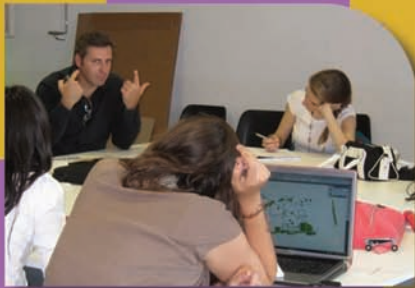


EDICIONES **DEBATE** INTERNACIONAL
SERIE **SALUD LABORAL**



Modalidades de Contratación laboral /Subcontratación y Tercerización



**Proyecto “Formación de los trabajadores y trabajadoras en temas
sindicales y de derecho laboral”. DGB Bildungswerk - CEFS – FETIA/CTA**

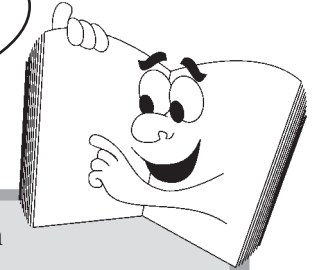
FeTIA/ CEFS - Carlos Calvo 2717 - C1230AAR
Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Director: Eduardo Menajovsky
www.cefs.org.ar / www.fetia.org.ar

Textos Ana Clara Alfie
Edición y producción Norma Díaz
Diseño y Tapa Doblespacio
Impresión Imprimac

Segunda edición corregida y ampliada. Julio 2012



¿Es verdad que en todos los puestos de trabajo te “prueban” los primeros meses, y que recién después te tienen que “efectivizar”?



La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) permite que el patrón “pruebe” al trabajador los primeros tres meses. Pero esto no ocurre en todos los casos. En los contratos por temporada, y en los contratos a plazo fijo, no existe este “período de prueba” consagrado a favor del empleador.

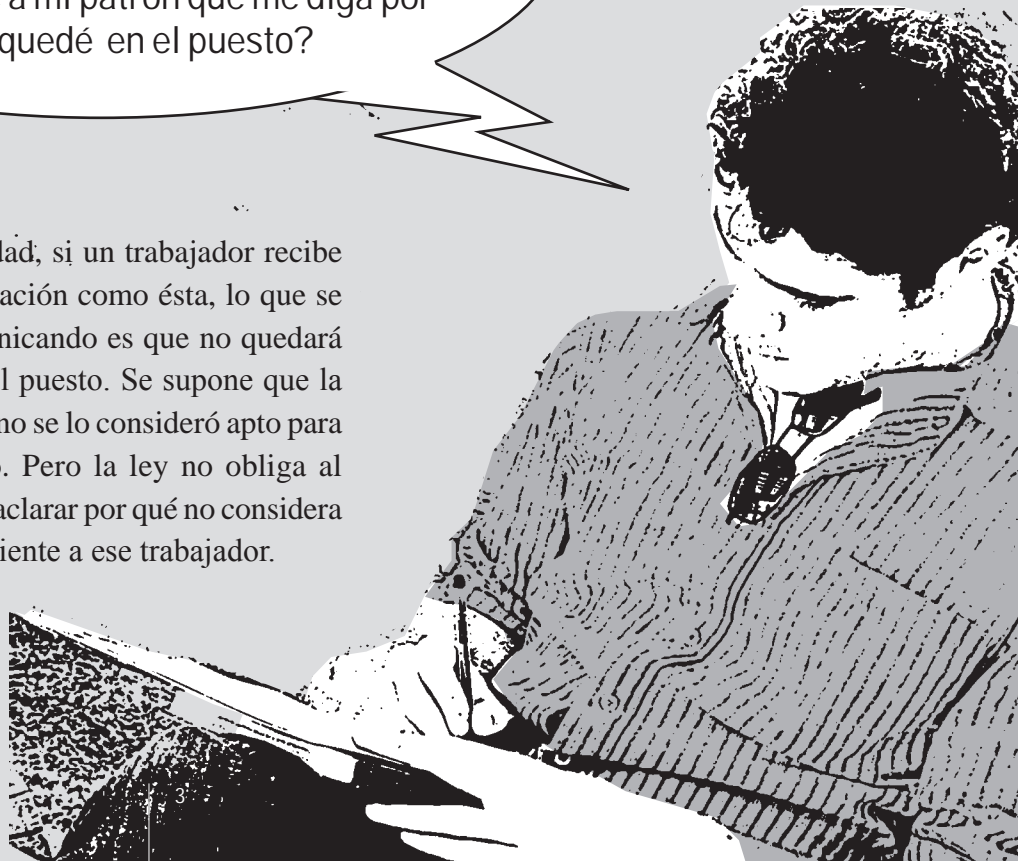
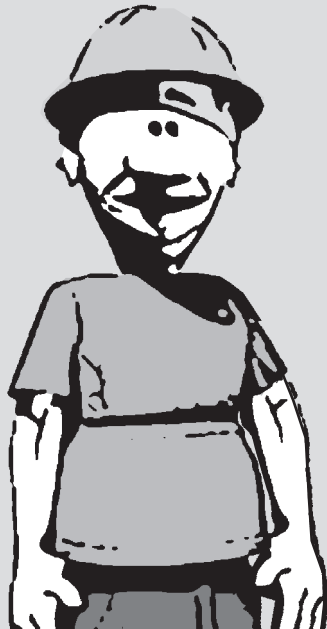


Lo importante es tener claro que, si estamos “a prueba”, el patrón nos puede despedir sin pagar ninguna indemnización.

En cambio, a partir de los tres meses, el empleador sólo puede despedir pagando las indemnizaciones que estipulan los artículos 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. La excepción a esta regla, se da cuando existe una causa grave (es decir, un incumplimiento del trabajador) que hace imposible que esa relación laboral continúe (despido con causa).

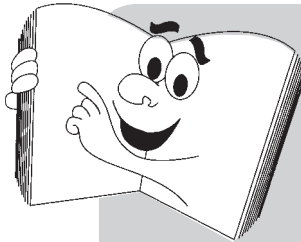
¿Qué significa “queda despedido por finalización del período de prueba”? ¿Me quieren decir que no supere algún test? ¿Puedo pedirle a mi patrón que me diga por qué no quedé en el puesto?

En realidad, si un trabajador recibe una comunicación como ésta, lo que se le está comunicando es que no quedará efectivo en el puesto. Se supone que la razón es que no se lo consideró apto para dicho puesto. Pero la ley no obliga al empleador a aclarar por qué no considera idóneo o eficiente a ese trabajador.





Pero... ¿qué pasa si en verdad me despidieron por otra cosa? Por ejemplo, si dicen que me despiden por el vencimiento del **período de prueba, pero en realidad me despiden porque se enteraron que quedé embarazada.**



Esta situación no ha sido contemplada por la ley, pero algunos jueces consideran que si la verdadera razón por la que se despide a una persona que se encuentra en período de prueba, es discriminatoria (embarazo, casamiento, actividad sindical, etc), entonces ese despido es nulo y el trabajador puede reclamar judicialmente por esta discriminación a la que fue sometido.

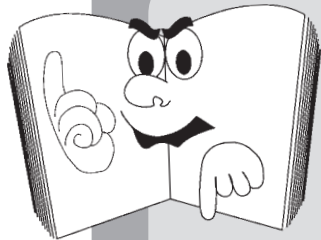
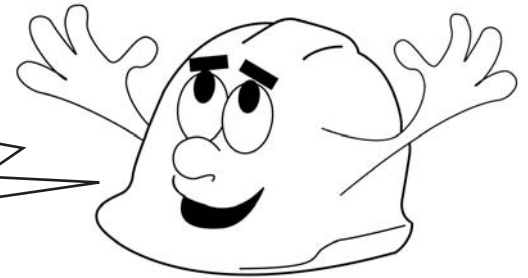


¿Me pueden contratar varias veces “a prueba”?



No. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, la segunda contratación es directamente “efectiva”. O sea, si te contratan en el año 2005 a prueba, y luego te vuelven a contratar en el 2006, como el patrón no puede invocar que te está probando de nuevo, si te despiden en los tres primeros meses del 2006, te va a tener que pagar una indemnización por despido.

¿Y si el patrón contrata a varios trabajadores, en forma sucesiva, para un mismo puesto? A cada uno lo pone a prueba, y a los tres meses lo echa... ¿qué pasa en ese caso?



En este caso también hay un ejercicio abusivo del período de prueba. Porque lo que la ley quiere es brindarle la posibilidad al empleador de que te despida únicamente si resultaste no apto para ese trabajo. En este caso, en cambio, la razón por la que constantemente el empleador despide al trabajador que “prueba”, es para no efectivizar a nadie en ese puesto (de esta manera reduce costos laborales).

Por eso es que, de darse esta situación, el trabajador que es despedido debe asesorarse legalmente, para reclamar judicialmente. Además, el empleador que tenga este tipo de conductas puede recibir sanciones por infracción a las leyes del trabajo.



¿Tengo que tener obra social mientras estoy "a prueba"?
¿Se me hacen aportes para la jubilación?

Sí. Al trabajador que se encuentra dentro del período de prueba se le deben hacer los mismos aportes y contribuciones que al trabajador que está efectivo; tanto a la obra social, a la seguridad social, como al sindicato en caso de que el trabajador esté afiliado. La única diferencia entre un trabajador que está efectivo en la empresa, y un trabajador que se encuentra "a prueba", es que el primero tiene más protección contra el despido arbitrario que el segundo.



