

LEY DE TERCERIZACIÓN: ¿ANTIBIOTICO O ANALGESICO? La Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038.

Autor: Paúl Bernardo Castellanos Córdova - Asesor Legal de PLADES

El fenómeno de la subcontratación se presenta en un escenario de Globalización Económica y mercados cambiantes, flexibles y saturados de alta competencia sujetos a las necesidades o requerimientos de consumo que han exigido cambios en los esquemas de producción y gestión empresarial. Uno de estos cambios se evidencia en el uso de la figura de la "tercerización".

Como consecuencia del uso generalizado por parte del empresariado de esta figura, las relaciones laborales adolecen de poca salud, por lo que los gremios laborales vienen exigiendo una cura a dicha situación. Por ello tanto el Congreso -Ley 29245- como el Ejecutivo -Decreto Legislativo 1038- han introducido cambios en el tema. Pero ¿es éste combo de normas la medicina que ha de acabar con éste conflicto? Parecería que no.

Habría que indicar que estas normas pretenden establecer garantías mínimas a situaciones de uso patológico (fraudulento) de los mecanismos de descentralización productiva incluido por su puesto la tercerización. Sin embargo no aborda aspectos o los aborda parcial o inadecuadamente en los que aún en situaciones de uso "lícito" de éstas figuras se generan situaciones perjudiciales para los trabajadores como es la estabilidad en el trabajo, igualdad de trato, derecho a información, ejercicio de libertades sindicales, etc. Veamos:

Campo de aplicación de las obligaciones establecidas en la norma

El Dec. Leg. 1038 limita la obligaciones establecidas en la ley 29245 (entre ellas la responsabilidad solidaria) a los casos en que se produce desplazamiento (palabra usada claramente para diferenciarlo del "destaque" usado para la intermediación) de los trabajadores a "las instalaciones" de la usuaria.

Este ámbito de aplicación comprende sin duda a los trabajadores de los gremios más fuertes que han exigido la dación de esta regulación a fin de responder a sus exigencias (justas por cierto): el sector minero y el de construcción civil. En ambos sectores la tercerizadora desplaza a sus trabajadores o la concesión minera o a la obra. Sin embargo de modo ex profeso la norma excluye otros sectores donde el uso de la subcontratación es también masivo: telecomunicaciones, electricidad, saneamiento, etc., en todos estos la actividad no se realiza propiamente en un "establecimiento" sino que el lugar de trabajo es la calle, el poste de luz, la instalación subterránea, etc. ¿Y los servicios de

transporte de materiales o bienes: concentrados de minerales, concreto, etc.?

Piénsese por ejemplo en los cerca de 7,000 trabajadores técnicos de telecomunicaciones que hay en todo el país, gravemente afectados por la tercerización, sujetos a condiciones precarias que laboran en las calles, entre 12 a 14 horas diarias, sin descanso semanal, vacaciones, sin implementos de seguridad adecuados y sin seguridad social. Si hacemos una interpretación literal éstos trabajadores no se desplazan a las instalaciones de Telefónica, Claro o Nextel para laborar, por lo tanto ¿les alcanza el beneficio de la solidaridad?. Un Juez podría interpretar que si se aplica la ley, sin embargo creemos que el gobierno ha excluido el supuesto de modo plenamente conciente.

Tampoco regula la norma otros efectos de la descentralización productiva como son: los grupos de empresa, el teletrabajo, los procesos de tercerización externa, etc. Este último supuesto si bien es mencionado en la ley 29245 dentro de los alcances de la norma, el Dec. Leg 1038 al limitar la aplicación a los supuestos de desplazamiento a la usuaria, restringe su aplicación a los procesos de descentralización interna de la empresa.

Finalmente otro aspecto importante que creemos se ha evitado regular a propósito es el caso de las cadenas de subcontratación. Es decir en caso que la tercerizadora subcontrate otra y ésta a su vez otra, y así sucesivamente ¿Quién responde frente al trabajador? La ley no establece límites o criterios para estos casos, entendemos que la finalidad de la norma es la protección al trabajador y que se establece una responsabilidad solidaria a fin que la usuaria que generalmente es la que cuenta con mayores recursos económicos asegure el pago al trabajador, pero con este conveniente vacío las empresas podrán sin duda alegar excepciones a la imputación de responsabilidades.

