

## **TRABAJADORES PRECARIOS Y ACCESO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ¿EXISTEN OBSTÁCULOS LEGALES?**

**Camilo Rubiano**

**Documento preparado por DIALOGUE) para el “Coloquio de ACTRAV  
sobre el Trabajo Precario” (4-7 Octubre 2011). Publicado en el Boletín de  
Investigaciones de OIT-ACTRAV en 2012**

La discusión sobre la precariedad laboral y su íntima relación con los arreglos de trabajo “flexible” y trabajo “no estándar” no es nueva; durante las dos últimas décadas muchos analistas han observado esa tendencia y señalado la forma como afecta no solo a los empleos sino también a las condiciones de vida de mucha gente.

La actual crisis económica, empero, ha alimentado la demanda por parte de los empleadores (entre otros) de una aceleración e incremento de las medidas para implementar condiciones de trabajo flexibles. Esto ya ocurre de hecho en varios países donde nuevas legislaciones que aflojan la regulación del mercado laboral han sido adoptadas como contramedida para enfrentar la crisis.<sup>1</sup> Como resultado, podría decirse que existe un riesgo real de que la precariedad esté en alta en los próximos años.

En tal escenario, la negociación colectiva aparece como una alternativa para mejorar las condiciones de muchos trabajadores, sobre todo de aquellos que corren mayor riesgo de caer en la precariedad, como son las mujeres y los jóvenes. Si se considera que la negociación colectiva es la principal puerta de acceso a condiciones de trabajo decentes y otros beneficios, y que en muchos países es la forma más común de determinar los salarios, la negociación colectiva es seguramente una institución poderosa del mercado laboral que puede ayudar en la reducción de la brecha existente entre aquellos que tienen un empleo “estándar” (permanente, de tiempo completo) y aquellos que están empleados sobre una base “no estándar”. Sin embargo, el acceso a la negociación colectiva está plagado de obstáculos y desafíos, tanto en la ley como en la práctica, lo cual reduce las posibilidades de estos trabajadores de gozar de tal derecho.

Este artículo trata de esos obstáculos desde una perspectiva legal, con el propósito de identificar de qué formas restringen el acceso a la negociación colectiva. Como punto de partida, la primera parte lidiará brevemente con dos preguntas: ¿quiénes son los trabajadores precarios? y ¿quiénes tienen derecho a la negociación colectiva?, a fin de delimitar el concepto de trabajo precario y considerar cuáles trabajadores pueden ser legalmente excluidos del derecho a la negociación colectiva. Las respuestas serán extraídas de la literatura

---

relevante y los estándares desarrollados en la OIT, respectivamente. Luego, una vez establecido ese marco, se presentará un listado de los principales obstáculos legislativos que impiden a los trabajadores acceder a la negociación colectiva, con un foco especial puesto en las exclusiones que afectan particularmente a los trabajadores en situaciones de precariedad. Finalmente, se ofrecen algunas sugerencias para sortear esos obstáculos. El artículo, más allá de sus reconocidas limitaciones, pretende proveer algunos elementos para el debate sobre “trabajo precario”.

## **Armando el escenario**

*¿Quiénes son los “trabajadores precarios”?* La definición y el alcance del concepto de “trabajo precario” han sido ya extensamente discutidos. No obstante, desde una perspectiva legislativa, la identificación de los “trabajadores precarios” no es una tarea sencilla. Por ejemplo, desde un punto de vista (estrictamente) legal el “trabajo precario” no se encaja en ningún grupo o categoría cuando se lo somete a las distintas clasificaciones de las ocupaciones, situación de empleo, o actividad económica, y por esa razón la legislación no se refiere a los “trabajadores precarios” como tal. La ausencia de una definición legal o de referencias legales al “trabajo precario” debe ser observada porque hasta ahora ha sido el trabajo de académicos y diseñadores de políticas el que ha llenado ese vacío, trazando las fronteras del “trabajo precario” en general. Asimismo, las definiciones varían según factores tales como el mercado de trabajo y las condiciones políticas y sociales, que la mayoría de las veces dificulta la identificación del término con grupos específicos de trabajadores.

Desde una perspectiva sindical, por ejemplo, el “trabajo precario” se refiere particularmente a arreglos laborales que se desvían de la relación de empleo “estándar” y se caracteriza por la ausencia de obligaciones regulares y a tiempo completo entre empleado y empleador. Tales arreglos laborales incluyen trabajo a tiempo parcial, por tiempo determinado, y trabajo estacional en sus muchas formas y combinaciones, incluidas algunas formas de “autoempleo” (situación de empleo).

Otros coinciden con lo anterior pero además sugieren que la precariedad va más allá de los distintos tipos de arreglos laborales, siendo que las principales características del “trabajo precario” residen en condiciones tales como la inseguridad o inestabilidad laboral, combinada con bajos ingresos y ausencia o limitación de beneficios sociales y derechos legales. Como resultado, algunas formas de trabajo estándar pueden también ser precarias si presentan una mezcla de estas características. Aplicando ese criterio, algunas definiciones incluyen a los trabajadores irregulares y a los trabajadores de la economía informal entre los “trabajadores precarios”.

