

Título: Tercerización y Fraude en el Estado. Sus efectos sobre la representación directa.

Autora: Mariana L. Amartino

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 2- Año 2018

TERCERIZACION Y FRAUDE EN EL ESTADO. SUS EFECTOS SOBRE LA REPRESENTACION DIRECTA.

Mariana L. Amartino¹

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- FORMAS REGULARES E IRREGULARES DE VINCULACIÓN ENTRE EL ESTADO Y SUS TRABAJADORES. 3.- CONSECUENCIAS Y EFECTOS SOBRE LA REPRESENTACIÓN DIRECTA. 4.- CONCLUSIÓN.

I.- Introducción.²

Como es conocido por todos aquellos vinculados de alguna forma con los trabajadores estatales, con su realidad, problemática y necesidades; al margen del régimen general³ por medio del cual la Administración Nacional se relaciona con sus trabajadores, existen otras formas de vinculación que se apartan del mismo y que conllevan implícitas consecuencias lesivas para aquéllos.

Si bien es cierto que esta praxis ha sido una constante en nuestro país, huelga resaltar que su apogeo se dio durante la década de los 90' como consecuencia de la implementación de las políticas neoliberales por las cuales se redujo sustancialmente la cantidad de trabajadores de planta permanente⁴, incrementándose las incorporaciones de personal bajo distintas modalidades de contratación, fraguando la realidad de las relaciones laborales existentes.

Claramente, aunque este tipo de contrataciones en el Estado no resultan innovadoras, y han suscitado infinidad de planteos tanto a nivel gremial, doctrinario como judicial, al presente las mismas continúan en vigor, motivo por el cual nos avocamos al tratamiento de algunas de sus consecuencias, especialmente aquellas de incidencia colectiva.

II.- Formas regulares e irregulares de vinculación entre el Estado y sus trabajadores.

La norma rectora que regula las relaciones laborales entre los trabajadores y la Administración Pública Nacional –vgr. Ley 25.164- reconoce dos categorías de

¹ Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Magister en negocios Internacionales por la Universidad del Salvador (tesis pendiente). Posgrado en Constitucionalismo Social y Derechos Humanos Laborales por la Universidad de Castilla de la Mancha. Programa de actualización en Discapacidad y Derechos por la Universidad de Buenos Aires.

² En el presente trabajo abordaremos la realidad y normativa imperante en el Estado Nacional, sin perjuicio que la misma se repite – con algunos matices- tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincias y Municipios del país.

³ Ley 25.164.

⁴ Nos referimos a aquellos trabajadores que poseen estabilidad propia conforme los mecanismos establecidos por la ley 25.164, y el CCT 214/06.

Título: Tercerización y Fraude en el Estado. Sus efectos sobre la representación directa.

Autora: Mariana L. Amartino

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 2- Año 2018

trabajadores. Por un lado, se encuentran comprendidos aquellos trabajadores que, cumpliendo con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico y siendo seleccionados por los procedimientos establecidos a tal fin, forman parte de la “planta permanente” de la Administración, reconociéndoseles por tanto – y entre otros- su derecho a la estabilidad y a la carrera; y por otra parte, se encuentra el “personal no permanente”, es decir, aquellos trabajadores que ponen su fuerza de trabajo al servicio del Estado en el marco de una relación *ab initio* determinada como transitoria, por cuanto las tareas que deben realizar son de carácter estacionales, no hallándose en las funciones propias del régimen de carrera.⁵

Cabe refrescar a estas alturas - porque como bien reza el adagio popular *lo que abunda no daña* - que la consagración manifiesta de la estabilidad propia en cabeza de los trabajadores estatales, plasmada en el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional, tuvo como objetivo erradicar las prácticas dedocráticas y clientelares en el ámbito de la Administración, preservando que los trabajadores del sector no fueran el “botín de guerra”⁶ de las fuerzas políticas que resultaren victoriosas a lo largo de nuestra historia.