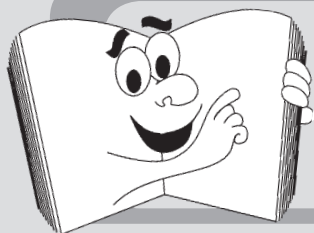
Porque al efectivo se le paga una indemnización si se lo despide, en cambio al que está "a prueba" no.

En síntesis, si al trabajador le dicen que "lo toman a prueba", pero no le dan recibos de sueldo, ni se le hacen los aportes y contribuciones para su jubilación, obra social, etc, en realidad ese trabajador está en negro, es decir, que el contrato de trabajo no ha sido registrado correctamente.


Supongamos que quedé efectivo.
¿Mi antigüedad empieza recién a partir de los tres meses? ¿O se computa el tiempo que estuve "a prueba"?

El período de prueba, se computa como tiempo


de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social. De hecho, la fecha de ingreso que debe aparecer en los recibos de sueldo debe ser la del primer día en que el trabajador prestó servicios (a prueba).



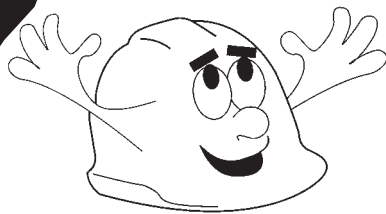
Si en cambio la fecha es posterior a la real (por ejemplo, si se consigna la fecha en la que se “efectivizó” al trabajador), estamos frente a una incorrecta registración laboral, pudiendo el trabajador reclamar por esta irregular situación.



Y si no quedo efectivo... ¿no me tienen que pagar nada?



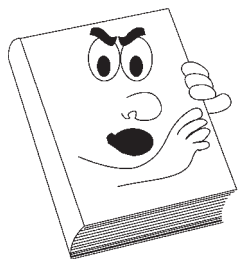
Exacto. Aunque es importante aclarar, que cuando no te van a efectivizar te tienen que avisar quince días antes (esto técnicamente se llama preaviso). Por ejemplo: si ingresaste a trabajar el 01/03, el período de prueba finaliza el 01/06. Por lo tanto, el 15/05 te tienen que mandar una carta documento, avisándote que estás despedido por finalización del período de prueba.



Si esto no ocurre (por ejemplo, te avisan directamente el 01/06 que quedaste despedido), te tienen que pagar una indemnización equivalente a **15 días de sueldo** (viene a ser una indemnización que sustituye ese preaviso omitido).

Y si en un empleo me contratan para trabajar pocas horas al día...

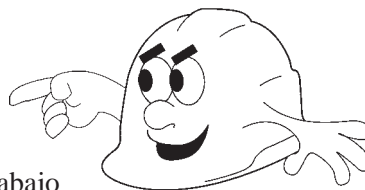
¿también es a prueba los primeros tres meses?



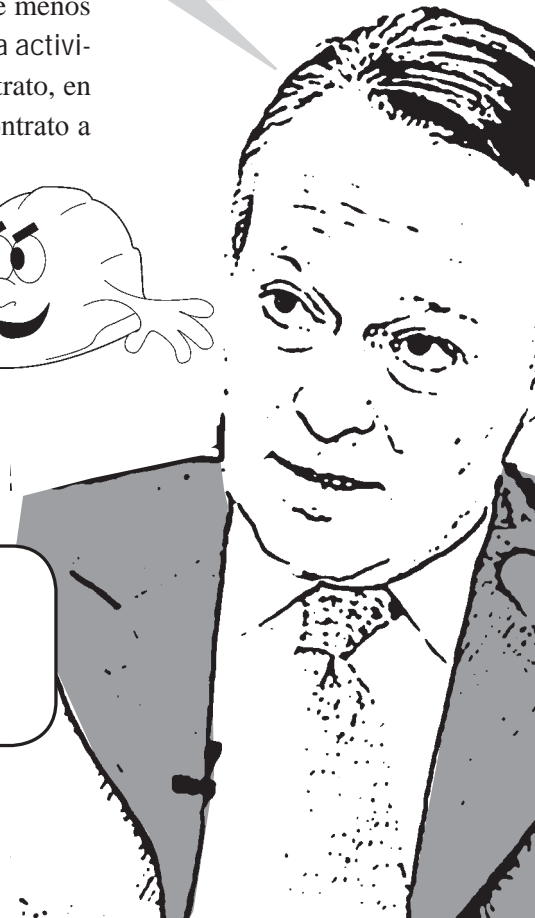
Sí. Cuando a un trabajador lo contratan para que trabaje menos de las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad, se trata de un contrato a tiempo parcial. Este contrato, en lo que se refiere al período de prueba, es idéntico al contrato a tiempo completo.

Para saber si el contrato es a tiempo parcial, tenemos que ver entonces cuál es la jornada habitual de la actividad.

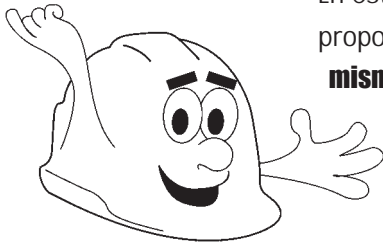
Para eso, tenemos que leer el convenio colectivo de trabajo (CCT), que seguramente lo regula. Si en cambio, el CCT no regula cuál es la jornada habitual, se considera que la misma es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales.



Por lo tanto, si te contratan para trabajar menos de treinta y dos horas semanales, el contrato de trabajo es a tiempo parcial.



¿Cuánto me tienen que pagar si trabajo “a tiempo parcial”?



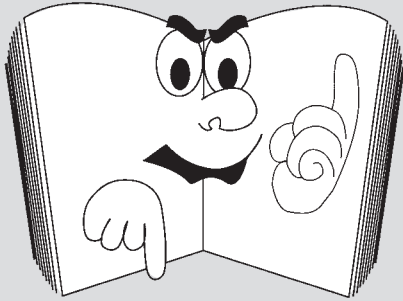
En estos casos, la remuneración del trabajador no puede ser inferior a la proporcional que le corresponda a un trabajador a tiempo completo de la **misma categoría o puesto.**

Es decir, si un trabajador a tiempo completo (8 horas diarias) gana por su trabajo \$ 1000, quien trabaja la mitad del tiempo en esas mismas tareas (4 horas diarias) debe cobrar \$ 500.

¿Si trabajo seis horas al día, cinco veces a la semana, soy un trabajador “a tiempo parcial”?

La ley, como ya hemos dicho, dice que el contrato de trabajo a tiempo parcial es aquél por el que se estipula trabajar menos de las dos terceras partes de la jornada habitual de la actividad. Generalmente, la jornada habitual es de 48 horas semanales (aunque hay excepciones... por ejemplo, el CCT N° 914/07, negociado por UTEDYC –aplicable a entidades civiles y deportivas-, prevé una jornada de 40 horas semanales).



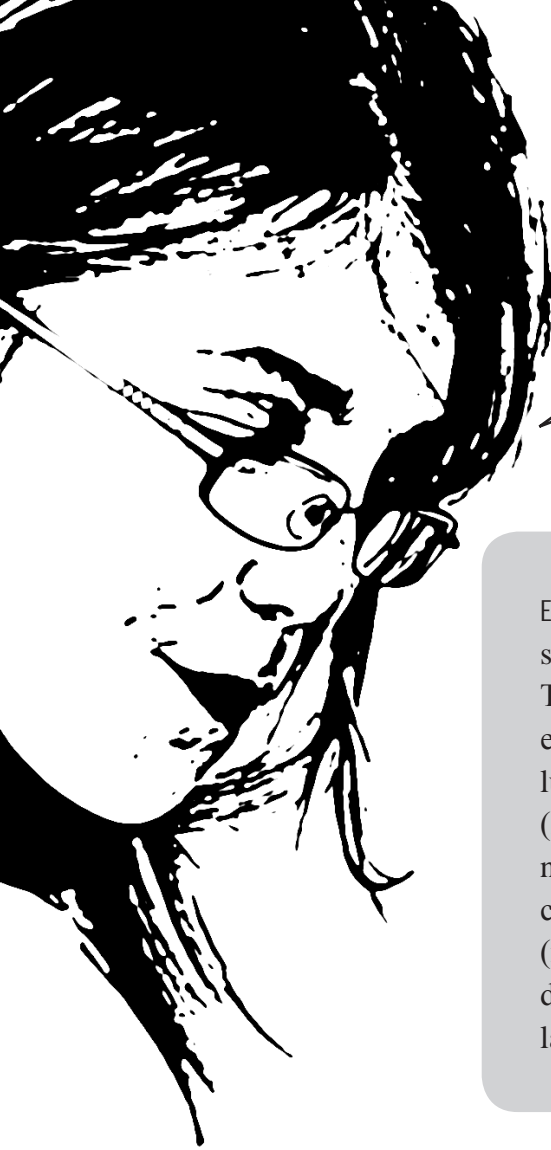


Si la jornada habitual es de 48 horas, entonces quien trabaje hasta 31 horas semanales, estará contratado “a tiempo parcial”. Por eso, si trabajás seis horas al día, cinco veces a la semana (30 horas), como esa cantidad es inferior a las dos terceras partes de la jornada habitual (48 horas), se trata efectivamente de una contratación a tiempo parcial.

