

Al botar el agua, no botar la guagua

Lo que quiere explicar este viejo adagio, es que al resolver un problema, en este caso botar el agua sucia después de bañar la guagua, hay que evitar crear un problema mayor de botar la guagua junto con el agua. Tengo la impresión que algo de esto nos está pasando con el proyecto de ley sobre subcontratación.

Es indudable que un país que quiere llegar al club de los desarrollados no puede seguir viviendo un proceso paulatino de precarización del empleo de un porcentaje importante de la población, como ha ocurrido en Chile en los últimos años. Tampoco es posible que, a pesar de las leyes existentes, la subcontratación sea a veces un instrumento que permita a algunas empresas conseguir trabajo a un costo inferior que el que establecen las leyes laborales, con cargo a precarizar las condiciones laborales y de paso evitar sindicatos y salas cunas, por solo mencionar algunas pingües ventajas.

Creo que la mayoría de los chilenos quieren legislar en contra de esas dos situaciones por lo tanto, volviendo al dicho inicial, hay que botar el agua sucia. Otra cosa muy distinta es demonizar la subcontratación. Esta es una práctica ciertamente no inventada en Chile, sino una consecuencia de la división del trabajo y de la especialización y una respuesta de las empresas a la exigencias de competitividad en una economía globalizada e internacionalizada, donde cada día es necesario focalizarse más en el “core business” para poder responder con nuevos productos y en nuevos mercados a los cada vez mas beligerantes, cambiantes y díscolos clientes. Quienes creemos que la estrategia de internacionalización seguida por nuestro país es adecuada no podríamos estar en contra de la existencia de la subcontratación, ya que sería como poner a los boxeadores chilenos, que son nuestros exportadores y productores para el mercado local, a pelear en un ring con una mano amarrada a la espalda. Si aceptamos que la subcontratación es necesaria, ahora debemos preguntarnos como podemos tener buena subcontratación, acortándole los espacios a las varias empresas inescrupulosas que han forzado a que el péndulo oscile más de lo deseable.

En primer lugar me parece que es elemental reconocer que la precarización del empleo no sería posible en un mercado con pleno empleo, ya que la demanda creciente por trabajo haría mejorar automáticamente las condiciones de los trabajadores. No es menor preguntarse si el mencionado proyecto de ley ayuda a que haya más empleo, o si más bien tiene un efecto indirecto negativo sobre el empleo. Mi impresión es que el proyecto tiende a dificultar la contratación de pequeñas empresas subcontratistas, ya explicaré más adelante porqué; es decir el 95 % de las empresas chilenas, tendrán más dificultad para encontrar mandantes que estén dispuestos a subcontratarlos. Por lo tanto su impacto en el empleo, que actualmente bordea un 80% del empleo privado, se ve amenazado.

Volvamos al efecto general sobre el empleo. Chile, a pesar de los buenos indicadores macroeconómicos, ha mantenido un rebelde nivel de desempleo en el entorno del 8% en los últimos 6-8 años. Cuando las empresas se ven obligadas a achicarse o a cortar subcontratistas, ya sea producto de crisis económicas o de leyes mal hechas, normalmente su primera medida es reducir la grasa que se va formando en las organizaciones a lo largo de los años (a veces como producto del crecimiento rápido e inorgánico). Por lo tanto, no es cierto que todo el trabajo que se dejará de comprar a los subcontratistas se convertirá en empleo directo de las empresas mandantes. Por ejemplo, es obvio que la cantidad de reponedores que necesitarán los supermercados será inferior a la cantidad total que hoy les envían las distintas marcas. La historia en Chile nos demuestra que las empresas después de las crisis, a pesar de recuperar los niveles anteriores de producción, tienden a lograrlo con menor empleo que el tenían previo a la crisis. Lo mismo seguramente ocurrirá con la subcontratación.

Por otro lado se debe tener en consideración que al desempleo nacional se agrega la creciente fuerza de trabajo extranjero que se acerca en nuestro país en búsqueda de mejores oportunidades. Normalmente son personas que ingresaron como turistas y que permanecen y trabajan en forma ilegal y están dispuestos a obtener un trabajo por debajo de las condiciones mínimas que establece nuestro código laboral. Esa fuerza ávida de trabajo y que por falta de eficiente fiscalización tenderá a aumentar en la medida que Chile siga liderando el desarrollo en relación a los países vecinos, contribuirá a precarizar más las condiciones del mercado laboral chileno, no obstante las sanciones a los empleadores formales e informales que los contraten. Una ley que quiere reducir la precarización debe plantearse también en este ámbito.

