

La Cesión de Trabajadores: Quiebres en el Contrato de Trabajo*

Magdalena Echeverría
Mónica Vergara

Dirección Nacional del Trabajo. Agustinas 1253. 4to. Piso. Santiago de Chile

E-mail: mecheve@dt.gob.cl. Teléfono: 56/2 674-9595.

Resumen

Las relaciones de empleo asalariadas tienden a convertirse en relaciones transitorias e intermediarias. Durante los últimos años se han formalizado compañías constituidas con la finalidad de proveer personal a otras, en las empresas de trabajo temporal, ETT así; el Derecho del Trabajo pasa a compartir su carácter tutelar con otro emergente; el servir de instrumento de política de empleo.

Más acorde a la racionalidad económica de los sujetos vinculados en la prestación de los servicios a través de una ETT; el trabajador es un cliente que compra el servicio de puesta a disposición.

La relación jurídica que se configura entre el trabajador y la ETT es de carácter civil y no laboral, no obstante; la legalización de la cesión de trabajadores convirtió a las ETT en empleador, para ocultar la transacción sobre el trabajo humano que conlleva.

Se exigen soluciones que permitan el reconocimiento de los derechos de los trabajadores y se exponen en el trabajo las dificultades y modos de afrontarlas en la lógica del contrato bilateral.

Palabras clave: Cesión de Trabajadores, Empresas de Trabajo Temporal, Agencias de Colocación, Contrato de Trabajo.

Worker Lay-Offs: The Breakdown of Work Contracts

Abstract

Salaried employee relations tend to become transitory and intermediary. Over the last few years companies have been legally constituted and formalized with the objective of providing personnel for others, in temporary work relationships (ETT), and because of this, the Labor Law has to share its protective nature with another emerging figure; that

of serving as a labor policy instrument. In accordance with the economic rationality of the three subjects united in the offer of services through an ETT; the worker is a client who buys the service of work placement. The judicial relation which is developed between the worker and the ETT is of a civil character, not a labor character. However, the legalization of worker lay-off converts the ETTs in employees, in order to cover up the human labor character that it implies. Solutions are required that allow the recognition of the rights of workers, and in this paper we explain the difficulties and the ways to confront them using the logic of bi-lateral contracts, and thus advancing in a system that only recognizes the independent rights of businesses.

Key words: Worker lay-offs, temporary work placement companies (ETT), employment agencies, work contracts.

Recibido: 12-10-00. Aceptado: 05-02-01

1. El Empleo “justo a tiempo”

Entre los múltiples cambios que ha experimentado el empleo, en particular el empleo dependiente, en las últimas décadas, dos nos parecen de especial importancia para entender el desarrollo de las relaciones triangulares de trabajo y de las empresas de empleo temporario.

El primer cambio se refiere a la proyección y estabilidad real en el tiempo. La relación de las personas con una misma fuente de empleo de larga permanencia o incluso para toda la vida, propia de los procesos de industrialización, ha cedido paso a relaciones esporádicas, de más corta duración y proyectadas como transitorias. El empleo temporal, sea por un período determinado, sea para una actividad determinada, es una condición del trabajo hoy en el mundo, cada vez más frecuente. Ello es así al menos para las personas que no se insertan en los crecientemente más estrechos “núcleos duros” de las empresas, sino en actividades complementarias al corazón del giro principal o, por distintos motivos, más periféricas y prescindibles. Parafraseando el concepto de producción “justo a tiempo”, que se constituyó en una suerte de paradigma de la organización empresarial en los países desarrollados en la década de los 80, en la década de los 90, el concepto se ha trasladado y se aplica, cada vez más, al empleo “justo a tiempo”.

El segundo cambio importante ocurre en la naturaleza del vínculo entre el empleado y su empleador. La relación nítida de uno como contracara del otro, de uno para el otro, también cede paso a relaciones más indirectas o a relaciones entre ambos mediatizadas por otro(s). Al empleo temporal y, en ocasiones al empleo a secas, la empresa que hará

uso de él, puede acceder en forma directa o a través de un tercero quien le proporciona precisamente el empleo como el servicio prestado, fórmula en la que nos concentraremos en este texto.

Así, **las relaciones de empleo asalariadas, o al menos un segmento importante de ellas, tienden a convertirse cada vez más en relaciones transitorias y, por otro lado, además, en relaciones intermediadas, lo cual implica nuevas modalidades de trabajo dependiente*** y, según algunos enfoques, pone en cuestión la esencia misma de su concepto.

La intermediación, por lo demás, es cada vez más necesaria en un escenario donde la oferta de bienes y servicios es de tal magnitud en cantidad y complejidad, que el consumidor no está en condiciones de tomar decisiones informadas, oportunas y eficientes por sí mismo.

En nuestros días se han incorporado al mercado productos y servicios que para los trabajadores de la organización social industrial, formaban parte del sistema de tutelas aparejadas al empleo, como la seguridad social. Las alternativas que ofrece el mercado en nuestros días admiten tantas variables que se ha creado un nuevo negocio consistente en asistir al cliente a tomar decisiones. Proliferan los asesores que organizan información en favor del perfil del cliente, que se ve sobrepasado en materias que hasta hace unos años eran objeto de decisiones domésticas simples o que iban implícitas en la relación laboral. Este es un indicador más del tránsito de una vida laboral lineal en sus certezas a otra caracterizada por la falta de certidumbres y enfrentada a permanentes riesgos.

No es de extrañar entonces que la intermediación alcance al mercado de trabajo y que, al igual que en otros mercados, hasta se sirva de la red Internet para ofrecer sus servicios (ejemplo, Laborum.com).