Entonces si trabajo más de 32 horas, siendo la jornada **habitual de 48 horas semanales ya no se trataría de un** contrato a tiempo parcial...

Claro. En este aspecto, hubo una interesante reforma legal, operada mediante la ley 26474 (de enero de 2009), por la que se establece en el art. 92 ter de la Ley de Contrato de Trabajo, que si la jornada de ese trabajador contratado a tiempo parcial, supera las dos terceras partes de la jornada habitual, a ese trabajador se le debe abonar el salario que le correspondería si hubiera laborado la jornada completa (o sea, como si hubiera trabajado 48 horas semanales).

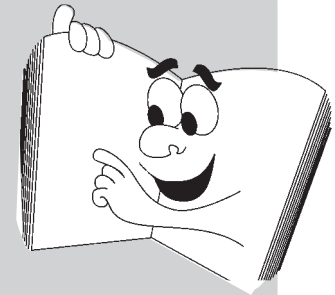




En otras palabras: si trabajás más de 32 horas semanales, como esa cantidad de horas supera las $\frac{2}{3}$ partes de la jornada habitual, el empleador va a tener que abonarte el salario equivalente a la jornada completa.

¿Y qué pasa si trabajo exactamente 32 horas semanales, siendo la jornada habitual de 48 horas semanales?

Esta cuestión no queda clara en la nueva norma. Porque si bien el actual art. 92 ter de la Ley de Contrato de Trabajo, define al contrato parcial como aquel por el que se pacta una jornada inferior a las $\frac{2}{3}$ partes, luego dispone que sólo si se supera esa proporción ($\frac{2}{3}$ partes) deberá abonarse como si se tratara de jornada completa. Entonces, no queda claro que ocurre cuando se trabaja una jornada que equivale exactamente a las $\frac{2}{3}$ partes (ni inferior ni superior a esa proporción). Estas cuestiones se van a ir desentrañando a medida que los jueces tengan oportunidad de interpretar la nueva norma.





Me queda una pregunta sobre este tema: ¿si trabajo “a tiempo parcial”, mis aportes jubilatorios son también proporcionales?

Sí. El art. 92 ter establece que las cotizaciones a la seguridad social deben efectuarse en proporción a la remuneración del trabajador, y deben unificarse en caso de pluriempleo. En este último caso, es el trabajador quien debe elegir entre las obras sociales a las que aporte, a cuál prefiere pertenecer.

Tengo un amigo que trabaja como mozo en un bar, ocho horas por día, seis días a la semana. Pero en el recibo le aparece “a tiempo parcial”, ¿cómo puede ser?

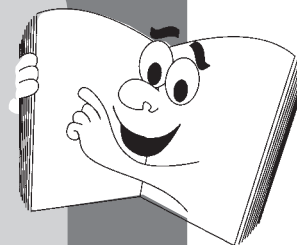
Ese es un fraude muy común en varias actividades (como en el sector gastronómico, por ejemplo), a través del cuál el patrón abarata sus costos laborales. Estas situaciones deben ser denunciadas y son gravemente penadas por la ley. Obviamente, el empleador que obra de tal modo, le deberá al trabajador las diferencias salariales, esto es, la diferencia entre lo que abonó y lo que debió abonar, atendiendo a la verdadera jornada de su dependiente. Por eso, es muy importante que entre nuestros compañeros, amigos y familiares, hagamos circular esta información, para conocer cuáles son nuestros derechos, y de que modo podemos hacerlos valer.





Si trabajo "a tiempo parcial", y se produce una vacante en la empresa. ¿Tengo prioridad, si yo quiero ocupar esa vacante que es "a tiempo completo"?

Lo único que dice la ley es que los CCT pueden determinar esta prioridad. En realidad, el empleador siempre se tiene que comportar de buena fe, y si un empleado que ya está trabajando (a tiempo parcial) le pide ocupar un puesto que quedó vacante (a tiempo completo), en principio el empleador tiene que concederle esta prioridad (no habría razones para que no lo haga).



¿Qué otros tipos de contratos laborales existen?

La ley permite realizar contratos de trabajo a plazo fijo, eventuales o de temporada.



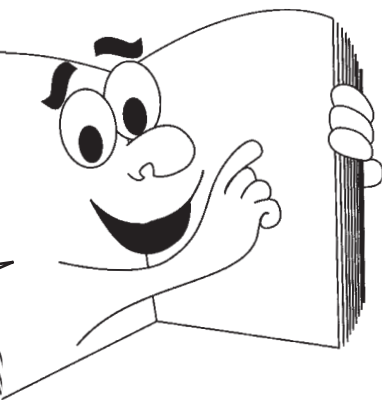
¿Qué es un contrato “a plazo fijo”?

En principio, todos los contratos de trabajo (sean por escrito o bien verbales) se entienden celebrados por tiempo indeterminado. Esa es la regla general, y significa, que esa relación o vinculación laboral tiene que seguir año tras año hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de jubilarse. Justamente por eso, la ley obliga al empleador a pagar una indemnización si despiden a un trabajador antes de que se jubile.

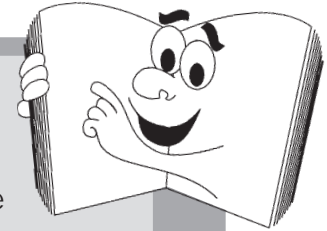
¿Por qué? Porque se le está causando un daño, al cancelar la natural expectativa que tenía ese trabajador de contar con una fuente de ingresos (para sí y para su familia), hasta el día en que obtenga su jubilación.



El contrato de trabajo “a plazo fijo”, en cambio, no está destinado a durar hasta la jubilación de ese trabajador, sino que tiene un término o plazo, una especie de “vencimiento”.

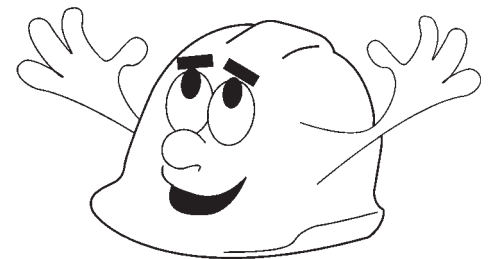


Como justamente este contrato “a plazo fijo” va contra la regla general, la ley es muy estricta a la hora de darle valor a este tipo de contratos. En primer lugar, obliga a que estos contratos se hagan por escrito. En este contrato escrito, debe constar la fecha en el que vence el contrato. Además de esta exigencia formal, la ley establece que sólo se puede contratar a un trabajador “a plazo fijo”, cuando la naturaleza de las tareas para las que se lo contrata, requieren de este tipo de modalidad.



Pongamos un ejemplo: si en una panadería se contrata a un panadero “a plazo fijo”, y se le hace firmar un contrato que dice que a los 10 meses termina el contrato, ese contrato es nulo porque el panadero es un trabajador que la panadería necesita constantemente. Entonces, como ese contrato es nulo, la ley entiende que no tiene validez, y que por lo tanto ese vínculo es por tiempo indeterminado.

¿Esto que significa? Que cuando a los 10 meses el patrón le diga a este trabajador que no vaya más a trabajar, ese trabajador debe asesorarse legalmente, para que le sigan dando tareas, ya que al no ser válido el contrato a plazo fijo, se considera que es por tiempo indeterminado.

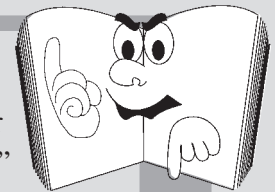




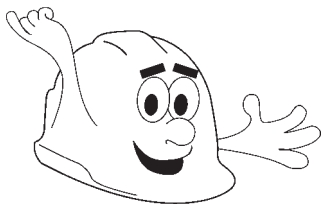
¿Por qué el patrón contrataría a este panadero por sólo 10 meses, si en verdad necesita siempre de un panadero?

Porque la ley establece que, si el contrato es a plazo fijo y no dura más de un año (como en este caso), el empleador no tiene que pagar ninguna indemnización cuando “vence” el contrato.

Por eso, muchas veces los patrones, de manera fraudulenta, contratan “a plazo fijo”, para un puesto que en realidad es constante en la empresa. Así, pueden despedir a ese trabajador, y luego contratar a otro (también “a plazo fijo”), y así sucesivamente.

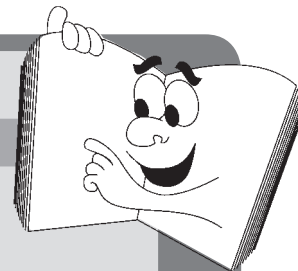


Conclusión: no pagan nunca una indemnización, no pagan adicional por antigüedad (el trabajador nunca llega al año), nunca tienen al trabajador de vacaciones, etc. Debemos repudiar este tipo de contrataciones fraudulentas, y luchar por nuestro derecho a un contrato por tiempo indeterminado.



¿Y que pasa si el contrato “a plazo fijo” dura más de un año?

El contrato “a plazo fijo” puede durar hasta 5 años, sea a través de un contrato o varios sucesivos con el mismo trabajador. Cuando el plazo convenido es mayor a un año, el patrón sí tiene que pagar una indemnización al vencimiento (salvo que el despido obedezca a una justa causa, es decir, a un incumplimiento grave del trabajador). Igualmente, esta indemnización es la mitad de la que se le paga a cualquier trabajador por un despido sin causa. Por eso, sigue siendo siempre más barato contratar “a plazo fijo”, que “a tiempo indeterminado”.