Así, la identificación de los “trabajadores precarios” puede ser un punto complejo, en la medida en que es posible que muchos grupos de trabajadores, independientemente de los arreglos o situaciones laborales en que se encuentren, experimenten algún grado de precariedad si son afectados por alguno de los factores referidos más arriba.

Dado que no es posible hacer un seguimiento de todas las categorías de trabajadores, para el propósito de la discusión, este artículo se concentrará en las exclusiones que se refieren especialmente a los trabajadores de la economía informal, en una relación de empleo “no estándar”, así como en aquellos con status de “autoempleados”.

*¿Quiénes tienen derecho a la negociación colectiva?* Los derechos y principios relativos a la libertad de asociación y a la negociación colectiva constituyen el corazón de los valores y del mandato de la OIT. Ellos están referidos en la Constitución de la OIT y en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998. Se encuentran además en varios convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, sobre todo el C 87 y el C 98. El primero proclama esencialmente el derecho de los trabajadores (y empleadores) de establecer y participar de organizaciones de su propia elección sin ninguna autorización previa por parte de las autoridades públicas,<sup>2</sup> mientras el segundo trata del entendimiento entre trabajadores y empleadores y sus respectivas organizaciones y defiende la regulación de los términos y condiciones de empleo por medio de acuerdos colectivos, solicitando a los Estados miembros que adopten medidas apropiadas para alentar y promover el pleno desarrollo y utilización de mecanismos de negociación voluntaria.

Lo importante para la discusión es que esos dos instrumentos de la OIT, que gozan de apoyo cuasi universal, se aplica en principio a todos los trabajadores sin distinción, con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía, y servidores públicos que trabajen en la administración del Estado.

Los *mecanismos de supervisión* de la OIT, concomitantemente a su actividad de establecimiento de estándares, también han jugado un importante rol en el sentido de aclarar el alcance de la aplicación de los derechos y principios de libertad de asociación y negociación colectiva. Especialmente la actividad de monitoreo del Comité de Expertos y el procedimiento basado en quejas del Comité de Libertad Sindical han desarrollado una sólida “jurisprudencia” a través de sus observaciones y recomendaciones al lidiar con casos de exclusiones, tanto en la ley como en la práctica, en los Estados miembros de la OIT. Por ejemplo, en relación a los trabajadores en riesgo de precariedad, ya en 1983 el Comité de Expertos cuestionó a algunos países donde trabajadores del hogar, trabajadores domésticos, trabajadores temporales, o trabajadores autoempleados tuvieron su derecho de organizarse negado, y declaró que en vista de que ellos no están específicamente excluidos del C 87, todas esas categorías de trabajadores deberían naturalmente estar cubiertas por las garantías ofrecidas por el Convenio y deberían, en particular, tener el derecho de establecer organizaciones y participar de ellas.

Más recientemente, el Comité de Libertad Sindical también ha tratado casos específicos que implicaban la exclusión de “trabajadores precarios”, subrayando que dichos trabajadores, como cualquier otro trabajador, deberían disfrutar del derecho de organizarse y negociar colectivamente. Para mencionar algunos, cuando trataba del caso de los trabajadores a tiempo

---

parcial, el Comité sostuvo que “aunque es posible que las circunstancias concretas de los trabajadores a tiempo parcial antes citados requieran un trato diferenciado y algunos ajustes en lo que atañe a la definición de las unidades de negociación, a las normas de certificación, etcétera, así como negociaciones específicas que tomen en consideración su situación y requisitos laborales, el Comité no ve ningún motivo para que los principios antes mencionados, relativos a los derechos básicos de asociación y de negociación colectiva reconocidos a todos los trabajadores, no deban aplicarse también a los trabajadores a tiempo parcial”.<sup>3</sup> Asimismo, en el caso de los trabajadores “autoempleados”, el Comité remarcó que “el criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse”.

En suma, todos los trabajadores, con la excepción de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía y servidores públicos en la administración del Estado, deberían gozar de los derechos básicos y fundamentales de libertad de asociación y negociación colectiva, independientemente de sus arreglos laborales o situación de empleo. Aunque esos derechos cuentan con un amplio consenso a nivel internacional, la legislación nacional en muchos casos todavía se aparta de ellos, levantando barreras que impiden el acceso a esos derechos fundamentales. La próxima parte de este trabajo ofrece un panorama de algunos de los obstáculos legislativos más frecuentes en este sentido.

### **Exclusión de trabajadores precarios de la negociación colectiva**

*Exclusiones explícitas* El más claro obstáculo al acceso a la negociación colectiva consiste en la exclusión explícita de los trabajadores de los derechos laborales legales, ya sea por categoría, situación o forma de empleo. Como regla general, eso no solo significa que los trabajadores en cuestión se encuentran privados del derecho a la negociación colectiva, sino que en la mayoría de los casos no gozan ni siquiera de los derechos previstos por las leyes laborales.