2. Las Empresas de Trabajo Temporal (ETTS)

Durante los últimos años se ha formalizado el desarrollo de una figura "renovada" en el mercado del trabajo y el empleo: empresas formalmente constituidas con la finalidad de proveer personal a otras. No se trata de meras colocadoras, sino de entidades que asumen la condición de empleador de aquellos que colocan para un tercero. Es decir, que se hacen cargo de administrar la relación de trabajo, el que se realiza en la empresa donde el personal presta efectivamente sus servicios. Esto significa que son estas empresas que proveen de trabajadores las que suscriben y ponen término al contrato de trabajo, pagan las remuneraciones y las cotizaciones previsionales, entre otras funciones.

La cesión de trabajadores se diferencia de la subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios (Echeverría, M. y Uribe, V., 1998). Esta última se establece entre dos empresas en donde la mandante encarga a otra (o contrata con otra) la producción de etapas, de partes o de partidas completas de la producción de bienes o la prestación de determinados servicios que la segunda empresa (contratista) se compromete a llevar a cabo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. Estas empresas "contratistas" operan fuera o dentro de las instalaciones de las empresas mandantes. Son las proveedoras de partes o las prestadoras de determinados servicios. Pero siempre **lo que transan es el servicio o el bien producido**.

En el caso de las empresas de empleo temporal, en cambio, **lo que transan es el personal mismo**, con mayor o menor valor agregado. Es decir, incorporando estas empresas mayores, menores o nulas inversiones en su formación. Las fronteras entre el suministro de personal (ETT) y la prestación de un servicio (empresas contratistas) se hacen más difusas en la medida en que las ETTs se hacen o se hagan más especializadas. Es decir, en vez de proveer personal a secas, proveen de programadores, mecánicos, secretarías calificadas, o sea, un trabajador competente para el desempeño de la función que le corresponderá desempeñar.

Las agencias de colocación de empleo son la más clara expresión de "merchandage". Vinculan a un potencial empleado con su futuro empleador y luego desaparecen del circuito de relaciones sin concertar relación laboral alguna. En la mayoría de los países son entidades públicas sin fines de lucro, pero pueden ser también entidades privadas¹. Las empresas de empleo temporal se diferencian de las agencias colocadoras en tanto se vinculan mediante un contrato de trabajo al empleado, al que pone a disposición de otro empresario con el que el trabajador no está vinculado contractualmente.

Empresas de empleo temporal, temporario o de servicios transitorios se denominan en distintos países, pero en países de habla hispana se identifican universalmente bajo la sigla de ETTs.

Este sistema de trabajo ha tenido un crecimiento rápido en los países desarrollados; las empresas más grandes como Adecco, Manpower, Olsten-Adyser tienen presencia transnacional, y está creciendo fuertemente también en América Latina. A través de ETTs se emplean alrededor de 1.200.000 trabajadores en Brasil y más de 350.000 en Colombia, los dos países latinoamericanos con mayor desarrollo formal de este sistema de trabajo, en tanto en Argentina la masa laboral así empleada es de alrededor de 50.000 personas.

Según estimaciones de AGEST (Asociación Gremial de Empresas de Servicios Temporarios), en Chile hay más de 30.000 empleos formales de esta naturaleza.

El promedio diario de trabajadores empleados a través de ETTs en el mundo en 1998 alcanzaba los 7.8 millones de personas. El registro del empleo y de su evolución en los tres últimos años publicado en el último informe de actividades de CIETT (CIETT, 1999) refleja un aumento significativo de 44.4% en esta modalidad en las distintas regiones y países².

El adjetivo "temporal" o "transitorio" no es banal. Donde este sistema se ha institucionalizado las legislaciones respectivas han tomado las precauciones para que se trate efectivamente de "misiones" temporales y no se convierta en la forma habitual de contratación. Sea que este carácter transitorio esté dado por límites en el tiempo, o por circunstancias siempre temporales (reemplazos por licencias médicas, vacaciones, peaks de producción o la ejecución de una obra o servicio extraordinario), o por ambas.

Esta forma de empleo es objeto de polémica y en todos los países donde se ha regulado al respecto³, su instalación ha generado posiciones encontradas. El sustento de la polémica no es arbitrario, en tanto esta fórmula pone en jaque el concepto de trabajo dependiente, es decir, una relación bilateral en donde el empleador es responsable del conjunto de obligaciones laborales y el empleado recibe su remuneración directamente de aquél que ordena y dirige su trabajo.

Como concluiremos, estas relaciones triangulares de trabajo ponen en cuestión los prerequisites de las relaciones contractuales laborales propias de la sociedad industrial. 1) De relación con vocación de permanencia o de largo plazo a relación esporádica y de corto plazo; 2) de relación para un único y claro empleador a un empleador bicéfalo; 3) de relación que se materializa en las dependencias del empleador que contrata a una que se materializa, por definición, en otra, etc. (Ver Cuadro 1).

Los argumentos a favor del impulso de esta forma de empleo advierten que las ETTs juegan un importante papel en el mercado de trabajo, sirviendo de punto de encuentro entre oferta y demanda; que satisface la necesidad de flexibilidad en el empleo (empleo justo tiempo) de las empresas, que constituye una buena oportunidad de empleo para jóvenes y mujeres que no quieren ni pueden acceder a puestos de trabajo permanentes pero sí ocasionales; que puede ser una buena escuela de iniciación en la vida laboral.