Responsabilidad empresarial

Si bien fue acertado que la ley 29245 establezca una responsabilidad solidaria para la empresa usuaria como lo exigían los gremios sindicales, creemos que tampoco es casualidad que al día siguiente el Dec Leg 1038 haya restringido dicha responsabilidad sólo a las obligaciones laborales y de seguridad social establecidos por norma legal excluyendo expresamente las obligaciones originadas en un convenio colectivo o unilateralmente por parte del empleador y evitando además incluir expresamente las obligaciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo.

Con esta norma entonces las obligaciones que emanan por ejemplo del Convenio de Rama de Actividad del Sector de Construcción Civil, no

pueden ser exigidas a la empresa usuaria o dueña de la obra, ni aquellas que emanen de posibles Convenios de Rama en el sector minero o cualquier otro.

Justo los temas de la salud y seguridad en el trabajo son muy sensibles en el sector minero y de construcción, la Federación de Construcción Civil ha denunciado y es de público conocimiento la gran incidencia de accidentes fatales en las obras de construcción que sufren en especial los trabajadores que laboran para las contratatas. Así mismo según el MEM en el sector minería entre el 2000 y el 2007 fallecieron 500 trabajadores en la gran y mediana minería de los que 340, un 68%, correspondían a empresas especializadas (contratatas).

Si fallece un trabajador minero o de construcción de una contrata por deficiencias en los sistemas de seguridad en la mina u obra, ¿podrían los deudos exigir una indemnización importante directamente al dueño de la obra o titular de la concesión minera (quizá una multinacional)? Jurídicamente sería posible sostenerlo pero porqué la norma no lo dijo expresamente, acaso alguno de los 340 fallecidos de las contratatas ha obtenido en estos años una indemnización significativa de una de éstas empresas.

Finalmente creemos que sin perjuicio de la responsabilidad solidaria la norma debió establecer un deber de control respecto del cumplimiento de las obligaciones a favor de los trabajadores por parte de la empresa usuaria o principal durante la ejecución de la obra o servicio, después de todo creemos que a todos nos interesa promover la prevención y el cumplimiento de las normas, es decir evitar la enfermedad antes de proponer la cura.

Elementos que determinan que no se trata de una cesión de personal

Como se dijo la norma pretende regular los supuestos de uso patológico o fraudulento de la tercerización, considerando dos parámetros:

a) Autonomía funcional: exclusiva subordinación de los trabajadores por parte de la contrata.

b) Autonomía organizativa: la contrata asume la responsabilidad por los resultados de la obra o servicio y cuenta con sus propios recursos para hacerlo.

Teóricamente el incumplimiento de alguno o ambos elementos podrá determinar que nos encontremos en las siguientes situaciones:

a) Una empresa pantalla o cascarón. Existe la persona jurídica formal pero no la entidad económica real.

b) Empresa de pantalla coyuntural. La empresa existe como entidad económica pero en casos puntuales funciona como un cascarón.

c) Autonomía organizativa y dependencia funcional

El tema tan sonado de la pluralidad de clientes es importante a fin de acercarse a determinar la existencia de los supuestos b) y c), pues en muchos casos la contrata puede haber nacido por interés expreso de la principal con lo que es muy probable que ésta última ejerza el control o tenga niveles de control corporativo sobre la primera. Piénsese en los casos de los grupos de empresa o filialización.

Se van a presentar en la realidad una serie de situaciones límite donde el análisis de la concurrencia de ambos parámetros no será muy claro por lo que también cabría reflexionar si basta con analizar la existencia o no del poder de dirección laboral de parte de la contrata o si además cabría ampliar el análisis al poder de dirección empresarial, es decir determinar quién define la política empresarial de la contratista o quien mantiene el control de las decisiones corporativas. Piénsese en un encargo que se desarrolla en las instalaciones de la contrata (supuesto excluido de la Ley) pero esta última es controlada económicamente por la usuaria, en este caso ¿quién es el verdadero empleador?