Aunque es algo cada vez menos frecuente, existen menciones en algunas legislaciones nacionales que, por ejemplo, excluyen específicamente a trabajadores domésticos, cuidadores, docentes, trabajadores autoempleados o trabajadores contratados temporalmente de la aplicación de la ley laboral. Es el caso de Canadá, donde algunas provincias excluyen a los trabajadores autoempleados y a los trabajadores domésticos quedan excluidos de la legislación laboral. Otros países en igual situación son Estados Unidos (a nivel federal) y Corea. Asimismo, los trabajadores domésticos son frecuentemente dejados afuera de la legislación laboral en los países del Medio Oriente y de otras regiones, como es el caso de Trinidad y Tobago, Marruecos y Turquía y Bangladesh. Estos dos últimos también excluye a los docentes o personas que

---

trabajan con educación y entrenamiento, y personas que trabajan como cuidadores de salud.

Como se ha mencionado, salvo que haya una legislación especial que regule las actividades de esas categorías de trabajadores, la exclusión de la protección asegurada en el código laboral es total. En este sentido, ha habido procesos en algunos países donde se promulgaron estatutos especiales con el propósito de solucionar la situación particular de esas categorías de trabajadores. Es el caso de los Estados Unidos, donde fueron adoptadas Cartas de Derechos de los Trabajadores Domésticos en los estados de Nueva York y California en 2010 y 2011, respectivamente, asegurando protección equivalente a la de otros trabajadores en muchos aspectos.

Más raramente, legislaciones laborales excluyen a ciertas categorías específicas de trabajadores del derecho a la negociación. Una legislación que preveía ese tipo de restricciones estuvo en vigor en Canadá hasta hace no mucho tiempo; allí, por ejemplo, la Ley de Mejoría del Funcionamiento del Servicio Público (también conocida como Carta 29), aprobada en 2002 en la provincia de British Columbia, excluía a algunas subcategorías de trabajadores de la salud del acceso a la negociación colectiva. Sin embargo, en una sentencia del año 2007, la Suprema Corte de Canadá decidió que tal prohibición iba en contra de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Asimismo, la Ley de la Negociación Colectiva en las Universidades de la provincia de Ontario prohibió por muchos años que profesores y personal no docente que trabajara en tiempo parcial o por tiempo determinado participara de las negociaciones colectivas. Como resultado de la decisión de la Suprema Corte, la ley fue alterada en 2008 para la remoción de esas restricciones.

Pese a que la exclusión explícita de algunas categorías de trabajadores no parece ser prevalente entre las legislaciones laborales, los trabajadores domésticos merecen alguna atención. Primero, porque aparecen como el denominador común en la lista de categorías excluidas, y, segundo, porque actualmente hay un amplio consenso sobre que el trabajo doméstico no implica apenas tareas relacionadas a los quehaceres domésticos, sino que también muchos otros tipos de trabajo ejecutados dentro o para los hogares, tales como cuidados de salud, enfermería, entre otros, están vinculados al trabajo precario. Por lo tanto, en los países donde esas normativas están en vigor, ellas tienen el potencial de excluir a muchos más trabajadores de los que (probablemente) pretendía originalmente.

*La definición de “empleado”* Más allá de los ejemplos mencionados arriba, la legislación laboral, en la mayoría de los casos, no excluye explícitamente a ninguna otra categoría de trabajadores de su aplicación. Sin embargo, la legislación contiene generalmente una definición legal del término “empleado”. Aunque esas definiciones varían de país a país, según el contexto y el marco legal, todas comparten una característica que debe resultar tan efectiva como las exclusiones mencionadas anteriormente; si los trabajadores no se encajan en la definición de “empleado”, no estarán habilitados a gozar de ningún derecho de la legislación laboral (tal como el derecho a no ser despedido injustamente, o el derecho a la jubilación), y su contrato no será un contrato de empleo sino, por ejemplo, un contrato de prestación de servicios. Lo mismo se

aplica en aquellos países donde la distinción entre “empleado” y trabajador “autoempleado” se basa en jurisprudencia.

En ambos casos, determinar si un trabajador es un “empleado” o un “autoempleado” siempre ha sido un tema complejo. Ríos de tinta (o de bytes) se han gastado en la búsqueda de una respuesta a la pregunta “¿quién es empleado?”. Para los propósitos de este artículo, será suficiente decir que las encuestas desarrolladas a este respecto han adoptado en su mayoría una distinción de las dos situaciones basadas en la dependencia y subordinación (económicas), según la cual los “empleados” se caracterizan por la acumulación de los dos factores, pero están usando crecientemente una gama más amplia de criterios, en línea con la Recomendación sobre la Relación de Trabajo de la OIT 198, de 2006.

Pese a que existe un debate en curso sobre si el concepto de “empleado” es todavía válido y necesario, la verdad es que el recurso de la figura de “contratados independientes” o de la falsa clasificación de trabajadores como “autoempleados” ha sido [abu] usado por algunos empleadores para eludir sus responsabilidades.