Aunque el contrato tenga plazo... ¿me tienen que avisar que se va a terminar?

Sí. El empleador debe avisar al trabajador que el contrato se finaliza por el vencimiento del plazo. Este aviso debe hacerse con un mínimo de un mes de anticipación. Si el empleador no lo hace, se entiende que el contrato se convirtió en uno por tiempo indeterminado.

¿Qué diferencia
hay entre un trabajador “a plazo fijo”
y un trabajador “eventual”?

La diferencia es que el empleador que contrata a un trabajador a plazo **fijo, sabe exactamente cuanto tiempo lo va a necesitar.** Por ejemplo: supongamos que en una empresa un trabajador se va de vacaciones por quince días. Ese puesto no puede quedar vacante esos días, razón por la que la empresa contrata a un trabajador para que labore esos quince días (ni uno más, ni uno menos). En ese caso, lo que debe firmarse es un contrato “a plazo fijo”. En cambio, supongamos que en esa misma empresa hay otro trabajador que está accidentado. No se sabe bien cuándo va a poder volver a trabajar, razón por la cual la empresa, para cubrir ese otro puesto, debe contratar a un trabajador “eventual” (no a plazo, porque no puede anticipar en que momento el trabajador accidentado va a poder retomar tareas).

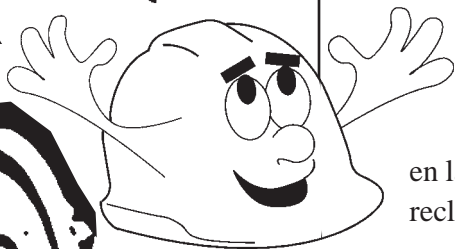


En síntesis, el trabajador eventual está destinado a cumplir servicios extraordinarios (supongamos, un pico de producción), o bien exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, siempre que no pueda saberse de antemano en que momento va a finalizar esa exigencia o servicio extraordinario.



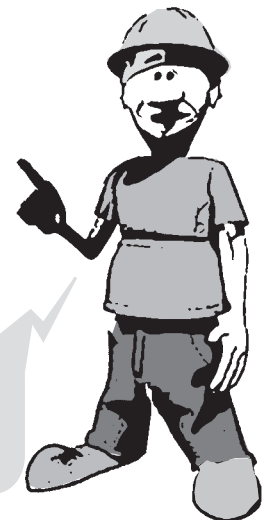
A veces se contratan trabajadores “eventuales” para cubrir a los que hacen huelga... ¿puede ser?

Esas contrataciones son totalmente inválidas: la ley prohíbe terminantemente contratar a trabajadores eventuales para sustituir a los “huelguistas”.



Claro... si el patrón pudiera contratar a trabajadores para sustituir a los que fueron a la huelga, ninguna huelga tendría éxito, porque justamente el objetivo de la huelga es dañar a la empresa, parando la producción... así, el patrón se ve en la obligación de escuchar los legítimos reclamos de los trabajadores.

Por eso, si la empresa toma “personal sustituto”, estamos ante una práctica antisindical que debe ser denunciada para que sea sancionada.



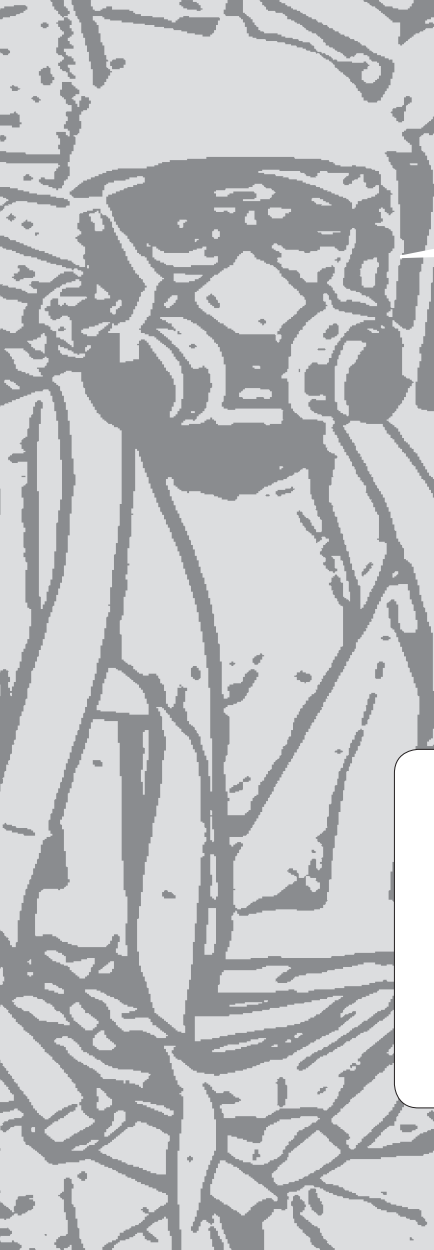
¿Me pueden contratar como “eventual” para
hacer una tarea típica en la empresa?



La ley permite este tipo de contratación sólo en casos extraordinarios, cuando hay una causa objetiva que explica la necesidad de este tipo de contratación.

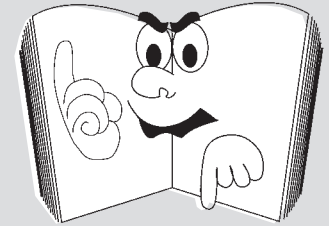
Siguiendo el ejemplo del panadero, tenemos que aclarar que ese trabajador no puede ser contratado ni “a plazo fijo”, ni de manera “eventual”. Porque en ese caso no hay una “exigencia extraordinaria”, ese panadero hace al giro normal y ordinario de **esa panadería**. En cambio, si por algún suceso extraordinario esa panadería tuviera un pico de producción, sería factible la contratación “eventual” de otros tantos panaderos.



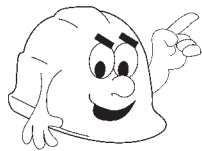


Pero... ¿puede una “exigencia extraordinaria” durar varios años, por ejemplo?

No. La ley establece que la causa que da origen a la contratación eventual no puede exceder de seis meses en un año, y hasta un máximo de un año en un período de tres años. Si el contrato excede estos tiempos, o bien la causa por la que se contrató de manera “eventual” no es extraordinaria, entonces el contrato es nulo y por tanto se presume a tiempo indeterminado (que como dijimos, es la regla general).



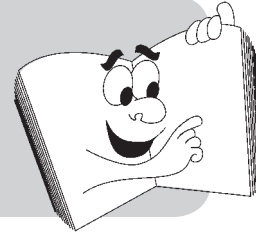
Suponiendo que se trate verdaderamente de un trabajador eventual...
¿se le debe una indemnización al finalizar la relación laboral?



No. Si el contrato de trabajo eventual cumplió con todos los requisitos que exige la ley, al finalizar ese contrato el trabajador no obtiene ninguna indemnización por la extinción de la relación laboral.

¿Y al menos me tienen que preavisar que se va a terminar el contrato eventual?

Tampoco. De un día para el otro, cuando se termina la exigencia extraordinaria para la que fue contratado ese trabajador, se le comunica la extinción del contrato de trabajo, y nada se le paga.

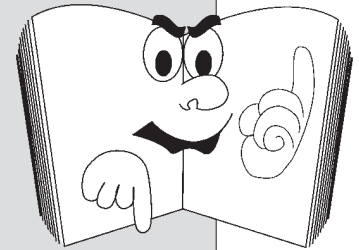


Esta dramática situación hace que, cada vez que sepamos de un caso de contratación eventual, sea conveniente que ese trabajador se asesore legalmente, ya que muchas veces se utiliza este tipo de contratación sin que se cumplan los requisitos legales, y sólo por la conveniencia que implica para el empleador (reducción de costos laborales, al no pagar ningún tipo de indemnización).

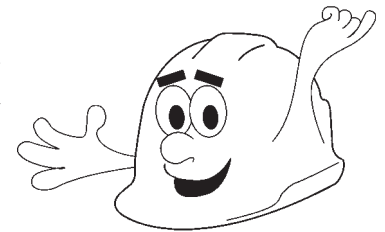


Esto es cuando el trabajador es directamente contratado por la empresa como eventual. Ahora... ¿qué pasa cuando hay una agencia de servicios eventuales en el medio?

El régimen es distinto cuando se trata de un trabajador eventual provisto por una empresa de servicios eventuales (ESE); en estos casos, el trabajador eventual depende de la agencia (que debe estar habilitada por el Ministerio de trabajo). La agencia (que es el empleador) proporciona el trabajador eventual a la empresa que lo necesita (y que se denomina “empresa usuaria”).



O sea, por un lado tenemos que el vínculo laboral se da entre la agencia y el trabajador, pero a su vez la agencia tiene un vínculo comercial con la empresa usuaria, por el cual le provee de ese trabajador eventual que está necesitando.



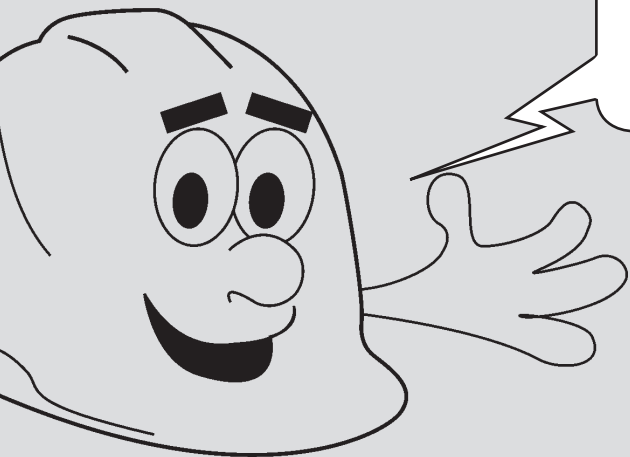


¿O sea...
en estos casos mi patrón
sería la agencia?