No obstante lo señalado precedentemente, si bien es cierto que no resulta *per se* ilegal que el Estado contrate personal bajo formas jurídicas autorizadas, no es menos cierto que la realidad refleja un ejercicio excesivo, y abusivo por parte de la Administración de los distintos tipos de contrataciones existentes.

Los trabajadores “contratados”, en su gran mayoría, realizan tareas que integran la estructura orgánica y que configuran funciones esenciales de la Administración, recibiendo órdenes de superiores jerárquicos, cumpliendo un horario, y recibiendo una remuneración bajo el rubro “honorarios” contra presentación de la factura correspondiente, es decir, tareas normales, regulares, habituales y permanentes.

A modo ilustrativo, por cuanto no resulta objeto del presente trabajo, señalaremos que una gran masa de trabajadores estatales se encuentra sometida a las siguientes modalidades contractuales, a saber: - personal contratado por el Decreto 2345/08, - contratados de locación de obra (encuadrados bajo Decretos 1023/01 y 436/00), - personal que percibe honorarios a través de entes cooperadores⁷, - personal sujeto a contratos de locación de servicios en el marco de Convenios con Organismos Internacionales y art. 47 Ley 11.672 (PNUD, BID, OACI, BIRF, etc.), y – contratados a plazo fijo, de temporada o eventuales conforme supuestos de la Ley de Contrato de

⁵ Cfr. Art. 9 Ley 25.164 y art. 30 CCT 214/06

⁶ Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, T. II P. 1254 convencional Peña.

⁷ Por medio de las leyes 17.050, 23.283, 23.412 y 25.363 el Congreso delegó en el PEN la autorización para celebrar convenios de cooperación técnica y financiera con determinadas entidades públicas o privadas con organismos del Estado Nacional. Entre otros, actúan como entes cooperadores: ACARA, CCA, Colegio de Escribanos, SADAIC, CAPIF, Entre Tripartito CPACF-CPCECF-CECF, IGJ.

Título: Tercerización y Fraude en el Estado. Sus efectos sobre la representación directa.

Autora: Mariana L. Amartino

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 2- Año 2018

Trabajo⁸.

La figura de los trabajadores contratados ha proliferado, y podríamos decir que ello no obedece esencialmente a una necesidad organizativa de la Administración sino más bien se sustenta en el arcaico sistema de clientelismo político que requiere sortear el ingreso por concurso.

Es de destacar que en términos netamente económicos al Estado la incorporación a la planta permanente, o en su defecto la contratación de personal bajo la modalidad prevista por el art. 9 de la ley 25.164 no le genera un costo adicional, puesto que la erogación que éste realiza está también contemplada en el presupuesto (aun cuando financieramente se impute en un inciso diferente).

A nuestro entender, estas formas de contratación implican una simulación ilícita que perfora el orden público laboral, por cuanto se oculta el real negocio jurídico a través de apariencias utilizando normas de cobertura, que desfiguran los contenidos esenciales que determina la ley como piso mínimo. La sanción de esta simulación ilícita resulta ser la nulidad del negocio jurídico aparente.

Ya en el célebre fallo “Madorrán”⁹, aun cuando en lo medular el tema distaba de ser una contratación *strictu sensu*¹⁰, la Corte Suprema se pronunció señalando que “... *“la estabilidad del empleado público” expresada por el art. 14 bis es cláusula operativa, según ya lo entendió esta Corte: “en su recto sentido la norma proscribire la ruptura discrecional del vínculo de empleo público y es, así, susceptible de autónomo acatamiento para las autoridades administrativas” (Fallos: 269:230, 234, considerando 6 y su cita)...*”.

Finalmente en 2010, el cimero Tribunal se expidió respecto de los trabajadores “contratados” en la Administración Pública Nacional, en el precedente “Ramos”¹¹, en el cual – no obstante algunas aristas controversiales que del mismo se desprenden – categóricamente subrayó que: “... *la demandada utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo indeterminado...*”.