Cuadro 1
Promedio diario de trabajadores temporarios colocados a través
de ETTs (1996-1998) en diversos países y regiones del mundo

Países	Promedio Diario 1996	Promedio Diario 1997	Promedio Diario 1998
Latinoamérica (*)	S.i.	S.i.	2.480.000
USA	2.341.000	2.510.000	2.900.000
Japón	203.000	298.000	358.000
Austria	15.000	15.000	16.000
Bélgica	44.000	51.000	59.300
Dinamarca	5.000	6.000	6.500
Finlandia	9.000	9.000	9.000
Francia	338.000	415.000	437.000
Alemania	149.000	179.000	190.000
Irlanda	3.000	4.000	4.000
Italia	s.i.	s.i.	s.i.
Luxemburgo	2.000	2.000	2.400
Noruega	7.000	13.000	14.000
Portugal	25.000	30.000	33.000
España	60.000	60.000	110.000
Suecia	8.000	11.000	11.000
Suiza	24.000	s.i.	s.i.
Países Bajos	225.000	250.000	300.000
Reino Unido	880.000	1.000.000	878.000
Unión Europea (**)	1.794.100	2.045.000	2.070.200
Total	4.338.100	4.853.000	7.808.200

(*) Considera: Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay.

(**) No considera la información de Italia ni de Suiza para 1997 y 1998.

Fuente: Elaborado a partir de información de "Report of Activities 1998", CIETT, 1999.

Los argumentos en contra apuntan a que este sistema genera un circuito semi cerrado de trabajadores de segunda categoría que difícilmente puedan salirse de él, con bajos

niveles de calificación, que sólo contribuye a institucionalizar la inestabilidad y la precariedad como condición permanente del empleo, que, cual masa “de reserva”, empuja a reducir el nivel de las condiciones de trabajo **en general, que debilita la organización sindical**. Sus remuneraciones son más bajas, su siniestralidad es significativamente mayor⁴ y carecen de canales de representación colectiva de sus intereses.

Desde el punto de vista empresarial, existe también una discusión respecto de la contradicción entre la necesidad de las empresas modernas de contar con personal comprometido con su empresa como “proyecto”, de desarrollar el espíritu corporativo entre sus miembros y la necesaria falta de sentido de pertenencia que la figura del empleo temporario conlleva.

En un aspecto existe coincidencia de opiniones: en la valoración que se hace respecto del papel que el sistema juega o debería jugar en la formación profesional, técnica y de desarrollo de habilidades para el trabajo. El punto de acuerdo está en que la viabilidad del sistema y de estas ETTs está en relación directa con su capacidad de especialización y aporte a la calificación de personal. Sea en el plano de la formación técnica específica, desarrollándose empresas que se especialicen en reclutar y formar especialistas; mecánicos, soldadores, electricistas, por ejemplo, para el área metalmecánica o ingenieros en computación, analistas de sistemas, programadores, digitadores para el área informática, sea en el plano de una formación de habilidades más integrales, de competencias para el trabajo.

Por otra parte, en el marco de la evaluación polémica de este sistema, se sostiene que el paso por diversos puestos de trabajo, el conocimiento de distintas tecnologías, experiencias organizacionales y estilos de trabajo constituye una escuela en sí misma, mejor que cualquier otra.

En un estudio de OIT (1998), se sostiene que la mayoría de las calificaciones que las personas logran a lo largo de la vida laboral se adquieren en las empresas donde trabajan, sea en la economía formal o informal. Esta es una de las razones que contribuye a que, de modo circular, las personas que acceden a buenos empleos o al empleo en general, tengan mayores probabilidades de seguir accediendo a nuevos puestos de trabajo y, por el contrario, permanecer fuera de ese circuito, aumenta las probabilidades de permanecer en la exclusión.

Bajo esta mirada se identifican las categorías sociales que en los distintos países tienen altas probabilidades de ser excluidas de las oportunidades de empleo: los **jóvenes**

desempleados, los trabajadores de mayor edad despedidos, los menos calificados, los discapacitados, los pertenecientes a minorías étnicas y las mujeres.

3. La Cesión de Trabajadores en la Era Post Industrial

La globalización de la economía y los mercados ha demandado para todos los países la definición de un nuevo orden económico y productivo, que toca la concepción y organización de las empresas en todos sus aspectos. Una característica que se destaca es la exigencia a estas últimas frente a su capacidad de adaptación continua y rápida a la competencia interna e internacional.

La adaptación supone la disponibilidad para cambiar o reorientar en forma permanente la fabricación de nuevos productos así como de variar la oferta de servicios, que entran a la competencia abierta en calidad y precios, y supone también la disponibilidad para incorporar modificaciones en la tecnología o en los procesos de producción y de trabajo. La necesidad de cambiar los marcos normativos en que operan las empresas, permitiéndoles esa adaptación y liberándolas de las barreras que rigidizan su capacidad de respuesta se deriva, en parte, de estas exigencias.

Los cambios más radicales en la base técnica material de la producción y los servicios modernos, en particular, la incorporación de la microelectrónica tanto en el almacenamiento así como en el procesamiento de la información, impuso un vuelco en la relación capital-trabajo, siendo evidente la sustitución sistemática de trabajo humano directo, manual e intelectual, por el automatismo de los nuevos instrumentos, máquinas o equipos. Determinados puestos de trabajo y determinadas ocupaciones dejan de existir o pueden dejar de existir.

Como es reconocido, los procesos de modernización tecnológica de las empresas en los países en desarrollo son altamente heterogéneos. La incorporación de nueva tecnología se concentra en algunos puntos de los procesos o en algunas de sus etapas, y no comprende necesariamente al resto. Por lo tanto, en un mismo proceso de trabajo convergen un tipo de personal de alta competencia técnica, adscrito a los nuevos equipos, con otro poco calificado o con calificaciones distintas, que se encarga de actividades que permanecen con una tecnología más tradicional, que implican un mayor uso de mano de obra y que requieren de habilidades más simples, no necesariamente especializadas técnicamente. Esta particularidad permite combinar personal calificado y estable, con personal no calificado y transitorio. La distinción entre operadores (trabajadores adscritos a la tecnología de punta) y operarios (antiguos "obreros") no es sólo técnica, es

crecientemente una notoria distinción social.