En lo que respecta a esta cuestión, se han adoptado varias medidas a fin de brindar igual, similar o alguna protección a los trabajadores “autoempleados” en situaciones precarias. Éstas incluyeron la creación de categorías intermedias específicas entre la dicotomía clásica “empleado”/trabajador “autoempleado” y/o la extensión de la protección usualmente ofrecida a “empleados” a los “autoempleados” a través de acción legislativa. Por ejemplo, en España, el Estatuto del Trabajador Autónomo de 2007, entre otras medidas, extiende la cobertura de protección social a los trabajadores “autoempleados” y eleva a 18 días de licencia al año para aquellos considerados “trabajadores autoempleados económicamente dependientes”. Igualmente, en el Reino Unido, el término más amplio “trabajador”, que abarca tanto a “empleados” como a trabajadores “autoempleados”, fue introducido en algunas leyes laborales con el propósito de mejorar la protección de aquellos que no se encuadran en la definición de “empleados”.

En ese contexto, la delimitación del alcance de las leyes laborales a los “empleados” impacta también sobre el derecho a la negociación colectiva.

En los casos donde los trabajadores “autoempleados” gozan de alguna forma de derecho de asociación y representación colectiva (a veces dentro de la órbita de las asociaciones de los empleadores, ya que ellos a rigor deberían ser considerados empresarios), esto no siempre se traduce en un derecho real de libertad de asociación y negociación colectiva. Incluso en los casos cuando tanto “empleados” como “autoempleados” del mismo sector de actividad (o similar) logran integrarse al mismo sindicato, esto no implica que ellos puedan negociar colectivamente juntos, o que el sindicato pueda negociar por ellos. Por ejemplo, en Canadá (Ontario) se han relatado casos en los que trabajadores “autoempleados” habían tenido que primero obtener el reconocimiento de los tribunales de su status de “empleados” antes de tener la posibilidad de firmar acuerdos colectivos con sus empleadores. En Corea, los sindicatos que representaban tanto a “empleados” como a trabajadores “autoempleados” fueron sencillamente eliminados. En la Unión Europea (UE) la situación varía de país a país. Un informe detallado sobre las relaciones industriales y

condiciones de trabajo de los “autoempleados” indica que si bien pueden ser miembros de sindicatos (juntamente o no con “empleados”), se han cerrado pocos acuerdos, comparativamente. Por ejemplo, en Alemania, la Ley de Acuerdos Colectivos permite a los trabajadores “autoempleados” firmar acuerdos colectivos cuando el 50% de sus ingresos – 30% en el caso de los trabajadores de prensa – se derive de un único cliente/empleador. El mismo informe indica que en el Reino Unido y Dinamarca los sindicatos de los sectores de prensa, cultura y entretenimiento deben negociar acuerdos colectivos que cubran a trabajadores “autoempleados” con empleador único o asociaciones de empleadores (solamente en Dinamarca). No obstante, en otros países como Irlanda y Alemania (trabajadores autoempleados no incluidos en la reglas del 50/30%) los acuerdos colectivos concluidos por trabajadores “autoempleados” pueden disparar acciones legales según la ley de competencia (este punto será explicado más adelante). De esta manera, más allá de la tendencia a ofrecer a los trabajadores “autoempleados” una mejor protección legal, los avances con respecto a la negociación colectiva parecen ser bastante limitados hasta el presente momento.

*La identificación del “empleador”* La identificación del empleador para los fines de adjudicación de responsabilidades laborales ha sido una tarea igualmente difícil en las últimas décadas. Esto se debe especialmente – por una parte – a la transformación de lo que alguna vez fue la empresa constituida verticalmente, a través de un proceso de fragmentación, en otras diversas entidades como subcontratistas, franquías, agencias de empleo, y – por otra parte – al hecho de que la legislación en general no acompañó esos cambios económico-organizativos, equiparando la mayoría de las veces esta nueva estructura multilateral compleja con la relación bilateral lineal entre un trabajador y un empleador, donde solo el empleador con el cual el trabajador tiene un contrato es responsable por las obligaciones laborales.

Se dice que el principal riesgo asociado a esta configuración multilateral – por momentos también referida como relación laboral “triangular” o “tripartita” – es básicamente que los empleadores pueden usarla para evitar la aplicación de la ley, transfiriendo las responsabilidades inherentes de la relación de trabajo a terceros, que muchas veces son agencias temporales o subcontratistas mucho más propensas a la quiebra. Por lo tanto, los trabajadores empleados por terceros que están en una relación comercial con el empleador “usuario” pueden perder todos o algunos de sus derechos como consecuencia de la insolvencia de su empleador “formal”.

Para solucionar esta cuestión, las legislaciones nacionales han adoptado una serie de abordajes para atribuir las responsabilidades derivadas de las obligaciones laborales. Primero, contra la tendencia actual de garantizar el estatus de empleadores a las agencias de empleo temporales, la legislación en países como Paraguay y República Dominicana establecen que el empleador es la persona o entidad para el cual el trabajo es ejecutado, mientras que aquellos que reclutan trabajadores para el beneficio de otras personas o entidades son considerados como meros intermediarios. Por ende, todas las responsabilidades derivadas de la relación de trabajo descansan sobre el usuario de la fuerza de trabajo.