Si bien existen ciertas características generales compartidas por todos los trabajadores contratados, como son, la ausencia de estabilidad y de derecho a la carrera; de licencias,

⁸ Exceptuamos los trabajadores contratados mediante Res. SGP 48/02 en el marco de lo establecido en el art. 9 del anexo de la Ley Marco 25.164 y Dto. Reglamentario 1421/02, por cuanto si bien también en la mayoría de los casos son contrataciones fraudulentas puesto que realizan tareas propias y habituales de la Planta Permanente, estos cuentan con el derecho a sindicalizarse.

⁹ M. 1488 XXXVI Madorrán Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ Reincorporación. 03/05/07.

¹⁰ El holding de Madorrán versaba sobre la posibilidad del distracto sin expresión de causa en el Estado Nacional, aún cuando la relación de empleo era regida por la LCT.

¹¹ R. 354 XLIV. Ramos José Luis c/ E. Nacional (Min. De Defensa – ARA) s/ Indemnización por despido. 06/04/10.

Título: Tercerización y Fraude en el Estado. Sus efectos sobre la representación directa.

Autora: Mariana L. Amartino

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 2- Año 2018

justificaciones y franquicias (a excepción de aquellos que revistan bajo art. 9 Ley 25.164); la posibilidad de rescisión del contrato en cualquier momento sin previo aviso; la carencia de indemnización por rescisión anticipada o no renovación de los contratos, que denotan el fraude y la precarización laboral en la que se encuentran subsumidos estos trabajadores, sin dudas la más importante es el desconocimiento de su carácter de trabajadores, y por ende de los derechos colectivos que de tal condición se desprenden, y sus consecuencias sobre la representación directa que ello conlleva.

III.- Consecuencias y efectos de la precarización sobre la representación directa.

En el orden de ideas expuestas precedentemente, abordaremos ahora las consecuencias y efectos sobre la representación directa que se deriva del desconocimiento del carácter de “Trabajador” de los empleados contratados por el Estado mediante estas modalidades.

Uno de los efectos centrales de la tercerización y el fraude laboral es la división del colectivo de trabajo en los sectores u organismos, vulnerando el principio de igualdad de trato y de igual remuneración por igual tarea.

Esta práctica por parte del empleador no resulta fortuita, sino que propende a debilitar la representación y la lucha sindical, atentando directamente con la posibilidad de unificar los intereses comunes de ese colectivo.

Esta problemática, también encuentra eco en el plano legal, en tanto que el sistema formal de representación sindical vigente, excluye a estos trabajadores “desclasados”, de la posibilidad de ser delegados, sin perjuicio de la protección que por vía jurisprudencial en algunos casos se les ha reconocido a los activistas sindicales.

De acuerdo entonces con el sistema de protección instaurado por la ley 23.551, el carácter de trabajador y la relación de dependencia de aquellos resulta ser “*la condición de posibilidad de la aplicación del régimen de protección de la LAS.*”¹² (cfr. Art. 41 inc. b)

Con base en ello, y tal como mencionábamos en el acápite anterior, la contratación de trabajadores en el Estado bajo la forma simulada tiene consecuencias concretas sobre la libertad sindical y el derecho de organización sindical libre y democrática consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Si bien como dijimos, una de las finalidades de este accionar del Estado es la restricción del accionar colectivo, afortunadamente, la conciencia colectiva se impone y muchos de estos trabajadores - desconocidos como tales - se postulan como candidatos a delegados sindicales, e incluso, muchos de ellos ganan las elecciones. Así, se genera una situación compleja: el desconocimiento por parte del Estado empleador de su condición de tales, en tanto les niega su carácter de “trabajador”, conlleva implícita la

¹² Sentencia Definitiva N°5670 Exp. 11.713/07 JNT N°46 autos “Báez Rocha Patricia Hebe c/ Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ Juicio Sumarísimo” de fecha 20.07.07.

Título: Tercerización y Fraude en el Estado. Sus efectos sobre la representación directa.

Autora: Mariana L. Amartino

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 2- Año 2018

imposibilidad, en esa inteligencia, de ejercer cualquier tipo de derecho que de tal carácter se derive.