No sólo ni principalmente es la tecnología la que plantea requerimientos de flexibilidad laboral. Estos provienen también de la competencia de las empresas por costos. Y un factor cuyo costo es susceptible de reducir es el trabajo. En este sentido la transformación de los costos laborales de costos fijos en costos variables es una tendencia internacional que en los países latinoamericanos ha tenido especial acogida.

A juicio de Rifkin (1996), la volatilidad y competitividad de la economía, en el marco de la revolución tecnológica, no sólo disminuyen la necesidad del trabajo sino que también cambian su naturaleza. En primer lugar, obligan a las empresas a reducir sus plantillas por la vía de contratar trabajadores temporales a los que se puede despedir con suficiente rapidez. En el concepto de empleo justo a tiempo, las empresas emplearán a las personas tan sólo si realmente las necesitan y mientras las necesiten.

Y, en segundo lugar, **supone contratar proveedores externos para los bienes y servicios que tradicionalmente producían ellas mismas, lo que adicionalmente les permite disminuir la influencia de los sindicatos**. Esta tendencia no se concentra, como se pensó en un comienzo, solamente en trabajadores administrativos de "cuello rosa": recepcionistas, secretarias, promotoras. "La realidad es que los trabajadores temporales se utilizan como sustitutos de los permanentes en prácticamente cada industria y cada sector ...el empleo profesional también empieza a adquirir las características de temporal" (Rifkin, 1996: 230).

Los teóricos de las nuevas formas de economía y de sociedad sostienen que la revolución tecnológica incorpora la flexibilidad en el centro de los procesos productivos y de prestación de servicios.

La capacidad de innovación de las empresas está en la base de su posibilidad de desarrollarse e incluso de su subsistencia. En este marco, la tendencia a concentrarse en el corazón del giro o "core competence" permite focalizar todos sus recursos en lo que saben hacer, externalizando aquello que es más genérico o especializado, pero no de su propia especialización.

En este proceso la trayectoria habitual ha sido la de externalizar, inicialmente, los servicios generales como los de aseo, transporte, alimentación y seguridad, en relación con las actividades generales y de asesoría legal, contabilidad, estudios de mercado, en relación con las actividades de gestión.

En un segundo momento se han ido externalizando aquellas etapas o se proveen desde fuera partes que, participando de la composición propia del producto o servicio, no son de la competencia definida como propia por la organización. En este proceso de especialización flexible cada cual se dedicaría a lo suyo, es decir, a lo que tiene vocación y sabe hacer. Qué es lo estrictamente propio y qué es lo secundario varía también según distintas concepciones y estrategias empresariales, asunto que lleva a cuestionar el concepto mismo de "giro" de una empresa. En la teoría empresarial moderna se establecen conceptos muy variables sobre cuál es el núcleo de una actividad económica, la cual, por lo tanto, no se debe externalizar ni delegar. Los extremos varían entre quiénes conciben al giro sólo como a la concepción y gestión de la actividad, sin considerar propios la ejecución de la actividad, hasta quiénes lo caracterizan precisamente como la actividad material esencial y conciben como complementarios todos los servicios anexos o asociados.

Llevando la concepción al extremo, algunos empresarios han sostenido que el ideal sería trabajar con personal sobre cuya administración de la relación laboral la empresa matriz no tuviera que distraer ningún recurso ni atención.

Vale decir, recibir un trabajador "purificado" de los aspectos relacionales y administrativos inherentes a la relación de trabajo. Liberados de "toda la burocracia", dicho despectivamente, o del juego de "deberes y derechos", dicho desde un punto de vista normativo.

El suministro de personal por una entidad externa a la empresa que lo utilizará es una de las formas más evidentes de separar los aspectos "laborales" de la relación de trabajo del lugar donde se prestan realmente los servicios o donde se ejecutan propiamente las tareas y desde donde se organiza y dirige este proceso para llevarlos fuera, a un campo externo; el del cedente o suministrador.

4. De la condena a la tolerancia y finalmente a la legalización

La figura de las relaciones triangulares de trabajo no tiene buena reputación histórica. El tráfico de mano de obra o "marchandage", "tan antiguo como el trabajo dependiente", fue objeto de fuerte condena social y jurídica. Las relaciones laborales modernas reconocen en la dignidad humana el fundamento y a la vez el límite de los derechos de las partes. Este soporte teórico - ético del trabajo en la era industrial tiene su más gráfica expresión en el enunciado del Acta Constitutiva de la OIT según el cual "EL TRABAJO NO ES UNA MERCANCIA"⁵.

Consecuentemente la legislación internacional y las nacionales prohibieron la cesión de trabajadores, puesto que en ese negocio se evidenciaba el carácter transable del trabajo humano.

La cesión de trabajadores sin embargo, ha existido prácticamente siempre, según los analistas expertos sobre el tema, y "con una finalidad, por parte del empresario prestamista: para obtener un lucro con esa cesión y, por parte de la empresa usuaria, para, por un lado, evitar la identificación del empresario real a efectos de evitar responsabilidades laborales y, sin duda, para evitar el sobredimensionamiento de la plantilla de la empresa" (Sala Franco, 1999: 103).

El "servicio" de provisión de mano de obra comenzó a extenderse como una forma de subcontratación, lo que impedía a los estados imponerle otros límites que los que autoriza la legislación laboral común. Se admitió, en un primer momento, al destinatario del trabajo como un empleador secundario que garantiza el cumplimiento de las obligaciones del empleador formal y principal, sea subsidiaria, sea solidariamente.

Por su parte, la subcontratación y las múltiples formas de organización jurídica de las empresas, aplicadas a relaciones de trabajo, cedieron ante el concepto de empresario desarrollado por la jurisprudencia que llegó a considerar la realidad económica de las unidades productivas como más relevantes que sus expresiones jurídicas. Además, la jurisprudencia enriqueció a la doctrina develando casos de cesión fraudulenta de trabajadores mediante la aplicación de la teoría del levantamiento del velo y de la primacía de la realidad.