Allí donde se reconoce que ambos – usuario y proveedor de trabajadores – tienen el status de empleadores, la legislación adopta distintas fórmulas para distribuir la responsabilidad. En el caso de los trabajadores colocados por agencias de trabajo temporal, la legislación en Croacia, por ejemplo, introdujo una norma de responsabilidad compartida, estableciendo que la agencia de trabajo temporal es responsable por las obligaciones pecuniarias, mientras que el empleador “usuario” será considerado el empleador que se encargue de las obligaciones tales como protección a la salud y seguridad en el trabajo. En lo que se refiere a los trabajadores subcontratados, la legislación en Canadá (Quebec) y México establece que el empleador “usuario” es conjuntamente y separadamente responsable por ellos en lo que se refiere a obligaciones pecuniarias.

La dificultad en lo concerniente a la negociación colectiva en particular no es si los trabajadores tienen o no el derecho/acceso a ella, sino con quién ellos tienen/pueden tener derecho a negociar. La importancia de este punto reside en el hecho de que existen trabajadores que pueden conseguir un mejor salario o un mejor paquete de beneficios según estén a cargo del empleador “usuario” o de la agencia/subcontratista, aunque trabajen lado a lado y ejecuten tareas de iguales o similares características.

También en este caso el abordaje adoptado ha sido divergente en las distintas jurisdicciones. En el ámbito de la UE, por ejemplo, un informe indica que no hay escasez de normas regulatorias formales y que los trabajadores colocados por agencias de trabajo temporal son libres para afiliarse a los sindicatos relevantes de su sector, ocupación o lugar de trabajo. En sentido opuesto, en Corea, se informa que la legislación no reconoce al empleador “usuario” como una parte de la relación de trabajo cuando se trata de trabajadores subcontratados, lo cual significa que el subcontratista es el único empleador de los subcontratados y, por lo tanto, el único con quien negociar. En los Estados Unidos, la Junta Nacional de Relaciones Laborales ha adoptado un abordaje mixto. Bajo la Ley Nacional de Relaciones Laborales, los trabajadores colocados por agencias de trabajo temporal están habilitados a organizarse en la misma unidad de negociación que los trabajadores permanentes del empleador “usuario”, sujetos al consentimiento tanto del empleador “usuario” como de la agencia de trabajo proveedora de los trabajadores.

Aunque no es posible pretender una fórmula de “talle único” aplicable a todas las jurisdicciones, son necesarias reglas claras que determinen y asignen las respectivas responsabilidades del empleador en relación a la negociación colectiva en una configuración triangular. Esas reglas deben concebir mecanismos que permitan a los trabajadores que realizan trabajos de la misma naturaleza obtener iguales beneficios, independientemente de si son contratados por el empleador “usuario” o por el empleador “formal”.



*Derecho de la Competencia* Aunque el aparente conflicto entre la negociación colectiva y el derecho de la competencia no es necesariamente nuevo, los organismos de defensa de la competencia han estado especialmente activos últimamente, teniendo en la mira a algunas categorías de trabajadores que firmaron acuerdos colectivos en campos en los que restringen la competencia.

La propuesta esencial a la que el derecho de la competencia pretende servir es la de proteger al público de ser engañado por empresas (normalmente) grandes. Para alcanzar este objetivo, el derecho de la competencia prohíbe los acuerdos que distorsionan la competencia, haciendo que las empresas compitan entre ellas. En consecuencia, la competencia es distorsionada si, en lugar de competir, ellas colaboran las unas con las otras y coordinan sus actividades.

Existen distintos tipos de acuerdos que tienen el potencial de distorsionar la competencia. Los más obvios son aquellos que tienen el objetivo de la “fijación de precios”, es decir, acuerdos hechos, por ejemplo, entre productores de bienes que establecen el precio al que cada uno de ellos va a vender sus bienes.

A pesar de no ser completamente inmunes a las reglas del derecho de la competencia, es ampliamente reconocido que los acuerdos colectivos firmados de buena fe, que traten de temas esenciales como salarios y condiciones de trabajo, son en principio legales y, por lo tanto, quedan afuera del rango de aplicación del derecho de la competencia. Sin embargo, no hay exenciones legales claras que retiren a la negociación colectiva del ámbito de aplicación de las leyes de la competencia, por lo cual ha sido normalmente materia para los tribunales armonizar esas relaciones conflictivas cada tanto. En el ámbito de la UE, por citar un caso, la exención fue apoyada por las decisiones de la Corte Europea de Justicia (CEJ) en los casos *Albany*, *Brentjens* y *Drijvende Bokken*. Por ejemplo, en *Albany*, el CEJ sostuvo que está fuera de cuestión que ciertas restricciones a la competencia son inherentes a acuerdos colectivos entre organizaciones representantes de empleadores y trabajadores. Sin embargo, los objetivos de política social perseguidos por tales acuerdos serían seriamente minados si capital y trabajo fueran sometidos al Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea] cuando traten conjuntamente de adoptar medidas para mejorar las condiciones de trabajo y empleo.