En consecuencia, al margen de lo que ya referimos anteriormente, una primera consecuencia de esto, resulta ser el desconocimiento de la tutela sindical de esos trabajadores "contratados" que son electos delegados.

A excepción de los trabajadores que revistan en planta permanente, y de aquellos que son contratados en los términos del artículo 9° de la ley 25.164 (cfr. Res. 48), el resto de los trabajadores contratados por el Estado, en tanto no revisten el carácter de tales, aun cuando presten tareas en forma normal, habitual y permanente en los distintos sectores, y resulten ser representativos de los intereses y necesidades de su lugar de trabajo y sus compañeros, son desconocidos por el Estado – en su carácter de empleador- viéndose impedidos u obstaculizados de gozar de la tutela gremial que establece la norma rectora.

Este desconocimiento reiterado ha motivado la interposición de diversas acciones judiciales, muchas de ellas ante el Fuero Nacional del Trabajo.

En este sentido, el Dr. Arias Gibert señalaba acertadamente antaño que la simulación afecta “1°.- *La libertad sindical individual básica que parte del reconocimiento de la acción de clase a la que tiene derecho todo aquel que se encuentra poniendo su fuerza de trabajo en una organización empresaria total o parcialmente ajena. La simulación obsta al reconocimiento.* 2°.- *La conformación democrática de la voluntad sindical al ponerse trabas a la expresión orgánica de la voluntad colectiva;* 3°.- *el desconocimiento con fundamento en la simulación de la actividad de los actores como delegados de personal interfiere seriamente con su mandato ya que son los delegados quienes representan al personal entre otros, frente al empleador...*”¹³

Como bien advertía otrora el magistrado, estas contrataciones fraudulentas cercenan tanto los derechos propios de la clase en tanto no se los reconoce como trabajadores, así como la voluntad colectiva de los trabajadores en atención a que estos no pueden representarlos ni ser representados, y por último – aunque no por ello menos importante- afecta el mandato para el cual fueron elegidos, porque se ven impedidos de representar a aquellos frente al empleador.

Más recientemente, en autos “Almeida, Marcela S. c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía y Producción – INDEC s/ Sumarísimo” la Justicia laboral resolvió – en un caso de análogas características al precitado- que “...lo dispuesto por el art. 2 inc. a) de la LCT no es de aplicación automática. Se impone integrar la norma con el principio de primacía de la realidad, y la realidad que surge de autos a través de las declaraciones testimoniales (...), es que la Sra. Almeida se desempeña desde el año 2003 en el INDEC, recibiendo órdenes del personal permanente (...), a cambio de una remuneración, inserta en una organización ajena, cumpliendo un horario y realizando tareas que son de carácter permanente (...), imponiéndose

¹³ Expediente N°17.971/01 “Molina Hernán Darío y otro c/ Administración Nacional de Seguridad Social s/ Juicio Sumarísimo”. Sentencia N°4456 de fecha 13.02.02. JNT N°46.

Título: Tercerización y Fraude en el Estado. Sus efectos sobre la representación directa.

Autora: Mariana L. Amartino

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 2- Año 2018

*en consecuencia subsumir esta relación bajo lo normado por el art. 23...” agregando a continuación “Definida la relación entre las partes como un típico contrato laboral, cae el argumento de la demandada de no reconocer a la Sra. Almeida como delegada gremial por no prestar servicios en la Institución según lo dispuesto por el art. 41 inc. b) ley 23.551”.*¹⁴

Es claro que la vía judicial resulta inidónea, insuficiente, y por cierto también extemporánea, para pelear la infinidad de casos similares al presente que se generan en el seno del Estado con motivo de este tipo de contrataciones que esconden el real negocio jurídico, y colocan a estos trabajadores al margen de la legalidad.

Otra consecuencia derivada del desconocimiento del carácter de “trabajadores” de los contratados, es la exclusión de los mismos para el cómputo de las afiliaciones mínimas en el sector a fines de convocar a elecciones de delegados.