Exacto. El empleador es la agencia, por eso es la que paga el sueldo. De hecho, el trabajador es “efectivo” en relación a la agencia, quien lo destina a realizar trabajos “eventuales” para distintas empresas usuarias.

Si soy efectivo de la agencia...
¿entonces me tiene que dar todo el tiempo trabajo?

No. Se trata de un régimen legal especial. La agencia está obligada a darte trabajo al menos 120 días en un año, y en ningún caso te puede tener sin trabajo por más de 60 días corridos. Entonces, si pasan más de dos meses sin que la agencia te destine a un nuevo puesto de trabajo, tenés que intimar a que lo hagan, porque esa es la obligación que establece la ley.

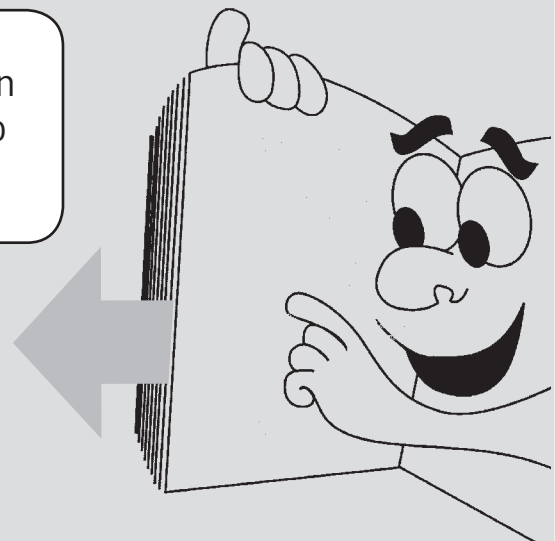


¿Y si me despiden, me deben alguna indemnización?

Sí, siempre que el despido sea sin causa (o sea, que no sea producto de algún incumplimiento grave del trabajador). Como dijimos, la relación entre la agencia y el trabajador es propia de la regla general (contrato por tiempo indeterminado). Por eso, en caso de despido sin causa se paga la indemnización común (art. 232, 233 y 245 LCT).

Me pueden destinar primero a trabajar unos meses en una empresa que queda en la Capital Federal, y luego mandarme a trabajar a provincia de Buenos Aires?

Eso depende de cual sea tu domicilio. La ley establece que nunca te pueden destinar a trabajar en un lugar que quede a más de 30 kilómetros del lugar donde vivís.



¿Y dependiendo del destino (o sea, de la empresa usuaria), me puede ir variando el sueldo?



Si. Al trabajador se le aplica el convenio colectivo (y por tanto, las escalas salariales) de la actividad de la empresa usuaria. Cada vez que te cambian de empresa usuaria, te cambia la remuneración, la categoría, la obra social y el sindicato que te va a representar. Por eso, estas formas de contratación son nocivas para el trabajador y deben ser repudiadas ya que generan terribles desórdenes e inestabilidad laboral.

¿Qué pasa cuando me contratan por agencia, pero no me van variando de empresa usuaria, sino que hace años que trabajo para la misma?

En estos casos se trata de una contratación fraudulenta. O sea: si un trabajador desde que fue contratado por la agencia, ha sido destinado a una única empresa (supongamos, a una fábrica de zapatos), y las tareas que realiza no son en realidad eventuales (ya que no suponen una exigencia extraordinaria de esa fábrica), entonces el verdadero empleador es la fábrica, y la agencia en realidad es una mera interposición, que se realiza en fraude a la ley. En estos casos, es importante asesorarse con un abogado para tener claro si la contratación es ilegal, de modo tal de conocer los cursos de acción que podemos seguir.





Mi caso es así: hace como 10 años que trabajo en la parte de limpieza de un Banco, pero quien me da los recibos de sueldo no es el Banco, sino otra empresa, que es la que me avisa cuando me tomo las vacaciones, las licencias y esas cosas. No es una agencia de servicios eventuales, es una empresa de limpieza, pero para mí es medio fantasma, porque la realidad es que yo trabajo para el Banco, dentro del Banco, ¿me explico? No me queda muy claro como es esto...

Bueno, esto tiene que ver con lo que es la subcontratación, que también puede ser “legal” o “fraudulenta”. Es lo mismo que decíamos para el tema de la agencia de servicios eventuales, porque de hecho, la utilización de estas agencias por parte de las empresas es una manera de “subcontratar”.



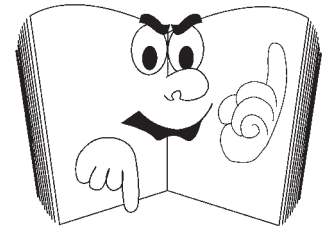
Todo este tema se relaciona con la manera en la que fue variando la organización de las empresas; hoy, éstas no quieren tener el control entero de la producción, al revés, si se pueden desentender de un montón de cuestiones (descentralizar la producción), para ellas es mucho mejor.

En tu caso, el Banco no quiere encargarse de ocupar trabajadores para la limpieza de sus instalaciones, entonces subcontrata a otra empresa especializada en esas tareas.

SUBCONTRATACIÓN Y TERCERIZACIÓN

Subcontratación y tercerización... ¿es lo mismo?

Si usamos la palabra “subcontratación” en un sentido amplísimo, incluye tanto al fenómeno de “tercerización”, como el de “descentralización” o “externalización”, también llamado “outsourcing”.



Si la usamos con un sentido más técnico-jurídico, el término “subcontratación” sería más restringido, y el término “tercerización” sería más amplio, porque incluiría otros fenómenos, como la intermediación laboral, el suministro de mano de obra, o el uso de la figura del “monotributo”.

En criollo: ¿qué sería un trabajador subcontratado?

Bueno, un trabajador subcontratado es aquel que, por ejemplo, repone en el supermercado X un determinado producto (las pastas secas de A), pero no es empleado ni de X ni de A, es empleado de B. Atrás de esto está la subcontratación, porque la empresa A, que se dedica a fabricar pastas secas, concentra su actividad en esa fabricación, y no se encarga de distribuir el producto final. ¿Qué hace entonces? Contrata a otra empresa B, que se dedica exclusivamente a la distribución de productos y colocación en los distintos puntos de venta (supermercados). Esa empresa contrata a este trabajador, al que llamamos “subcontratado” o “tercerizado”.



¿Así lo llama la ley?

No. La Ley de Contrato de Trabajo (LCT), que regula el tema en su art. 30, utiliza las palabras “cesión” y “subcontratación”, pero no nombra al trabajador como “subcontratado” o “tercerizado”.

Pero más allá de los nombres, ¿la ley permite que se haga esto con los trabajadores?

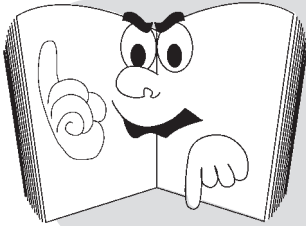
Sí. La subcontratación es lícita: la ley sólo se detiene en regular los supuestos de fraude y fija criterios de responsabilidad.

O sea: está permitido subcontratar, pero se establecen en ciertos casos obligaciones de control y distintas responsabilidades, según la subcontratación tenga que ver con la actividad normal y específica de la empresa que subcontrata, o no.

¿Cómo es eso?

La Ley establece esta mecánica: si la empresa A contrata a la empresa B para que lleve adelante servicios que hacen a su actividad normal y específica, entonces la debe controlar. Es decir, le debe pedir una serie de constancias que acrediten que B está cumpliendo regularmente con todas las normas laborales y de la seguridad social.





Si A no lleva este control respecto a B, la ley establece que A responde solidariamente con B, respecto de todo reclamo que el trabajador comprometido en la subcontratación pueda tener.

Entonces, el patrón en este caso es B, pero si no cumple con todas las leyes... ¿el trabajador puede reclamar también contra A?

Sí. El trabajador puede demandar a ambas empresas, y si en el juicio se demuestra que A no cumplió con los controles que establece la ley, el juez va a poder condenar a las dos.

Por ejemplo, si al trabajador no se le están haciendo los aportes de manera correcta, o directamente no se lo ha registrado, o se le está pagando deficientemente el salario, etc., previa intimación a su empleador puede considerarse despedido, y accionar tanto contra A como contra B en reclamo de las indemnizaciones y créditos laborales que se le adeuden.



Entonces si yo le estoy reclamando a mi patrón \$ 10.000, y estaba **subcontratado, ¿todo esto significa que puedo reclamar otros \$ 10.000** a la contratista, y entonces es un total de \$ 20.000?

No. Lo que significa es que si yo estaba como trabajador subcontratado, y tengo un reclamo de \$ 10.000 contra mi empleador (B), demostrando que A no cumplió con los controles de ley, puedo reclamar esos mismos \$ 10.000 también a A. O sea, son los mismos \$ 10.000 que yo elijo a quien reclamarle, no es que se duplique.

Pero si no se duplica el monto de dinero, ¿para qué me sirve esa "responsabilidad solidaria" de A?