Pendía la inseguridad jurídica sobre estas relaciones triangulares y el riesgo de ser declaradas simulaciones fraudulentas de contrato, declaración que trae aparejada la nulidad del contrato simulado entre el empleador interpuesto y el trabajador y la aplicación de la normativa del contrato disimulado; un contrato de trabajo entre el usuario y el trabajador, ignorándose la presencia del cedente.

Pero con el tiempo, primero los tribunales y luego las legislaciones fueron admitiendo algunas formas de interposición, social y económicamente convenientes o consolidadas.

El carácter masivo que fueron adquiriendo estas prácticas y la necesidad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del estado para hacerles aplicable el régimen jurídico que correspondía a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se ocultaban tras ellas, obligaron a buscar un sistema de normas que las contuviera y las regulara. Las leyes configuraron la cesión retribuida de trabajadores, como un contrato de trabajo entre el

trabajador y la ETT.

Tal opción legislativa alteró definitiva y estructuralmente el concepto de empleador, alejándolo de la realidad. En su virtud es posible otorgarle el carácter de empleador principal al cedente, lo que permite comprometerlo con obligaciones respecto del trabajador cedido, eufemísticamente, "en misión".

A partir de los años 70 las economías industrializadas, comienzan a observar el incremento de los niveles de desempleo, situación que se ha agravado con el tiempo y que se extiende hasta nuestros días.

Entre las medidas destinadas a combatir el desempleo, los estados recurrieron a la flexibilización de las instituciones laborales como es el tiempo de trabajo, las jubilaciones anticipadas, los contratos especiales con excenciones de cargas, contratos de formación y aprendizaje, etc. Dentro de este concierto de medidas se incluyó la regulación del trabajo prestado a través de las ETT y las condiciones de contratación a través de ellas. **Así el derecho del trabajo pasa a compartir su carácter tutelar con otro emergente; el ser un instrumento de política de empleo.**

Si bien varios países contaban con leyes que autorizaban el funcionamiento de las ETTs, es durante los 90 que la Unión Europea abandona su escepticismo frente a las formas de trabajo "atípicas" las que considera una respuesta adecuada a las necesidades de algunos trabajadores y necesarias para enfrentar los cambios en la producción. Dentro de éstas formas atípicas de trabajo, se incluye la prestación dentro del elenco de contratos de trabajo de las legislaciones nacionales⁶.

Finalmente, en 1997, la OIT adoptó el Convenio N° 181 sobre Agencias de Empleo Privadas autorizando los servicios prestados a través de ETTs. Con el se buscó garantizar la protección de los trabajadores vinculados a estas agencias respecto de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, salarios, no discriminación, jornada laboral, seguridad e higiene, protección a la maternidad y seguridad social. Destaca en forma particular las limitaciones que deben ponerse frente al tipo de información que estas agencias pueden recabar sobre su personal, así como el libre acceso que éste debe tener a ella.

El Convenio especifica que los datos obtenidos deberán limitarse a las calificaciones y la experiencia profesional de los trabajadores y que en todo caso deben "respetar la vida privada de los trabajadores, conforme con la legislación y las prácticas nacionales vigentes"⁷.

Esta observación parece particularmente importante de tener en cuenta en tanto se ha criticado que las empresas usuarias pueden recurrir a las ETTs tras una selección de personal que incluya una suerte de investigación sobre las características personales (físicas y psicológicas), del comportamiento social, político y hasta íntimo de los empleados a reclutar, contraviniendo todos los principios de no discriminación frente al trabajo. La situación es más delicada en aquellos países en los cuales las discriminaciones de todo tipo no cuentan con un rechazo bien asentado en la sociedad civil ni en el marco normativo nacional.

La legalización de la cesión de trabajadores permitió la definición precisa de esta relación de trabajo, distinguiéndola de la subcontratación y de la colocación de trabajadores, figura esta última en la que un tercero cumple la función de vincular la oferta y demanda de trabajo sin vincularse contractualmente con el trabajador.

A su vez permite, dotar a estas relaciones laborales de una mayor seguridad jurídica y - al mismo tiempo- acotarlo y controlarlo. Ermida (1999), agrega que las propias ETT más desarrolladas y formales llegaron a reclamar la reglamentación, con dos objetivos: primero, el de evitar, al menos en determinadas hipótesis, la responsabilidad solidaria; y segundo, como forma de evitar o limitar lo que consideraban competencia desleal practicada por otras suministradoras que no observarían determinados mínimos éticos, y no poseerían los niveles de solvencia económica necesarios para desarrollar la actividad con suficientes garantías para las otras partes involucradas.

Por último, quedan adscritas al derecho del trabajo, las relaciones entre trabajador y empresa usuaria y las relaciones entre las empresas en lo que dice relación con el trabajo, con lo que se permite una mejor intervención a la administración y a los tribunales laborales en las relaciones jurídicas conexas al contrato de trabajo como es la que existe entre el trabajador y la usuaria y entre las empresas contratantes.

5. La necesaria armonía entre realidad y norma o la verdad aunque duela

El "hecho laboral" desencadena la aplicación de un estatuto impuesto a las partes: *" La situación que se produce con ocasión de la prestación voluntaria y libre de un servicio o trabajo por cuenta ajena, y en forma remunerada, subordinada y continua... es elevada a categoría jurídica por el derecho"* (Gajewski, 1998).

El derecho, le atribuye a la relación de trabajo subordinado el marco jurídico de un contrato, identificando al trabajador en quien realiza la prestación de servicios personales bajo subordinación; y al empleador en quien utiliza tales servicios.