Se concluye entonces de una interpretación de las normativas del Tratado como un todo, que es a la vez efectivo y consistente, que acuerdos firmados en el contexto de negociaciones colectivas entre capital y trabajo que persigan tales objetivos deben, en virtud de su naturaleza y propósito, ser considerados fuera del rango de observancia del Tratado.

De todas formas, esas decisiones han estado sujetas a una estrecha interpretación por parte de organismos de defensa de la competencia de algunos Estados miembros de la UE, donde acuerdos colectivos firmados especialmente en los sectores de prensa, cultura y entretenimiento (pero no solamente), y que pretenden establecer una remuneración mínima para trabajadores “autoempleados”, han estado bajo ataque con el argumento de que esos acuerdos entre “empresas” apuntan a la “fijación de precios”.

Se puede alegar, luego, que sería suficiente adquirir el status de “empleado” para evitar las demandas conducidas por las autoridades de la competencia. Sin embargo, el punto de la relación de empleo es crucial para esas categorías de trabajadores, dado que donde hay legislación sobre “trabajo por contrato” en vigencia (Reino Unido e Irlanda, por ejemplo) el trabajo contratado en una relación de empleador/empleado significa que ellos automáticamente concederían sus derechos de propiedad intelectual al empleador. Por lo tanto, para los trabajadores de esos sectores es importante retener su status de “autoempleados”.

Para aclarar el punto, es útil recordar a dos casos recientes en más detalle. Primero, en Irlanda, por una decisión tomada en 2004, la Autoridad de la Competencia determinó que el acuerdo colectivo firmado entre el *Irish Actor's Equity - Equity* (asociación de actores) y el *Institute of Advertising Practitioners in Ireland - IAPI* (representante de la industria de la publicidad), que trataba de los términos y condiciones bajo los cuales las agencias de publicidad contratarían a actores, infringía las leyes de la competencia.

En su decisión, la Autoridad de la Competencia hace una distinción entre “contratistas autoempleados independientes”, que están sujetos a las leyes de la competencia, y “empleados”, que en general no están sujetos a las leyes de la competencia, y examina si los actores representados por Equity son “autoempleados” o “empleados”. La Autoridad de la Competencia consideró este punto de crucial importancia, ya que era de la opinión que “aunque es perfectamente legal [para Equity] representar a empleados en negociaciones colectivas con sus empleadores, su sindicato no puede eximir su conducta cuando actúa como una asociación comercial para contratistas autoempleados independientes”.

La Autoridad concluyó que los actores representados por Equity son “actores autoempleados”, basada en los siguientes fundamentos: (i) los actores que proveen servicios de publicidad generalmente no están obligados a trabajar para una única agencia de publicidad; (ii) ellos pueden trabajar para varias al mismo tiempo; (iii) tales actores normalmente no reciben los beneficios que uno suele asociar a un contrato laboral. Por ejemplo, ellos generalmente no gozan de paga por días feriados, seguro de salud, licencia maternidad y afines; (iv) esos actores en general no tienen seguridad en el empleo; (v) esos actores son libres para aceptar o rechazar una oferta de trabajo como les plazca; y (vi) los actores en general no son pensados como empleados de una agencia en particular. En consecuencia, ellos son “empresas” sujetas al derecho de la competencia y – como resultado – Equity es una asociación de empresas (cuando actúa en nombre de “actores autoempleados”).

No obstante, la Autoridad de la Competencia se refrenó a la hora de iniciar acciones de ejecución (civil y criminal) porque previamente a la demanda las partes “acordaron” con la Autoridad firmando un compromiso por el cual ellos aseguraban no negociar ni implementar ningún acuerdo que directa o indirectamente fijara las tarifas a ser pagadas a los actores “autoempleados” por los servicios prestados.

Otro caso con elementos similares también se dio en Holanda, esta vez involucrando a músicos de orquesta. En 2006, la Federación de Sindicatos Holandeses (FNV) y el Sindicato de Músicos Holandeses (NTB), de un lado, y

la Asociación de Sustitutos de Fundaciones de Orquestas Holandesas (VSR), del otro, cerraron un acuerdo colectivo que contenía la estipulación de una paga mínima para músicos sustitutos, donde los sustitutos tenían el status de “trabajador independiente sin empleados” (autoempleado).

La Autoridad de la Competencia de Holanda (NMA) condujo una investigación (informal) en este sentido e informó a las partes de que era de la opinión de que la estipulación de una tarifa para “trabajadores independientes sin empleados” podría violar el derecho de la competencia. Como resultado, en noviembre de 2007, las partes decidieron anunciar el término del acuerdo colectivo para agosto de 2008.