Sirve, básicamente, para asegurarnos el cobro, porque muchas veces la empresa B no es tan solvente como la empresa A. Por ejemplo, la fábrica de pastas secas tiene un giro comercial de millones de pesos anuales, una trayectoria en el país de 50 años, en cambio la empresa que le hace la distribución tiene un capital de \$ 12.000 y la sociedad se creó hace un año.




Entonces quedamos así: si la empresa A contrató a la empresa B (que me contrató a mí) y no la controló bien, y resulta que yo tengo un problema con mi patrón, entonces tengo la tranquilidad de que si hago algún reclamo también puedo demandar a la empresa A para que me pague... ¿es así?

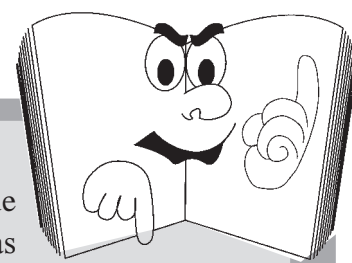


No siempre. Decíamos antes que el art. 30 de la LCT establece la responsabilidad solidaria de la empresa A, cuando ésta contrata a la empresa B para que se ocupe de los servicios relativos a la actividad “normal y específica” de la empresa A.

En cambio, si los servicios para los que A contrata a B no tienen relación con la actividad normal y específica de A, ésta empresa no va a tener ninguna responsabilidad, aunque B incumpla sus obligaciones laborales.



¿Cómo?
¿Cuál es la actividad normal y
específica de la fábrica de pastas
secas, por ejemplo?



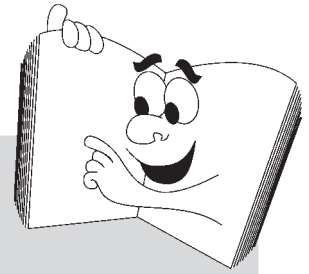
Bueno, la ley no aclara este tema. Uno podría decir que la actividad normal y específica de la fábrica de pastas secas es, precisamente, fabricar ese producto. Entonces, en esta lógica, si la fábrica de pastas contrata a otra empresa para que distribuya y coloque sus productos en los supermercados, se podría decir que esta contratación no se relaciona con su “actividad normal y específica”, y que por lo tanto si la empresa de distribución incumple con las obligaciones laborales de los trabajadores, la fábrica no tiene que responder.

Pero también se puede pensar con otra lógica, porque ¿de qué le serviría a la fábrica producir, si después no va a poder vender los productos? Es obvio que sin la comercialización del producto, su fabricación no tendría ningún sentido...desde este punto de vista la comercialización se relaciona íntimamente con su actividad...





Me parece que la ley no es muy clara... ¿quién decide esto en un caso concreto?

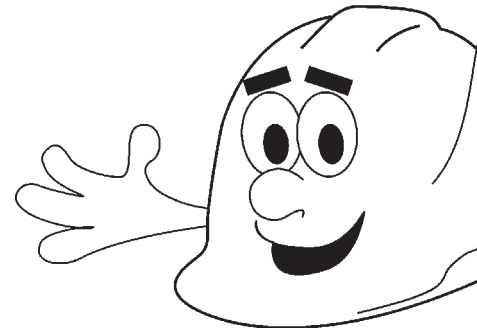


Los que interpretan las leyes laborales son los Jueces del Trabajo. Y el Máximo Tribunal encargado de esta interpretación es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en la década del 90' dictó un fallo muy negativo para los trabajadores, en una causa famosa caratulada: “Rodríguez, Juan R. c/ Compañía Embotelladora S.A. y otro s/ Despido”.

Los jueces de los tribunales inferiores acataron esta posición de la Corte, y dictaron innumerable cantidad de fallos limitativos de la responsabilidad de las empresas que deciden subcontratar.

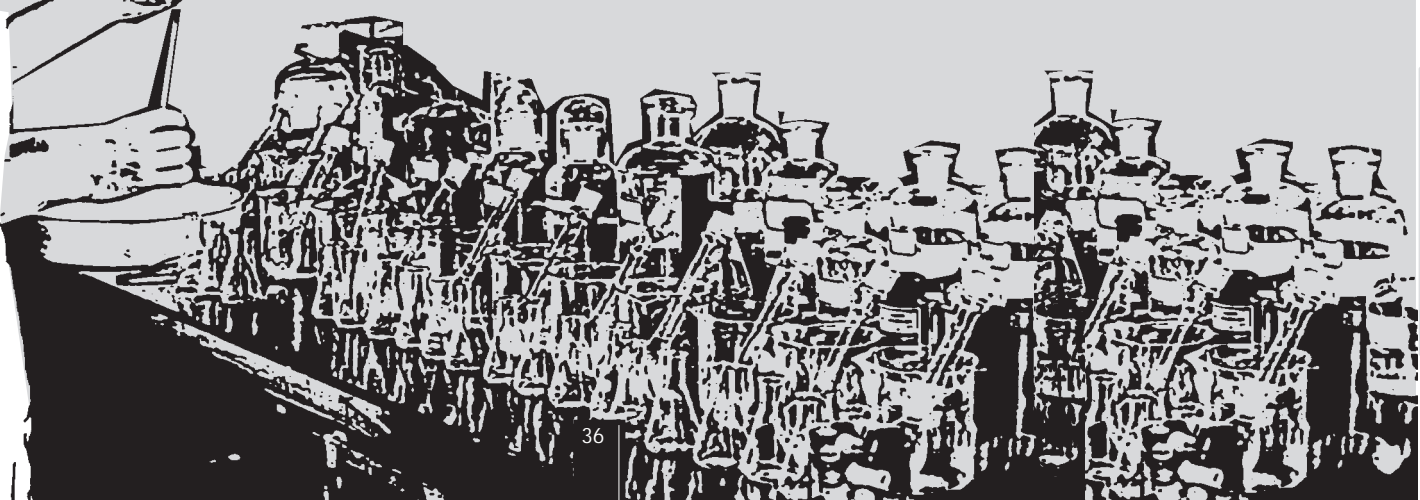
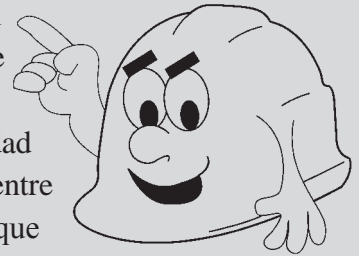
¿Cómo era ese caso?

Era un típico caso de segmentación productiva. El Sr. Rodríguez había sido contratado por una empresa llamada Compañía Embotelladora Argentina S. A. Esta empresa se dedicaba a fabricar, vender y distribuir las gaseosas de la línea Pepsi en la Capital Federal y Gran Buenos Aires.



El Sr. Rodríguez demandó en el juicio tanto a la Compañía Embotelladora como a la empresa Pepsi Cola Argentina S.A., y allí se demostró que Pepsi se dedica a elaborar los concentrados de las bebidas gaseosas, vendiéndolos a su vez a Compañía Embotelladora, que le compra esos extractos y elabora el producto final para venderlo y distribuirlo.

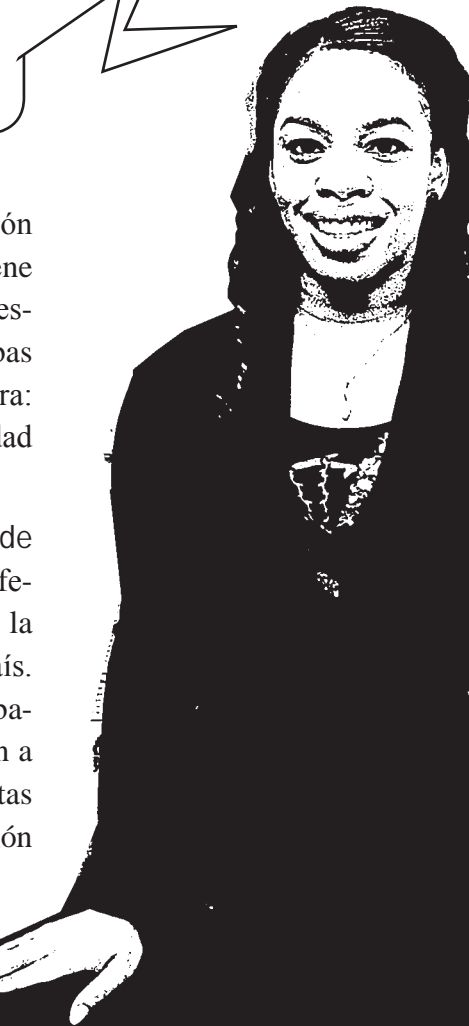
Entonces, la Corte consideró que la actividad normal y específica de Pepsi es la elaboración del concentrado, porque la decisión empresaria de Pepsi es sólo producir el concentrado, concluyendo allí la etapa de elaboración industrial. Entonces eximió a Pepsi de toda responsabilidad respecto a las obligaciones derivadas de esa relación laboral habida entre el Sr. Rodríguez y la Compañía Embotelladora, porque consideró que ese servicio de fabricación de la gaseosa, embotellado y comercialización no tenía ninguna relación con la “actividad normal y específica” de Pepsi, que es la fabricación del concentrado.




Pero si la gaseosa se fabrica con el nombre de Pepsi, para mí Pepsi tiene que ser responsable, aunque al final el producto lo haya fabricado otra empresa... ¿eso la Corte no lo tuvo en cuenta? Digo, el tema de la marca...