Derechos individuales y colectivos

La norma establece que los trabajadores desplazados tienen todos los derechos individuales y colectivos respecto de la empresa tercerizadora, es decir su empleadora formal. Entonces nos preguntamos, si es que ya se estableció responsabilidad solidaria, al menos respecto de obligaciones de origen legal: vacaciones, remuneraciones, descansos, jornada máxima, cts, etc. ¿podría el Sindicato actuar dentro de sus funciones de defensa colectiva frente a la empresa usuaria para exigirle el pago de dichas obligaciones? o es que esto sólo será posible a través del juicio largo y penoso que propone nuestro sistema de justicia, más aún ¿podría el Sindicato ejercer la actividad sindical (fiscalización) frente a la principal en defensa de derechos relacionados con la salud y seguridad, condiciones de trabajo, etc. temas tan delicados y urgentes que atañen a la salud y la vida del trabajador?

Nosotros creemos que si es posible pero la norma no lo reconoce expresamente es más “convenientemente” refuerza la idea que los derechos individuales y colectivos de los trabajadores tercerizados “se tienen” (no faltará un abogado que diga “se ejercen”) respecto de su empleador.

Consideramos que este tema es muy importante pues dada las limitaciones que existen en el sistema de inspecciones a nivel nacional (falta de número suficiente de inspectores, capacitación, etc.) la mejor y más eficiente garantía para el respeto de los derechos es la acción de fiscalización que el propio sindicato pueda ejercer y en la práctica cuando los trabajadores de contratas han protestado por las precarias

condiciones de trabajo las empresas titulares de concesiones mineras siempre han dicho que: "el reclamo (sindical) debe dirigirse a su empleador".

Protección de las Libertades Sindicales

Sobre el tema la ley propone un enfoque enunciativo: "*No puede ser usada para perjudicar las libertad sindical, negociación colectiva y huelga, ni afectar a los dirigentes con fuero sindical*" Nuevamente nos preguntamos qué pasa con otros trabajadores con fuero sindical como los de sindicatos en formación o miembros no dirigentes de una comisión negociadora, o trabajadores con fuero establecido por convenio colectivo ¿Ellos no? ¿Por qué?

De hecho las nuevas formas de organización productiva y empresarial han impactado negativamente en las formas clásicas de organización sindical y sin duda plantean retos al movimiento sindical. Pero sobre esto no se ha avanzado nada en la ley. En la propuesta de las Centrales Sindicales se señalaba que "*la norma debía aplicarse en el sentido que favorezca el ejercicio de los Derechos Colectivos*", esto ha sido obviado con toda intención.

Si bien desde el ejercicio de la autonomía colectiva, que forma parte de la Libertad Sindical, es posible determinar la forma de organización y ámbito sindical que más convenga a los intereses de los trabajadores y así mismo plantear el ámbito y nivel de negociación, las instancias administrativas en muchos casos han demostrado criterios restrictivos al momento de aceptar nuevas formas de organización sindical distintas las típicas que propone la LRC.

Por otro lado dada la dispersión de los trabajadores tercerizados, su alta rotación e inestabilidad; el sindicato y la negociación colectiva por rama de actividad sería la única forma que estos trabajadores podrían gozar efectivamente de este derecho, sin embargo según el esquema de la LRC, para negociar en ese nivel se requiere de el acuerdo de ambas partes, caso contrario se negociará a nivel de empresa y estamos seguros que el empresario decidirá siempre lo segundo.

Consideramos que la ley pudo proponer ampliar las formas de organización sindical: formulas que comprendan trabajadores directos y subcontratados o que concurren en una actividad económica, o establecer obligaciones a las empresas de aceptar un pliego de rama, o uno conjunto trabajadores directos-subcontratados, u otras modalidades de huelga.