En tercer lugar, ¿quién dijo que la precarización era patrimonio del sector privado? El Estado, a lo largo de los años ha sido uno de los principales agentes de la precarización. ¿Cuántos funcionarios a contrata tiene el aparato estatal?, funcionarios que llevan a veces décadas trabajando para el Estado, a quienes se les renueva el contrato anualmente y que por lo tanto no tienen indemnización al terminarse la relación laboral. Por otro lado si el Estado quiere terminar con los subcontratos que no se fundamentan en la especialización, sino en la pura y simple reducción de costos, (casos de CODELCO y el BancoEstado por nombrar los que más han conmovido a la opinión pública), sólo tiene que tomar una decisión política al respecto, no necesita leyes.

A pesar que los elementos anteriores parecieran ser compartidos por la mayoría, llegamos a un proyecto de ley que a unos los deja insatisfechos por insuficiente, ya que es poco lo que avanza en revertir el proceso de precarización del empleo, y a otros les parece excesivo, ya que el Estado se convierte en un tercero no necesario en las relaciones entre empresas privadas y, vía el artificio de la solidaridad le traspasa a estas una tarea de fiscalización del cumplimiento de las leyes laborales de terceros, tarea que claramente corresponde al propio Estado. Por mi cultura humanista, soy más partidario de los “excesos” que aseguran el cumplimiento de las

leyes laborales; sin embargo, a pesar de compartir el espíritu de la ley, tengo dificultad para ver los beneficios en el empleo y en las pequeñas empresas de la letra de la ley tal como fue modificada en la Cámara de Diputados. Por el contrario **siento que junto con el agua se está botando la guagua.**

El efecto sobre la PyME de las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados.

A continuación mencionaré algunas situaciones que generan las modificaciones introducidas en la Cámara de Diputados al proyecto de ley. Entiendo que estas situaciones no son buscadas, sino producto de una redacción y discusión apresuradas.

1) Sobre la subsidiariedad y la solidaridad.

- a) En principio cada empresa mandante será solidaria de TODOS los compromisos contractuales asumidos por el contratista con sus trabajadores. Eso significa que el trabajador del contratista puede elegir a quien demandar en caso de incumplimiento y el mandante deja de ser una segunda opción cuando el trabajador agotó la primera instancia, ergo, el mandante del subcontratista se convierte en primera instancia junto con el contratista.
- b) Para que el mandante pueda liberarse de este nuevo concepto de solidaridad y mantenga una responsabilidad subsidiaria, deberá:
 - i) Controlar que el contratista esté al día en el pago de las remuneraciones, y leyes sociales
 - ii) Controlar que el contratista cumpla TODAS las cláusulas del contrato de sus trabajadores
 - iii) Asegurarse que no habrá demanda de ninguno de los trabajadores del contratista posterior al término del trabajo
 - iv) Solicitar a la Inspección del Trabajo un certificado de cumplimiento del contratista
- c) **Pongamos estas modificaciones al proyecto de ley en el mundo real.**
 - i) Un contratista llega a liquidar el último estado de pago de un trabajo ya realizado
 - ii) El mandante, para no ser responsable solidariamente sino subsidiariamente, le solicita todos los antecedentes que la ley le exige para cubrirse de futuras demandas. Supongamos que el contratista puede demostrar el pleno cumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo y de las leyes laborales (lo que es bastante difícil cuando los contratistas son pequeñas empresas, por el bajo perfil que tienen la contabilidad y los procesos administrativos y la constante zozobra del flujo de caja de dichas empresas); sin embargo, a pesar que el contratista demostró estar al día, el mandante se ha enterado que uno de los trabajadores del contratista ha decidido entablarle demanda a su empleador por cualquiera de las cláusulas del contrato de trabajo o de las normas que regulan la relación laboral (i.e. discriminación, abuso, mal

trato, no pago de horas extra, horas extra excesivas, etc.). ¿Qué deberá hacer el mandante?. La ley lo faculta a retener un porcentaje del pago del contrato equivalente a la demanda potencial. ¿Cuánto deberá retener el mandante?; la ley no da ni una pista. Las modificaciones están dotando a los mandantes de un argumento ambiguo para suspender, a su solo arbitrio y en cualquier momento del subcontrato, la cadena de pagos con consecuencias inconmensurables para los contratistas, especialmente cuando son pequeños. Esto lleva a mantener abierta por plazo indefinido la relación entre un contratista, que ya terminó su servicio y el mandante para el que trabaja. La situación se agrava si el contratista no es capaz, por insuficiencia administrativa, de demostrar que efectivamente cumplió los términos del contrato y las exigencias de las leyes laborales, ya que en ese caso el mandante está obligado a retener parte del pago pendiente, lo que equivale a frenar la cadena de pagos, (que incluye las remuneraciones a los trabajadores del contratista), hasta que este demuestre que efectivamente cumplió.