La Corte dijo que puede ocurrir que por razones comerciales y de identificación del producto se utilice la marca de la licenciataria originaria (Pepsi, que tiene la “fórmula” de ese concentrado), pero que esto no es determinante para su responsabilidad. Porque, según la Corte, si hubo una clara separación entre ambas explotaciones (Pepsi: fabricante del concentrado / Compañía Embotelladora: fabricante y comercializadora de la gaseosa), no se aplica la responsabilidad solidaria del art. 30 LCT.

Lamentablemente esta posición, muy restrictiva en cuanto al modo de interpretarse el art. 30 de la LCT, fue seguida por los Tribunales inferiores, que sienten una suerte de deber moral de acatamiento de la posición de la Corte Suprema, por ser el máximo tribunal del país. Así, los jueces empezaron a rechazar los planteos de los trabajadores para que se condenen a las empresas que suministraban a otras empresas un producto determinado, si se constataba que éstas aquellas se habían desligado de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución.






Y hoy...
¿qué dice la
Corte?

En el año 2009 la Corte con su nueva integración dictó un nuevo fallo (en la causa “Benitez, Horacio Osvaldo c/Plataforma Cero SA y otro”) en la que exhortó a los tribunales inferiores a dejar de acatar de manera automática la doctrina del fallo “Rodríguez c/ Embotelladora”. No hubo una revisión concreta de la doctrina anterior, pero sí la Corte le tiró las orejas a los jueces de las Instancias inferiores, que se escudaban en ese fallo para limitar la responsabilidad, en casos que además eran completamente distintos a aquél que motivó el fallo “Rodríguez”.

Me parece bien, porque esto de la “actividad normal y específica” es una manera de hacer que la empresa que contrata a otras se lave **las manos. Si al final es una “estrategia empresarial”, se tendrían** que hacer cargo siempre, porque ellos lo decidieron...

En realidad la Ley de Contrato de Trabajo originaria decía que siempre que hubiera subcontratación, debía controlarse el cumplimiento de las normas del trabajo y la seguridad social, y en todos los casos la empresa madre o principal iba a ser solidariamente responsable con la empresa que contrató. Además, la ley decía que si se subcontrataban servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento de la empresa, y dentro de su ámbito, iba a considerarse que todo el personal afectado a ese servicio era directamente trabajadora de la empresa madre.





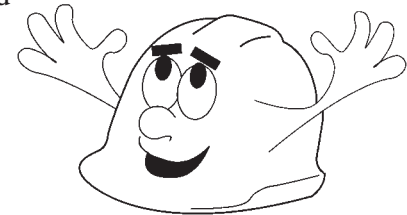
Pero vino la dictadura y en el año 1976 ésta modificó y mutiló la Ley de Contrato de Trabajo, estableciendo la regulación de la subcontratación que vimos más arriba –limitadora de la responsabilidad de las empresas que utilizan la herramienta de la subcontratación– , que es la que nos rige en la actualidad.



¿Y qué se puede hacer frente a esto? Porque si hoy nos rige una ley que fue reformada en perjuicio de los **trabajadores... ¡habría que cambiarla!**

Sí. Hay varios proyectos de ley que pretenden volver a la redacción originaria de la norma. La verdad, es terrible que nos siga rigiendo una reforma regresiva dispuesta por un órgano que no emanó de la voluntad popular.

Pero mientras tanto, me parece que hay que abrir bien los ojos y estar atentos, porque en muchos casos la subcontratación es fraudulenta, entonces ahí ya no es cuestión de que la empresa madre responda en función del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo (responsabilidad solidaria según sean servicios que hacen a su actividad “normal y específica”), sino que directamente se le puede reclamar como empleadora directa del trabajador, planteando el fraude de la subcontratación.





Eso es interesante.
¿Cómo sería?

En muchos casos no hay una verdadera subcontratación, sino una intermediación de persona. Me explico: aparece por ejemplo como si la empresa A contratase a la empresa B, quien a su vez contrata al trabajador, que aparece como dependiente de B. Pero en realidad, quien se comporta como el verdadero patrón de ese trabajador es A (le da las órdenes de trabajo, lo sanciona con apercibimientos o suspensiones, le da las herramientas de trabajo, etc.). La empresa B es simplemente una persona jurídica que aparece interpuesta entre ambos.

En estos casos se aplica el art. 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, que establece que el trabajador es considerado empleado directo de quien utiliza su trabajo (A), aunque también la otra empresa va a ser solidariamente responsable (B).

¿Cómo puedo saber si la subcontratación es legal o fraudulenta?

Siempre hay que estudiar el caso concreto, por lo que lo ideal cuando hay dudas es recurrir a un abogado que nos las pueda despejar. Pero como orientación, se podría decir que son señales de alerta de la subcontratación fraudulenta, las siguientes:

- 1) que el trabajador preste tareas en el establecimiento de la empresa principal o madre;
- 2) que la empresa principal lo dirija o le de las órdenes de trabajo;
- 3) que el poder disciplinario lo tenga la empresa principal;
- 4) que el trabajador para realizar sus tareas utilice fundamentalmente medios y herramientas de la principal.
- 5) que la contratista no asuma los riesgos inherentes a su función de empresa, con independencia de que tenga –o no- solvencia patrimonial.

Me quedé pensando en el caso del Sr. Rodríguez. Porque para mí ahí hay gato encerrado. ¡Seguro! porque si la Compañía Embotelladora le compraba el concentrado a Pepsi, y después elaboraba el producto y lo vendía como gaseosa “Pepsi”, digo... ¿no será que al final Pepsi y Compañía Embotelladora son todo lo mismo?

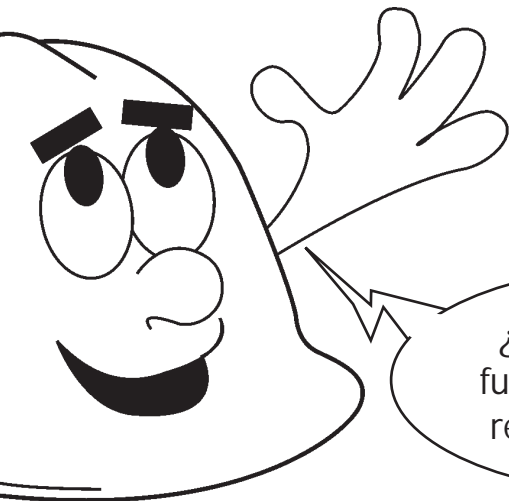
Bueno, esto no se probó en el caso del Sr. Rodríguez. Es lo que se llama “**grupo económico**”, y está regulado en el art. 31 LCT, que establece que si una o más empresas están bajo la dirección, control o administración de otra u otras, o relacionadas de modo tal que constituyen un conjunto económico de carácter permanente, son todas responsables solidariamente respecto a las obligaciones laborales y de la seguridad social, cuando han mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

Ah! Si se hubiera probado que Pepsi y la Compañía Embotelladora eran un grupo económico, ¿se hubiera condenado a ambas?

No necesariamente. Para que surja la responsabilidad solidaria, habría que haber probado, además del conjunto económico, que hubo maniobras fraudulentas o conducción temeraria.



Pero al final... esto de la subcontratación, o de los grupos económicos, ¡son todas decisiones empresarias! Frente a esto la ley debería ser más protectora de los trabajadores, tendría que ser todo más fácil porque nosotros no tenemos la culpa y no podemos terminar siendo perjudicados por estas “estrategias” de los empresarios...



Pero lamentablemente no es así, y muchas veces estas estrategias se desarrollan principalmente para reducir costos laborales, vulnerando los derechos individuales o colectivos de los trabajadores.

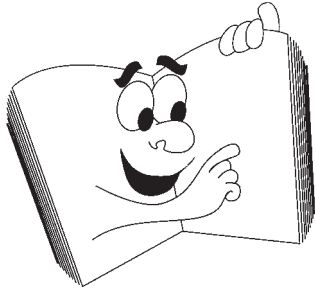
Por eso, hay quienes afirman que la subcontratación laboral, aunque sea “lícita” o “legal”, **viola el fundamento ético de las relaciones de trabajo.**

¿Por qué? ¿Cuál es el fundamento ético de las relaciones de trabajo?

Bueno, hay quienes no le encuentran ningún fundamento ético, porque consideran inmoral que los dueños del capital se apropien de la ganancia que produjo el trabajador, pagándole simplemente a éste un salario fijo.

Otra postura opina que la única explicación a esta desigual forma de “reparto” de la ganancia, se encuentra en el hecho de que el trabajador es ajeno a los riesgos empresarios. Es decir, que como el empleador corre con las pérdidas y los riesgos, si hay ganancias está bien que sean todas para él, porque si hay pérdidas él es quien debe soportarlas.





Esto es lo que se llama “ajenidad del riesgo empresarial”, que significa que el riesgo empresarial no puede ser nunca trasladado a los trabajadores.

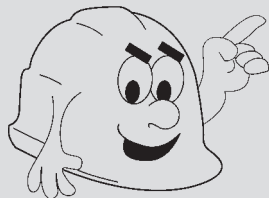
Lamentablemente este principio o garantía se encuentra totalmente trastocado en los supuestos de subcontratación, en los que los riesgos se le transfieren al trabajador. Todo esto nos demuestra que el hecho de que algo sea “legal” no significa necesariamente que sea “éticamente” correcto.