Adicionalmente, el 5 de diciembre, la NMA publicó el Documento Visión sobre “Acuerdo de Negociación Colectiva – estipulación de tarifas para personas autoempleadas y la Ley de Comercio Competitivo de Holanda” (el Documento Visión), un documento de política que proveía análisis legal sobre el tema de bajo qué condiciones las estipulaciones de los acuerdos colectivos pueden violar el derecho de la competencia. En el Documento Visión, la NMA concluye que las estipulaciones de tarifas para personas autoempleadas de los acuerdos colectivos no quedan afuera del alcance del Tratado EC, y por lo tanto las partes de tales acuerdos deberían someterse al derecho de la competencia.

FNV revisó su posición y luego ingresó una acción buscando – entre otras cosas – que el poder judicial declare que las estipulaciones del acuerdo colectivo para tarifas mínimas para “trabajadores independientes sin empleados” son eximidas de la ley de la competencia, y que la publicación por parte de la NMA del Documento Visión era ilegal en relación a FNV. La Corte de Primera Instancia, empero, rechazó el reclamo, básicamente fundada en que FNV fracasó a la hora de demostrar que las tarifas estipuladas en el acuerdo contribuían directamente para mejorar las condiciones laborales de los empleados (una de las condiciones descritas en *Albany*, *Brentjens* y *Drijvende Bokken* para eximir a los acuerdos colectivos del derecho de competencia).

Se pueden sacar algunas hipótesis de estos dos casos. Primero, las autoridades de la competencia tuvieron en la mira a los acuerdos colectivos firmados por o en nombre de trabajadores “autoempleados: que establecían su remuneración (honorarios, tarifas) convencidas de que eso acarrea un acuerdo entre “empresas” apuntando a la “fijación de precios”. Esto, sin embargo, no excluye la posibilidad de que otros puntos de acuerdos colectivos firmados por o en nombre de trabajadores “autoempleados”, que regulen, por ejemplo, horarios de trabajo o cobertura de salud, serían aplicables. En cualquier caso, las autoridades de la competencia (y los tribunales, en el caso de Holanda) infirieron que las exenciones de la negociación colectiva establecidas en *Albany*, *Brentjens* y *Drijvende Bokken* eran aplicables solo a “empleados”. Pero nada en esas decisiones sugiere que el ECJ tenía la intención de adoptar un abordaje tan estrecho. Al contrario, al determinar que “*acuerdos firmados en el contexto de negociaciones colectivas entre capital y trabajo [...] en virtud de su naturaleza y propósito, [deben] ser considerados fuera del rango de observancia del Tratado*” es evidente que el ECJ no tenía la intención de trazar una línea entre “empleados” y “autoempleados”, siendo la única condición que los acuerdos surjan del diálogo social y que persigan “*objetivos de política social*”.

Segundo, las autoridades de la competencia han adoptado además un abordaje muy formalista al evaluar el status (“empleado”/“autoempleado”) de aquellos beneficiados por los acuerdos colectivos. Ningún análisis meticuloso fue realizado para evaluar la verdadera naturaleza de la relación (laboral) entre las partes. Eso se hizo, por ejemplo, en un caso anterior decidido por el Tribunal de Apelación de la Competencia de Dinamarca, que falló contra la autoridad de la competencia tras establecer que el trabajo ejecutado por periodistas autónomos era de la misma naturaleza que el realizado por el personal permanente de las empresas de comunicación, pero solo en su base de trabajadores temporales.

Tercero, incluso bajo la suposición de que un acuerdo colectivo en las condiciones descritas arriba es un acuerdo entre “empresas”, la otra condición del Tratado EC es que tenga como objetivo la “prevención, restricción o distorsión de la competencia” en el mercado. No queda claro si las autoridades de la competencia han examinado (y probado) si cualquiera de estas condiciones han sido encontradas mientras conducían sus investigaciones. Más aún, el TFEU estableció otra excepción al determinar que puede ser declarado inaplicable, aun si un acuerdo entre “empresas” atiende a las condiciones mencionadas arriba, cuando el acuerdo (o práctica) “contribuye a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover progreso técnico o económico, al mismo tiempo que permite a los consumidores una parte justa del beneficio resultante”. Si estas dos acciones legales hubieran sido discutidas en más detalles, tal vez habría sido posible evaluar si los “objetivos de política social” de los acuerdos colectivos también se combinan con la “promoción de progreso económico” referida en el Tratado EC.

## **Breves conclusiones**

Como ya se anticipó, la revisión provista en esta nota es más bien limitada. En realidad, trata de solo una entre tantas barreras que los trabajadores, sobre todo aquellos en riesgo de precariedad, enfrentan regularmente con respecto al acceso a la negociación colectiva, que son las barreras legales a ejercer los derechos a negociar colectivamente. No obstante, a pesar del alcance limitado, algunas conclusiones (iniciales) pueden extraerse.