La contractualización de la prestación de trabajo hace aplicable al contrato de trabajo la teoría general de los contratos donde los derechos y las obligaciones que de él nacen tienen objeto, causa y sujetos, todo lo cual guarda una estricta lógica interna. En esta lógica contractual, el contrato de trabajo se describe como un contrato bilateral y sinalagmático del cual se derivan obligaciones recíprocas entre las partes obligaciones que se consideran equivalentes entre sí.

La ley ha calificado de contrato de trabajo la relación que se crea entre trabajador y ETT, la que tiene lugar cuando una empresa (ETT) contrata los servicios personales de un trabajador para que sean prestados para un tercero llamado usuario. El vínculo jurídico se establece entre el trabajador y la ETT, esta última como empleador. La relación material de trabajo se realiza en el ámbito del usuario que, sin ser empleador, ejerce algunas de sus facultades de dirección (de impartir órdenes e instrucciones) y adquiere también algunas de sus obligaciones (generalmente, en materia de seguridad e higiene).

La relación contractual que une a la ETT con la empresa usuaria se reviste de contrato civil. La relación jurídica entre el trabajador y la empresa usuaria no está contractualizada; es la norma heterónoma la que regula este vínculo.

El vínculo que se crea entre el trabajador y la ETT, no se ajusta a la descripción del contrato de trabajo. En esta relación, el empleador, está definido por la norma y no coincide con quien utiliza los servicios prestados, un tercero ajeno a la relación jurídica; la empresa usuaria.

La disociación entre la realidad y el marco regulatorio es particularmente extraña al Derecho del Trabajo, disciplina en la que el mundo de los hechos determina la aplicación de las normas. La dependencia del Derecho del Trabajo de la realidad está en la base de sus más caras instituciones entre otras; el carácter consensual del contrato de trabajo, el carácter tutelar del derecho del trabajo que se funda en la desigualdad de las partes, y la aplicación recurrente del principio de la primacía de la realidad.

¿Puede la ley subvertir el orden natural de las cosas atribuyéndole a una determinada relación jurídica el estatuto propio de otra? ¿Debe el legislador ajustarse en materia contractual a la teoría general de los contratos, o por el contrario, es soberano para crear contratos allí donde sus elementos no existen o no armonizan?

6. El Contrato de Trabajo encubre una cesión de trabajadores

Se ha identificado, la relación triangular como aquella en la que la ETT participa de dos

contratos -el laboral con el trabajador y el mercantil con la empresa usuaria- encontrándose en el vértice de un ángulo.

Tal definición a priori, la hemos denunciado majaderamente como arbitraria y sin sustento en la realidad. Las relaciones en las que participa una ETT admiten otra regulación, incluso dentro de la lógica contractual, más acorde a la racionalidad económica de los tres sujetos vinculados en la prestación de los servicios a través de una ETT, según reseñamos a continuación.

El empleo es un bien escaso en los últimos años y a pesar de las prevenciones de la legislación, es un bien transable en el mercado.⁸ El trabajador es demandante del escaso bien del empleo y está dispuesto a pagar a quien le ofrezca la oportunidad de trabajar y la mantenga. A su vez, la ETT ofrece poner al trabajador en contacto con un tercero para trabajar a cambio de una retribución.

Así, la ETT es un proveedor de trabajo y el trabajador es un cliente que compra el servicio de puesta a disposición. Sus servicios se pagan mediante la retención de parte de su remuneración pues tanto la cantidad que percibe el trabajador por trabajar, como la retribución de la ETT, tienen como única causa la prestación del servicio, siendo salario y retribución a la ETT emolumentos sólo aparentemente distintos.

La relación jurídica que se configura entre el trabajador y la ETT, en esta lógica alternativa, es de carácter civil y no laboral. Es el trabajador el que se ubica en el vértice del ángulo participando en dos contratos, y no la ETT. A la relación civil que lo une a la ETT se agrega otra de carácter laboral con la empresa usuaria, relación esta última más de acuerdo con la definición y contenido de un contrato de trabajo.

Sin embargo, transacciones de esta naturaleza pugnan con los principios que sustentan nuestro orden público laboral, pues deja al descubierto el carácter transable del trabajo humano. Para disimular esta evidencia ha debido proveerse a la relación entre la ETT y el trabajador la cobertura de un contrato de trabajo. Este esfuerzo de disfrazar la realidad a través de la norma no puede evitar que en su aplicación surjan las inconsistencias de las que damos someramente cuenta en el apartado siguiente.

La legalización de la cesión de trabajadores convirtió a las ETT en empleador, para ocultar la transacción sobre el trabajo humano que conlleva. Pero a pesar del esfuerzo jurídico la realidad pone en cuestión la vigencia de la declaración fundacional de nuestro sistema de relaciones laborales según la cual el trabajo humano no es susceptible de

transacción.

Pudo haberse tomado otro camino, consagrándose jurídicamente la legitimidad de la venta de la oportunidad de trabajar a través de la intermediación en el mercado de trabajo por las empresas privadas de colocación y así supeditar la norma a la realidad. Tal opción no desestructura el sistema de relaciones laborales basado en el contrato y permite concentrar en el ámbito de la prestación efectiva de los servicios los derechos y obligaciones de los sujetos del contrato de trabajo, manteniendo la eficacia de las instituciones que lo regulan.

De otra forma, las instituciones concebidas para garantizar la tutela del trabajador - administrativa, judicial, legal y autónoma - aplicadas a escenarios y sujetos que no fueron supuestos por el legislador, pierden gran parte de su eficacia, y explica los problemas de aplicación de un sistema de relaciones laborales fundado en el contrato de trabajo, a relaciones que no dan origen a derechos y obligaciones recíprocas y equivalentes entre dos partes, algunos de los cuales dicen relación con la formalización del contrato de trabajo y su extinción, con la aplicación de los convenios colectivos concurrentes en el ámbito de la prestación de las empresas contratantes, y con el ejercicio de los derechos de representación de los trabajadores.

a) El principio y el fin del contrato de trabajo

El carácter consensual del contrato de trabajo que se perfecciona sin solemnidad alguna y por el sólo consentimiento de los obligados permite que, concurriendo los elementos configuradores de la relación laboral, se entienda perfeccionado el contrato y acreditada su existencia.