Y si... para mí no puede ser éticamente correcto si le provoca daño a alguien. Y los trabajadores seguro que tenemos un daño con esto...

Sí, uno de los principales daños que provoca es la **debilitación de la acción sindical**, porque segmenta al colectivo de los trabajadores.





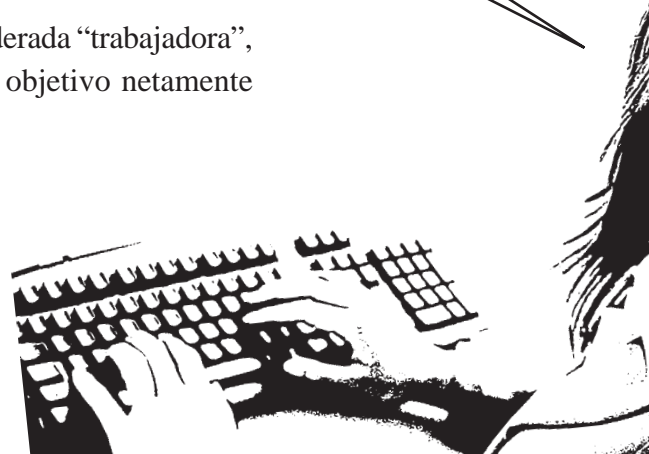
También te golpea a nivel individual, porque por ejemplo no es lo mismo pedir un crédito con una carta de un Banco reconocido que dice que yo trabajo para ellos desde hace diez años, que presentar una carta de una empresa de limpieza que no la conoce nadie...

Sí, el daño se produce en todos los niveles, aún en aquellos casos en los que la subcontratación es “lícita”. Un tema que afecta directamente al bolsillo del trabajador, es el tema del convenio colectivo de trabajo aplicable, porque en función de eso se va a determinar la escala salarial.

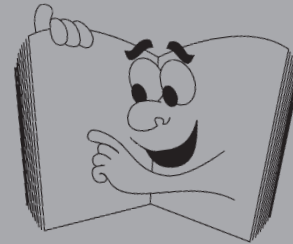
Cambiando de tema, tengo una amiga que está estudiando en la Facultad, y parece que la llamaron de una empresa para contratarla como “pasante”. ¿Qué es eso?

Las pasantías son un vínculo no laboral, o sea que la persona no es considerada “trabajadora”, porque se supone que no está trabajando sino aprendiendo. Tiene un objetivo netamente educativo, para estudiantes secundarios, terciarios o universitarios.

Por eso la ley establece que cada pasante tiene que tener un tutor educativo, que se encarga de fiscalizar el desenvolvimiento de la pasantía. Es para brindarle a la persona experiencia práctica, capacitar y formar al estudiante en aspectos de utilidad en su posterior búsqueda laboral.



En este tema, también hubo una reforma reciente, por la que se derogó la ley anterior (25.165). La actual ley que rige la cuestión, es la 26427, que establece límites a la jornada de labor (carga horaria semanal de hasta 20 horas). Y dispone, que el plazo mínimo de la pasantía es de dos meses, y el plazo máximo es de 12 meses, conforme la nueva ley 26427.



¡Pero si esta amiga me contó cuánto se había desilusionado, ya que en la empresa no está aprendiendo nada! Lo único que hace es atender el teléfono todo el día, porque la empresa se dedica a ventas telefónicas. No entiendo entonces porqué su relación sería una pasantía. ¿Sólo porque es estudiante?

No. En ese caso estamos frente a un fraude laboral. O sea, cuando el patrón “aparenta” una pasantía, pero en realidad no lo es (porque no se dan los objetivos educativos buscados por la ley), el contrato de pasantía es fraudulento. Esto significa, que en realidad tu amiga es una trabajadora, que está vendiendo su fuerza de trabajo para obtener un salario a fin de mes. Lo que ocurre que es el empleador no le reconoce esa calidad, no la considera una trabajadora dependiente sino una “estudiante” que está haciendo una **“pasantía”**.





Básicamente, como el patrón no reconoce a su dependiente como tal, sino que lo considera un “estudiante”, entonces no cumple con todos los deberes propios de una relación laboral. Por ejemplo: todo patrón a su dependiente debe pagarle un salario mínimo (el que se corresponda con el convenio colectivo de trabajo aplicable, o bien el salario mínimo vital y móvil). Cuando a ese dependiente se lo hace pasar como “estudiante”, se le paga una “asignación estímulo” (que cubre viáticos y gastos escolares) que en los hechos es mucho menor. Esta gravosa situación se ha tratado de evitar con la nueva reforma, ya que la nueva ley 26427 dispone que la asignación estímulo de los pasantes, debe calcularse sobre el salario básico del convenio colectivo aplicable a la empresa, proporcional a la carga horaria de la pasantía. De todas maneras, aunque al pasante se le pague el sueldo proporcional sobre el básico de convenio, igualmente al usar esta figura fraudulentamente, el patrón ahorra, ya que al pasante no se le paga las vacaciones, ni se le paga el aguinaldo, y además cuando se lo despide tampoco se le paga ninguna indemnización.

Todo esto hace que para el patrón sea altamente redituable **aparentar una relación laboral como si fuera una pasantía.**



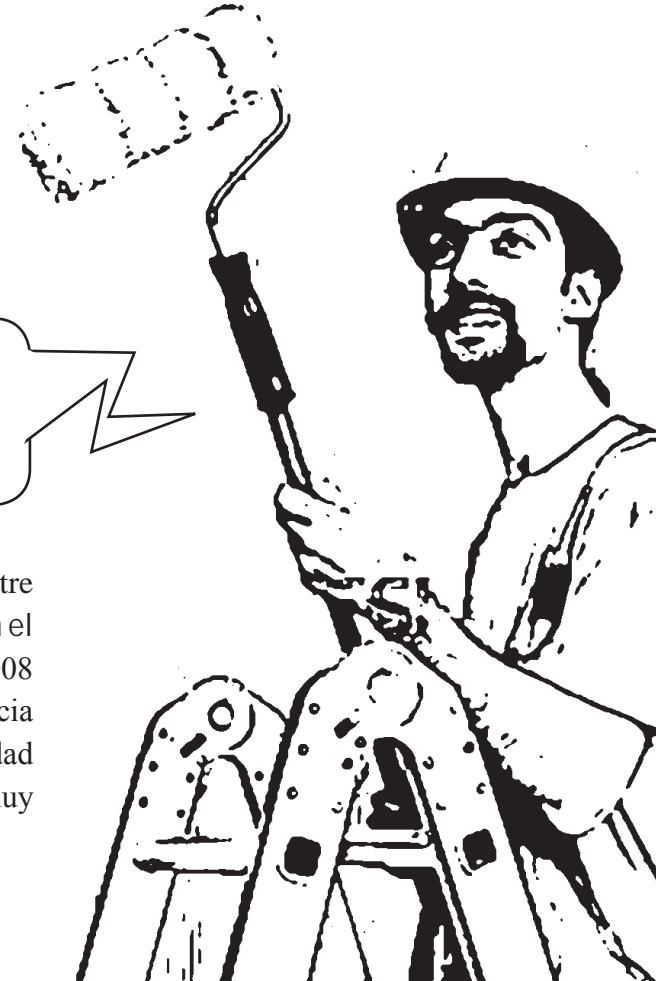
Por eso tenemos que hacer circular esta información entre amigos, familiares y compañeros, ya que muchas veces los trabajadores que se encuentran en esta situación, suponen que como firmaron un contrato de pasantía no pueden reclamar por sus

derechos, ya que no los tienen. Esto no es así, si el pasante en realidad no está recibiendo educación con esa pasantía, entonces es un trabajador que tiene todos los derechos que enumera nuestra Constitución Nacional, por lo que debe ser asesorado legalmente para que los mismos le sean reconocidos.

Tengamos en cuenta que en materia laboral rige el principio de **primacía de la realidad, esto significa que siempre se va a tener en cuenta la realidad por sobre las formas (importa lo que verdaderamente es, no lo que se haya firmado en apariencia).**

¿El contrato de aprendizaje es lo mismo que **el contrato de pasantía?**

No. En el contrato de aprendizaje la ley sí reconoce que existe entre el patrón y el trabajador una relación laboral. Está regulado en el art. 1 de la ley 25013 (que fue modificado a mediados del año 2008 mediante la ley 26390), y tiene como particularidad (a diferencia del contrato de trabajo común y corriente), que posee una finalidad formativa teórica-práctica. Justamente, esta modalidad ha sido muy



criticada, porque en la práctica este contrato tiene mucho de trabajo y poco de formación. La ley lo prevé para jóvenes sin empleo de entre 16 y 28 años.

Debe celebrarse siempre por escrito y dura, como mínimo, tres meses, y como máximo un año. La jornada máxima es de 40 horas semanales, y al finalizar el patrón no debe pagar ninguna indemnización, aunque sí debe preavisar la extinción del contrato de aprendizaje, con treinta días



de anticipación.

Como norma antifraude, la ley dispone que en cada establecimiento la cantidad de aprendices no puede superar el 10 % del total de los trabajadores contratados por tiempo indeterminado. Si se excede esta proporción, se va a entender que esos contratos de aprendizajes son en realidad contratos de trabajo por tiempo indeterminado, con todos los mejores derechos que ello implica para el trabajador.



DGB BILDUNGSWERK



Centro de Estudios
y Formación Sindical