Derecho a Información

Se establece este derecho para los trabajadores desplazados, los de la principal y los sindicatos pero sólo respecto de la empresa tercerizadora (contrata), pero no se establece que el derecho pueda ejercerse por los sujetos laborales respecto de la empresa principal.

Nuevamente la norma otorga un derecho casi enunciativo dirige la obligación de informar hacia la contrata y no a la principal quien es la que generalmente maneja mayor cúmulo de información valiosa, además las materias sobre las que hay obligación de informar son meramente formales.

No se establece obligación de informar por ejemplo respecto de: número de trabajadores que laboran en el centro de trabajo bajo cualquier modalidad o a través de terceros, medidas de seguridad y salud en el trabajo adoptadas, en su caso cobertura del seguro complementario de trabajo de riesgo, nómina de trabajadores que son desplazados al centro de labores de la empresa principal, etc.

Estabilidad en el trabajo

No regula nada sobre este aspecto. Mantiene el enfoque contractualista en caso de despido los reclamos deben dirigirse al empleador formal.

Es una práctica generalizada ligar la duración del contrato entre usuaria y contrata con la duración de los contratos laborales que esta última tiene con sus trabajadores. Pero ¿puede el tiempo del contrato (civil o comercial) determinar la duración del contrato de los contratos de trabajo?

Los contratos temporales deben ser usados para situaciones excepcionales, las labores permanentes de la empresa requieren trabajadores contratados a plazo indeterminado de lo contrario se alienta la fragmentación artificial de cualquier prestación de servicios.

Admitir que el contrato laboral es accesorio al contrato civil o mercantil configuraría causal válida de contratación temporal distinta a lo regulado por el Dec. Leg. 728°, donde la voluntad privada empresarial determina la duración del contrato de trabajo. Esto estaría afectando sin duda el Derecho al Trabajo reconocido en el art. 22° de la Constitución.

Cabe cuestionarse si en el caso de sucesivas celebraciones de contratos de servicios, ¿a cada subcontratación corresponde un nuevo contrato de trabajo?. Esta situación pone en riesgo la afectación de

salarios a la baja y provoca la fragmentación de la labor permanente del trabajador.

La aplicación de los principios de Primacía de la Realidad y de continuidad podría dar respuestas a éstas situaciones, sin embargo ya que la norma no prevé nada al respecto en la práctica será necesario de un pronunciamiento judicial.

Igualdad de Trato/ Diferencias salariales

Los trabajadores desplazados con contrato a plazo tienen iguales derechos que los de plazo indeterminado respecto de su empleador: la empresa tercerizadora. Es decir la igualdad se establece respecto a otros trabajadores desplazados pero no respecto a los trabajadores que laboran para la empresa usuaria. Esto sin duda evita intencionalmente regular el problema principal sobre este punto que es el uso de la tercerización con el fin de reducir costos accediendo a los beneficios del trabajo humano con menores condiciones que los que tienen los propios trabajadores.

Es claro que el uso de los mecanismos de subcontratación con el objetivo de pagar menos salarios es inaceptable pues atenta claramente contra el principio de igualdad y no discriminación reconocido en el art. 2.2 de la Constitución. Sin embargo mediante este mecanismo de hecho ha sido para las empresas más fácil reducir el costo laboral que otros costos y las altas tasas de desempleo permiten que un altísimo número de trabajadores tengan que aceptar menores condiciones de trabajo.

Por otro lado la alta oferta (proliferación de empresas contratistas) rebaja el precio de los servicios que se contratan lo que repercute sin duda en la calidad del servicio, de los materiales utilizados, en la relajación de las medidas de salud y seguridad y finalmente en el nivel de los salarios.

Pensemos además que cuando se produce la sucesión de contratos de servicios, entre usuaria y contratista, y además se liga la duración de estos contratos a la duración de los contratos de trabajo temporales, a fin de "conceder la renovación" la empresa puede condicionar al trabajador a aceptar una reducción en sus remuneraciones. En aplicación del Principio de continuidad esto no sería aceptable sin embargo la corrección de situaciones como ésta pasaría por el análisis judicial. Esto tampoco ha sido regulado en la ley.