustra el resultado buscado por quien pretendía defraudar, puesto que quien recibe los servicios del empleado será empleador directo, con todas las consecuencias que ello acarrea. La norma legal, por otra parte, no deja indemne a quien se prestó a este modo de contratación, ya que dispone que el tercero contratante responderá solidariamente frente al trabajador por todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y los que se deriven de la seguridad social.

La única excepción a dicha regla –al hecho de ser considerado empleador quien utiliza el servicio, no a la situación de responsable solidario, que se presenta en cualquiera de los supuestos de interposición- es la prescripta en la norma siguiente, en el art. 29 bis de la L.C.T., referida a la contratación de trabajadores a través de empresas de servicios eventuales, lo cual exige que la proveedora de mano de obra sea una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad de aplicación, y que la contratación tenga por finalidad que el trabajador desempeñe, en la empresa usuaria, servicios eventuales, es decir, aquellos que el art. 99 de la L.C.T. considera como justificantes de una contratación eventual (servicios extraordinarios del giro empresarial, determinados de antemano, o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, cuando, en ambos casos, no pueda preverse un plazo cierto de finalización).

Una situación muy diversa a la anterior es la regulada por el art. 30 de la L.C.T..

Dicha norma se refiere, en primer lugar, al supuesto en que un empresario ceda total o parcialmente a otros el establecimiento habilitado a su nombre. Se trata del caso en que la cesión del establecimiento - sea total o parcial - no implica, a su vez, la transferencia hacia el cesionario de la titularidad sobre el mismo, porque si así fuera, la

situación no se rige por el artículo 30 en análisis, sino por las disposiciones de los arts. 225 y siguientes de la L.C.T., que se ocupan de la transferencia del establecimiento.

Por otro lado, el dispositivo legal en análisis se ocupa de los casos el que un empresario contrata o subcontrata, mediante cualquier acto, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito.

La discusión, como es sabido, se ha dado en relación a qué debe entenderse por *actividad normal y específica propia del establecimiento*. Ha sido este uno de los puntos más debatidos entre los casos en los cuales el derecho del trabajo establece responsabilidad solidaria de un sujeto distinto al empleador.

Las posturas esgrimidas pueden sistematizarse del siguiente modo.

- Una *postura amplia*, que propone que por actividad normal y específica propia debe entenderse no sólo la actividad principal, sino también las secundarias o accesorias, siempre que estén integradas en forma permanente al establecimiento. No se encontrarían incluidas en consecuencia las extraordinarias o accesorias.

- Frente a esta se esboza una *posición restrictiva*, que entienden que en la expresión en ciernes sólo deben incluirse aquellos servicios o trabajos que estén íntimamente relacionados con la actividad de la empresa, y que no se pueden escindir de la misma sin alterar el proceso productivo.

En ese contexto de opciones legales, que por cierto en función del orden público laboral y del principio de primacía de la realidad no constituye un menú en base al cual el contratista principal se servirá de la figura que más convenga a sus intereses, sino que impondrá la regulación del caso en una u otra modalidad según las reales características fácticas de la situación, las consecuencias que se derivan de la aplicación de una u otra norma –contraponiendo para el análisis la previsión del art. 29 de la L.C.T. con la del art. 30 del mismo cuerpo legal- son también diversas.

Las principales derivaciones de la consideración del caso en base a cada una de esas normas son las siguientes:

- Si la situación queda subsumida en la prescripción del art. 29, el beneficiario de los servicios del trabajador, por haber resultado empleador, estaba obligado a inscribirlo como tal en sus registros.

- Como consecuencia de lo anterior, el receptor de los servicios está obligado a hacer entrega del certificado de trabajo y de la constancia documentada de aportes y contribuciones (art. 80 L.C.T.), carga que, para un sector importante de la doctrina y de la jurisprudencia, no pesa sobre quien revistió la calidad de contratista principal, no empleador, en los términos del art. 30 de la L.C.T..
- También derivada de aquella obligación de registración del beneficiario de los servicios se presenta otra consecuencia que suele tener destacada entidad económica, como lo es la operatividad de las multas previstas en la ley 24.013 frente a la ausencia de registración (o eventualmente de la fijada por el art. 1 de la ley 25.323) en el caso de resultar de aplicación el art. 29 de la L.C.T.².
- El convenio colectivo aplicable a las relaciones individuales de trabajo que se desarrollen en la empresaria usuaria por parte de trabajadores que se consideren provistos por un tercero en los términos del art. 29, será el que corresponda a la actividad de la empresa usuaria, lo que no sucede necesariamente en la subcontratación de servicios que hagan a la actividad normal y específica propia del contratista principal respecto de los trabajadores del subcontratista.

3. La visión jurisprudencial

La jurisprudencia se ha manifestado últimamente, en supuestos en los cuales no se corroboró la presencia de una empresa real en la provisión de servicios a terceros – entendiéndose por empresa real a aquella que actúa con su propia estructura técnica y con autonomía en la organización- que la situación quedaba regulada por el art. 29 de la L.C.T. y no por el art. 30 de dicho cuerpo legal.