En la relación jurídica entre el trabajador y la ETT, la identificación del empleador no resulta de los hechos que identifican como tal a quien utiliza los servicios prestados. Es la ley la que le atribuye la calidad de empleador a la ETT. Por eso el contrato de trabajo celebrado con una ETT es, necesariamente solemne y la gran mayoría de las legislaciones exigen que conste por escrito, con las consecuencias que de ello se derivan.

Entre la usuaria y el trabajador no existe vínculo contractual del que nazcan obligaciones que extinguir. Por su parte, en el sistema de relaciones laborales en el que esta relación está inserta, la causalidad del despido está referida a circunstancias que tienen lugar en el ámbito de la empresa en la que se prestan los servicios.

En consecuencia, la concurrencia de causales de extinción de la relación laboral en el

ámbito de la empresa usuaria no produce el efecto extintivo en el contrato de trabajo celebrado con la ETT.

En el caso de ineptitud del trabajador, su impericia o falta de adaptación técnica, deberá constar en cuanto su desempeño para la ETT, empresa en la que el trabajador no presta servicios, por lo que resulta inaplicable la causal cuando los talentos profesionales o laborales deben verificarse en un ámbito extraño al de la ETT. El receptor de los servicios o usuario, no podrá invocar esta causa para poner fin a los servicios del trabajador pues al no ser empleador carece de la facultad de despedir.

El despido objetivo permite la extinción de la relación laboral ante la concurrencia de circunstancias fácticas que afectan al empleador, como el caso fortuito o la fuerza mayor. De concurrir dichas causas respecto de la empresa usuaria, no pueden invocarse para fundar la extinción del contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador cedido, aunque la prestación del servicio se haga imposible como en el caso de la destrucción de la empresa usuaria por un incendio.

Las extinciones por causas económicas, organizativas o de producción sólo proceden en la medida que se verifiquen en la ETT, siendo indiferente para estos efectos la situación de la empresa usuaria.

El despido disciplinario supone un incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador respecto de su empleador. Los hechos fundantes del despido deben configurarse respecto de la ETT y no de la empresa usuaria aunque es a esta última a quien el trabajador presta servicios; la que determina sus tareas y supervisa su ejecución.

El incumplimiento de las normas, órdenes e instrucciones dadas por el empleador en el uso de sus facultades, constituye un incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador que fundamentan un despido disciplinario.

La facultad de despedir corresponde a la ETT como empleador. La facultad de impartir instrucciones, normas y órdenes en la ejecución del trabajo se le atribuye a la empresa usuaria.

Al separarse ambas facultades, de despido y de mando en dos sujetos; la ETT y la usuaria, se rompe la relación que permite al empleador invocar su facultad de mando para justificar el despido. La ETT no podrá invocar como causa del despido, el incumplimiento del trabajador, puesto que la facultad de mando se ha transferido a un tercero que carece de poder disciplinario, cuya expresión más definitiva y clara es la facultad de despedir.

Queda en evidencia en estos pocos ejemplos que el sistema de extinción de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo conocido como causalidad del despido, resulta virtualmente inaplicable al contrato de trabajo que vincula al trabajador con la ETT, ya que las causas previstas por el legislador para extinguir el contrato de trabajo, suponen su concurrencia en el ámbito del empleador y no de un tercero.

b) La aplicación del convenio colectivo.

El principio de igualdad y no discriminación está consagrado en gran parte de las constituciones. En muchos países este principio es recogido por la legislación laboral a través del principio de igual remuneración por igual trabajo⁹.

Por aplicación de este principio parte de la jurisprudencia ha declarado la obligación de igualdad de trato entre trabajadores de la empresa usuaria y los que trabajan para ella en calidad de "cedidos" o "suministrados". Ello implica que el salario y demás condiciones de trabajo de los trabajadores de la ETT están sujetos a una condición: que no sean inferiores a los vigentes en la empresa usuaria.

En ocasiones, esta igualdad de trato es también impuesta por los convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias, que exigen la extensión de las condiciones de trabajo y remuneración para los trabajadores cedidos o suministrados, o bien que éstas no sean inferiores a las aplicables a los trabajadores de la usuaria. Ello, con el objeto de evitar una presión hacia la baja de las condiciones de los trabajadores de la empresa usuaria o su reemplazo.

Paradójicamente, parte de la doctrina niega validez a las cláusulas de los convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias, que regulan condiciones salariales y de trabajo de los trabajadores cedidos. (Sala Franco, 1999, pgs. 103 y ss.) Considerase que tal extensión excede del ámbito material posible de la negociación colectiva, al afectar a la contratación mercantil entre la E.T.T. y la empresa usuaria. También se argumenta que estas cláusulas exceden de las facultades representativas de las partes negociadoras de los convenios colectivos al afectar a E.T.T.s y trabajadores no representados por las partes contratantes. Tal posición encuentra su fundamento en la estricta lógica contractual en la que se ha insertado la relación entre trabajador y ETT.

Por último, hay legislaciones que contemplan la aplicación del convenio de la empresa usuaria a los trabajadores de las ETT, a falta de convenio propio aplicable a la ETT, así como la extensión de los beneficios sociales de la empresa usuaria a los trabajadores temporales.

En conclusión sea por la vía jurisprudencial, convencional o legal, se ha admitido, y en algunos casos se ha impuesto, la "extraterritorialidad" del convenio colectivo de la empresa usuaria.

Así, el ámbito de aplicación del convenio colectivo ya no está definido por los trabajadores de la empresa o del sector cubierto por el mismo, sino que, es posible que sea de aplicación a relaciones de trabajo que no están comprendidas dentro de su ámbito.