- iii) El Estado se da cuenta que hay sub-contratistas que no cumplen con las leyes laborales porque sus mandantes los han llevado, producto de sucesivas negociaciones, a comprometer un servicio a un precio en el cual es imposible llegar a punto de equilibrio o tener un margen mínimo, y cumplir a la vez las leyes laborales. Y en esa circunstancia, en vez de fiscalizar mejor esa situación, o agravar las multas para los incumplidores, la generaliza a justos y pecadores, trasladando la función fiscalizadora al sector privado, a través del propio mandante.

2) Sobre la definición del trabajo en subcontratación y el resto del trabajo

- a) Tres ejemplos de situaciones laborales difíciles de entender i) Los empleados de un subcontratista banquetero que presta un servicio ocasional en las instalaciones de la empresa mandante, ii) el auditor que, producto de un contrato entre la mandante y una empresa consultora trabaja durante un periodo en las instalaciones de la empresa mandante, iii) los reponedores, normalmente sub-contratados por los fabricantes para reponer sus productos en las estanterías de sus clientes; todos ellos, a pesar de ser trabajadores de las empresas subcontratistas podrán, para todos los efectos legales y sus efectos financieros colaterales, demandar en primera instancia a la empresa mandante, por el periodo que dure el subcontrato con ella, y si la mandante no logra limitar su responsabilidad hasta la subsidiariedad.
- b) Los ejemplos podrían llenar páginas. El error en el proyecto de ley es evidente y se explica por si mismo.

3) El Impacto sobre las Pequeñas empresas.

- a) Una encuesta reciente, solicitada por CiPyME, Centro de Investigación de Políticas Públicas para la PyME, a la Universidad de Chile, constató entre otras, dos situaciones que es necesario agregar al análisis.
 - i) El subsector más dinámico de PyME es el de Servicios a las Empresas, liderando en la mayoría de los indicadores (inversión, crecimiento en

empleo, nivel educacional) al resto de los sectores. (especialmente a la manufactura que es el sector más deprimido).

- ii) El 40% de las PyMEs creen que su **principal problema es “las condiciones impuestas por sus grandes clientes.”**

Se puede concluir entonces que las modificaciones a la ley agregan dos nuevas razones para hacer difícil la vida a las pequeñas empresas. Por una parte hacen más compleja la subcontratación de pequeñas empresas justamente en el sub-sector donde estas muestran mayor dinamismo. Para las grandes empresas mandantes será altamente inconveniente subcontratar a pequeñas empresas, ya que no les será posible determinar, ex-ante, el límite de la responsabilidad laboral y penal que deberán asumir “solidariamente”, incluso una vez finiquitado por ambas partes el subcontrato. Para los mandantes será mucho más conveniente subcontratar a grandes proveedores que tengan suficientes espaldas y puedan garantizar vía boletas de garantía todos los eventuales juicios y otras consecuencias de las relaciones laborales hasta que estas prescriban.

Por otra parte la modificación a la ley le entrega nuevos argumentos a los mandantes para interrumpir la cadena de pagos, haciendo aún más difícil la relación de las pequeñas empresas con sus grandes clientes. Es decir **la modificación propuesta agrava el principal problema que declaran tener hoy en día las pequeñas empresas.**

- b) La boleta de garantía por UF 500 para las Empresas de Servicios Temporarios, EST. Se ha informado que vía veto presidencial se rebajaría este monto a UF 300; sin embargo el problema subsiste. Al parecer se ha omitido considerar que, de acuerdo a la operación renta 2005, la media de ventas de las más de 100.000 pequeñas empresas existentes en Chile es de UF 600 mensuales, es decir en el caso que se rebajara el monto de la boleta a UF 300 se le está pidiendo a la pequeña empresa una boleta de garantía por el equivalente a medio mes de ventas. Si calculamos una nueva media incluyendo ahora a las 13.000 medianas empresas la venta media mensual sube a menos de UF 1.000, situación que se repite con cifras similares entre el sub-sector de PyME proveedoras de Servicios a las Empresas. ¿Cuántas empresas pueden destinar medio mes de ventas a una boleta de garantía para estos fines?

Creo que son demasiadas dudas para seguir adelante y creer, con la fe del fogonero, que la carga se arreglará en el camino. ¿Porqué no arreglar la ley ahora?. ¿Cuál es el tremendo costo político de reconocer que la ley merece ser mejorada antes de ser aprobada y no después?.

Mario Astorga De Valenzuela
14 de mayo del 2006