Cabe aclarar en este punto, aunque muy brevemente puesto que es ajeno al objeto del presente artículo, que en la Administración Pública coexisten entidades sindicales con personería gremial que alteran la regla exclusiva impuesta por la LAS (arts. 25 a 28). Esta realidad, que en el plano fáctico data del año 1948, si bien no ha sido receptada por la ley 23.551, sí han existido resoluciones administrativas dictadas como consecuencia de ello, la más relevante es la Resolución METySS N°255/03, que reglamenta la coexistencia de personerías gremiales en el sector público.

En tal sentido, la mentada resolución exige un porcentaje de afiliados cotizantes – como piso mínimo – para realizar elecciones en los sectores de trabajo. Claro que esa exigencia se calcula sobre los trabajadores que revistan en la planta permanente y sobre los contratados mediante el art. 9 ley 25.164.

Como se observa, una gran masa de trabajadores, compuesta por todos aquellos contratados bajo el resto de las formas legalmente admitidas, estarían fuera de esa base de cálculo, resultando esto lesivo tanto para ellos mismos – que resultan discriminados peyorativamente respecto de aquéllos – como para los sindicatos con ámbito territorial y personal de actuación que ven limitada su posibilidad de acción, organización y representación en el sector u organismo de que se trate.

Inexorablemente la situación descripta anteriormente va íntimamente ligada con lo que señaláramos respecto de la afectación que ésta simulación ilícita de la relación laboral produce sobre la voluntad colectiva de los trabajadores en tanto estos no pueden representarlos ni ser representados.

Lo propio ocurre con la negociación colectiva, ya que las normas que rigen la misma en el sector público (vgr. Ley 24.185), y que receptan este principio de pluralidad sindical previendo la representación plural de los trabajadores, es decir, con la participación de más de un sindicato por la parte sindical, estipula que para determinarse la voluntad de

¹⁴ Expediente N°14.292/08 “Almeida Marcela Silvia c/ Estado Nacional – Ministerio de Economía y Producción – INDEC- s/ Sumarísimo”. Sentencia N°23.535 de fecha 13.12.10. JNT N°3.

Título: Tercerización y Fraude en el Estado. Sus efectos sobre la representación directa.

Autora: Mariana L. Amartino

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 2- Año 2018

la representación gremial deberá establecerse la proporcionalidad de afiliados cotizantes de cada una de ellas.

A esto se suma que por su forma de vinculación, reciben una remuneración bajo el rubro “honorarios”, obstando ello a la retención de la cuota sindical por parte de la empleadora.

Este tema que pudiera parecer *a priori* menor, o ajeno a los trabajadores, es sin dudas una forma encubierta de desfinanciar la actividad de los sindicatos con ámbito, que se ven privados de los aportes de esos trabajadores. Asimismo, ese desconocimiento de la relación laboral, se traduce también en la imposibilidad de afiliarse, y consecuentemente de participar en los procesos electorales que se realicen en las distintas asociaciones profesionales, sea como candidatos o como votantes.

IV. Conclusión.

Así pues, como vemos, el desconocimiento de esta relación de empleo público tiene múltiples efectos sobre los derechos colectivos.

Negar el carácter de trabajador de las personas que ejercen o pretenden ejercer cargos representativos de los trabajadores constituye un desprecio y un escarnio al trabajador, a la organización sindical dentro de la cual los trabajadores ejercen su actividad y a los trabajadores que los han elegido a éstos para que los representen.

Principalmente el desconocimiento de la relación laboral sirve como fundamento para negar al colectivo su derecho a la libre elección de su representación.

En esta inteligencia, es claro que estas consecuencias sobre la representación directa, producto de este tipo de contrataciones en el Estado, no resultan ser un efecto no deseado o aleatorio, sino una finalidad determinada del Estado de limitar el accionar colectivo.

El afianzamiento del Estado de Derecho nos impone – desde nuestros lugares - repudiar y desechar de cuajo una cultura de la tercerización y el fraude, que colisiona abiertamente con la identidad del ser trabajador, la libertad sindical, y el derecho a la libre elección de la representación.