Así lo entendió la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa “Zoccoli, Alejandro Alberto c/ Edesur S.A. y otro”, en sentencia del 22.05.2009, al conocer en la situación de un dependiente de un contratista de la empresa de suministro de energía eléctrica, que tenía por actividad la realización de inspecciones domiciliarias y la lectura de medidores. Tuvo en cuenta el tribunal que *“no surgiendo de los elementos de la causa que las distintas contratistas que actuaron como*

² La aceptación de esta consecuencia de asunción de multas vinculadas con la falta de registración no es pacífica. Ha sido receptada esta postura por la C.N.A.T., Sala III, en la causa “Matas, María Paula c/ Banco Privado de Inversiones S.A.”, en sentencia del 11.03.2009, y se ha rechazado la procedencia del agravamiento, por considerarse que la registración por parte del tercero interviniente en la contratación surtía efectos respecto del destinatario de los servicios en el pronunciamiento emitido por la C.N.A.T. Sala II, en fecha 29/05/07 en autos “Galeazzi Bailon Laura Mariana y otros c/ Visa Argentina S.A.”.

intermediarias en la contratación de los servicios del actor hubieran asumido por sí, bajo una estructura empresarial autónoma, la prestación de los servicios apuntados, en el presente caso cabe considerar que la situación encuadra en el primer párrafo del art. 29 de la L.C.T. (suministro de mano de obra) y no en un supuesto de de contratación o subcontratación de tareas constitutivas de la actividad normal y específica propia de la principal (art. 30 L.C.T.) puesto que para que tal presupuesto resulte operativo es necesario que la contratista o subcontratista opere de manera autónoma en la conducción y organización de su propio giro empresarial, lo que en la especie no se ha acreditado suficientemente en tanto el actor siempre prestó servicios y rindió cuenta de su actividad en dependencias de Edesur S.A. y de los testimonios aportados a la causa no es posible colegir que tales prestaciones configuraran el objeto de la contratación inter – empresarial como la que supone el art. 30 de la L.C.T.”.

Se advierte de las precedentes consideraciones que el tribunal interviniente ha exigido, para entrar a analizar si el caso constituía un supuesto de subcontratación de servicios, la presencia de una organización empresarial autónoma. Ante la carencia de ésta por parte del contratista, se evaluó la situación como una mera interposición de persona.

A conclusiones similares arribó la Sala III de la C.N.A.T. en supuestos en los que se analizó la situación de empleados de contratistas destinados a la atención a clientes mediante servicios de “call center” dentro de establecimientos bancarios. También se consideró en esos supuestos que habiendo los trabajadores prestado servicios en el ámbito físico del establecimiento bancario y bajo pautas de organización y subordinación de éstos, no obstante haberse interpuesto un contratista de aquellos servicios, los casos quedaban aprehendidos por la disposición del art. 29 L.C.T. (C.N.A.T., Sala III, Sentencia del 11/10/07 en la causa “Viana, Mariana Inés c/ Banco Patagonia S.A. y otro”, Sentencia del 12/11/2007 en la causa “Oviedo Villalba, María Gabriela c/ Banco Río de la Plata S.A. y otro” y Sentencia del 11/03/2009 en la causa “Matas, María Paula c/ Banco Privado de Inversiones S.A.”).

Hace ya varios años Justo López enseñaba, distinguiendo los casos de intermediación fraudulenta de los supuestos de subcontratación, que no deben confundirse las reglas de solidaridad que atribuyen responsabilidades indirectas a verdaderas empresas por razones de política protectoria, con los casos de fraude en los que el empresario que aporta personal a otra organización no es en realidad empresario.

Este último supuesto se rige por los arts. 14 y 29 de la LCT, ya que la interposición oculta una relación directa entre quien se beneficia con la mano de obra y los trabajadores.

Explicaba también que el contratista que carece de elementos propios como para ser calificado de empresa, es un mero "suministrador de mano de obra", dando lugar a un supuesto de simulación de contrato de carácter plenamente ilícito. Para que exista relación laboral, la misma debe darse entre un trabajador y una organización empresaria, considerándose tal a la que posea organización instrumental de medios personales, materiales o inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos o benéficos en el marco de la cual se inserta el trabajo como medio productivo, lo ordena y dirige a fin de prestar un servicio o producir un bien, aprovechando sus beneficios a cambio de un salario. Por eso, cuando el sujeto interpuesto carece de tales visos de organización, la teoría de la primacía de la realidad lleva a desestimar esa figura aparente, ese sujeto que se interpone con ropajes que lo hacen parecer verdadero empleador, para dejar al descubierto la auténtica relación que se tiende entre el obrero y la empresa que lo inserta en su organización y aprovecha su trabajo³.

Es evidente, a la luz de los antecedentes jurisprudenciales considerados, que en forma sutil, bajo la aparente figura de provisión de servicios específicos, reaparecen antiguos y conocidos modos de fraude, en tanto por su intermedio se oculta, por parte de quien aprovecha los servicios en un concreto rol de empleador, la configuración de relaciones laborales atribuibles a este último. Ante ello no debe caerse en la polémica discusión referida al carácter de complementación de actividad normal y específica propia que eventualmente podría asignarse a tales actividades, pues para ello debió previamente cumplimentarse un paso que, en los casos analizados, no se ha dado. Esto es, que la subcontratación de servicios lo haya sido con un empresario real, que como tal debió ocupar un rol protagónico en la dación de los mismos. No siendo así se trata, como con acierto lo ha advertido la jurisprudencia, de un caso simple de interposición, que debe ser juzgado a la luz de las disposiciones de los arts. 14 y 29 de la L.C.T.

³ Conf. LÓPEZ, JUSTO, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, T I, pág. 256 y sig.