Basado en lo anterior, es interesante observar que – al menos teóricamente – la legislación en general no excluye a los trabajadores “precarios” del derecho a la negociación colectiva. En primer lugar, cuando se consideran las varias formas de empleo, el pantallazo sobre la legislación vigente parece sugerir que virtualmente ningún país excluye a los trabajadores del acceso a la negociación colectiva basada en si están en empleos permanentes, de tiempo completo, o no. Esto debe verse reforzado por los distintos intentos de ofrecer a los trabajadores a tiempo parcial, con contrato por tiempo determinado o eventuales un tratamiento igual, a través de la adopción de legislación específica que regule esos tipos de arreglos laborales. Sin embargo, los trabajadores en configuraciones triangulares, es decir, trabajadores de subcontratistas y/o aquellos colocados por agencias de trabajo temporal, enfrentan algunos impedimentos dado que en algunos casos ellos son legalmente impedidos de unirse a las mismas organizaciones que los

trabajadores empleados de forma permanente, y/o no pueden negociar junto con los trabajadores del empleador “usuario”. Aunque varios países han adoptado reglas claras para asignar las responsabilidades del empleador o de los empleadores en una configuración de multi-empleadores, reglas más explícitas son necesarias en lo que se refiere a la negociación colectiva en el lugar de trabajo. Además, la legislación todavía no ha desarrollado mecanismos efectivos que “habiliten” a esos trabajadores a disfrutar del derecho a la negociación colectiva.

En segundo lugar, con respecto a las categorías específicas de trabajadores, el número de países donde la legislación excluye a algunas de ellas de su aplicación es muy limitada. Sin embargo, debe prestarse atención a aquellos países donde los trabajadores domésticos son excluidos. Como ya fue mencionado, el alcance del trabajo doméstico se ha expandido significativamente y consecuentemente esa actividad no solo involucra tareas de limpieza de hogares sino también muchos otros tipos de trabajo ejecutados en o para los hogares, como cuidados de salud, enfermería, cuidado de niños, entre otros. Aunque hay un gran consenso sobre que los trabajadores domésticos merecen condiciones de trabajo decentes, como se pone de manifiesto en la adopción del C 189 sobre Trabajadores Domésticos de 2011, este reconocimiento todavía necesita ser traducido en acciones más concretas, tales como la adopción de normas reguladoras de sus actividades y – más importante – normas que hagan posible su ejercicio del derecho a la libertad de asociación y negociación colectiva.

Diferente en alguna medida es la situación de los “autoempleados”. La distinción entre trabajador “empleado” y “autoempleado” que existe en casi todas las legislaciones normalmente resulta en la falta de protección de la ley laboral para aquellos que quedan afuera del alcance de su aplicación y esto también es aplicable para la negociación colectiva. Ha habido algunos desarrollos con el propósito de ofrecer más protección a los trabajadores “autoempleados” (especialmente a los “trabajadores autoempleados económicamente dependientes”), incluso a través de la creación de categorías intermedias o – en algunos casos – de la adopción de una definición más amplia que extienda la cobertura a todos aquellos que cualifiquen como “trabajadores”, y no solo como “empleados”. Estas, sin embargo, salvo algunas excepciones, no han resultado en el derecho a la negociación colectiva también.

Además, allí donde los trabajadores “autoempleados” gozan del derecho a la asociación y/o a la representación colectiva, eso no es comparable a la libertad de asociación y negociación colectiva. Por ejemplo, en la UE, en casos donde ellos se han unido a sindicatos junto con “empleados”, la intervención de las autoridades de la competencia los ha impedido de firmar acuerdos colectivos, o ha resultado en el fin de acuerdos ya firmados. En cuanto a los casos en que la ley provee una excepción que remueve la negociación colectiva del alcance del derecho de la competencia, las autoridades de la competencia han dado una interpretación estrecha en el sentido de que solo se aplica a acuerdos firmados entre empleadores y “empleados”. Esto ha afectado, en particular, a los trabajadores del sector de prensa, cultura y entretenimiento, para los cuales el status de “autoempleados” es esencial para mantener sus derechos de propiedad intelectual.

Así, se puede decir que son necesarias normas legales claras que excluyan a la negociación colectiva del alcance del derecho de la competencia, normas que además tengan en cuenta las características de los trabajadores de algunos sectores en particular. Paralelamente, el derecho de la competencia en sí parece generar algunas alternativas ofreciendo limitaciones que excluirían de su aplicación los casos de acuerdos colectivos concluidos por trabajadores "autoempleados". Estas alternativas deberían ser explotadas y se debería avanzar con mejores argumentos para repeler las acciones legales iniciadas por las autoridades de la competencia que contribuirán además para aclarar las fronteras del derecho de la competencia para el beneficio de los trabajadores.

En conclusión, existe un número limitado de barreras legales al acceso de los trabajadores "precarios" a la negociación colectiva. Muchos de los obstáculos se derivan de las dificultades de ejercer los derechos a la negociación colectiva en la práctica. Investigaciones futuras deberían entonces poner el foco en revisar el funcionamiento de los mecanismos de negociación colectiva en la perspectiva de identificar cuáles son los obstáculos que surgen de la arquitectura prevalente de los sistemas de relaciones industriales.