Resultan en consecuencia aplicables al trabajador y a la ETT, condiciones pactadas convencionalmente en contratos colectivos de los que no son parte, y la ETT resultará obligada con esos instrumentos que se han pactado en un ámbito distinto al suyo.

De esta forma, la definición convencional del salario y de las condiciones de trabajo del trabajador cedido, pactadas con su empleador en el contrato individual o definidas en el convenio colectivo, luego de su comparación, deben retraerse si resultan inferiores para hacer aplicables las condiciones pactadas en el ámbito de las relaciones laborales de una empresa que, como la usuaria, no tiene vínculo contractual con el trabajador.

c) La representación de los trabajadores y los derechos sindicales.

El sistema de representación de los trabajadores en la empresa también está previsto para ser aplicado en la unidad productiva. Es en ese espacio donde se ejercen los derechos de información y consulta, de vigilancia y control, de negociación y huelga.

La vigencia de los derechos sindicales en niveles superiores al de la empresa, también una referencia directa a esta última al ejercerse respecto de empresas agrupadas funcional o territorialmente. La representación sindical horizontal, o profesional ha tenido escaso impacto en el desarrollo del sindicalismo.

En el caso de los trabajadores suministrados, su lugar de trabajo refiere una unidad productiva en la cual no pueden ejercer sus derechos de representación, por carecer de legitimación para ello. La titularidad de estos derechos sólo se reconoce para ser ejercida respecto del empleador, o de los empleadores del respectivo colectivo en el caso de las federaciones y confederaciones.

En el ámbito de la ETT, es escasa la utilidad del derecho de representación, ante un empleador ausente y virtual.

Además resulta difícil cumplir con las normas regulatorias de la constitución, elección y

funcionamiento de los órganos de representación que fueron previstas para ser aplicadas en unidades productivas con cierta concentración de trabajadores o plantillas mínimas. El cómputo de los trabajadores de una ETT es de suyo difícil y en todo caso manejable por el empleador al tratarse de dotaciones fluctuantes. El concepto de empresa, centro de trabajo y establecimiento que son las unidades referenciales para la constitución de los órganos de representación, son también conceptos difusos en la ETT. ¿Cómo puede identificarse el centro de trabajo y los trabajadores asignados a él en una empresa como una ETT en cuyas oficinas no permanecen sino los encargados de su administración?

A su vez las legislaciones imponen a electores y candidatos ciertos requisitos de antigüedad en la empresa, también supuestos para relaciones laborales estables. La especial modalidad que adopta la prestación de los servicios del trabajador puesto a disposición, en funciones temporales, rotativas y sin contacto con sus compañeros de trabajo, hacen remoto el cumplimiento masivo de estos requisitos y el ejercicio del derecho de representación colectiva.

El ejercicio de los derechos electorales de los trabajadores, como elegir y ser elegidos, no pueden ser ejercidos en el ámbito de las empresas usuarias.

Sólo en la función de representación institucional, ejercida por las cúpulas sindicales o los sindicatos más representativos, los trabajadores de las ETTs pueden encontrar un canal eficaz, aunque su esfera de acción dice relación con la representación de los intereses globales de los trabajadores, y no con los intereses particulares de los trabajadores suministrados, intereses que en ocasiones no sólo son distintos sino que pueden llegar a ser contradictorios.

El derecho de reunión que incluye el de informar, organizarse y tomar decisiones, también es de escasa utilidad si es ejercidos en el ámbito de la ETT, proviniendo como provienen sus titulares, de tan distintos espacios laborales en las empresas usuarias.

Es por esta inadecuación que algunas legislaciones, al regular los derechos de representación de los trabajadores, han considerado la presencia de los trabajadores suministrados en el ámbito de la empresa usuaria, para atribuirles más o menos derechos de representación ante esta última. Tales soluciones no están exentas de inconsistencias pues la representación se dirige a un tercero distinto del empleador.

Así por ejemplo, Bélgica y Francia computan a los trabajadores suministrados para dimensionar la plantilla de la empresa usuaria, lo que es importante a la hora de constituir órganos de representación que exigen un mínimo de trabajadores en la respectiva unidad

productiva.

Otras legislaciones, como la italiana, reconocen el derecho de los trabajadores cedidos a ejercitar su derecho a la libertad sindical y a la actividad sindical en el ámbito de la empresa usuaria y a participar en la asamblea de los trabajadores de esta última. Asimismo consagra un derecho especial de reunión de los trabajadores cedidos en el ámbito de la ETT, y establece la obligación para la usuaria de comunicar el contenido del contrato de puesta a disposición con la ETT a los representantes de los trabajadores (Ley Treu 196/97 de 18 de junio).

España reconoce, aunque con menos amplitud, el ejercicio de algunos aspectos del derecho de representación de los trabajadores cedidos en el ámbito de la empresa usuaria. En la legislación española se reconoce el derecho de los trabajadores cedidos a formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en el ámbito de la empresa usuaria a través de los representantes de los trabajadores de esta última, aunque esta nueva función no incrementa el crédito horario de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria. Por su parte, la empresa usuaria está obligada a entregar la copia básica de los contratos de los trabajadores cedidos a los representantes de los trabajadores. (Arts. 9 y 17 Ley 14/94).

En Argentina, el trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la convención colectiva y será representado por el sindicato de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria (Ley Nacional de Empleo, Nº 24.013, Art. 76). En cualquier caso, las legislaciones avanzan tímidamente hacia una extensión de los derechos de representación que desbordan el ámbito de la empresa o del sector, para establecerse allí donde el trabajador preste sus servicios y respecto de quien los preste independientemente de su vínculo laboral y de la vigencia de sus derechos colectivos en relación con su empleador formal.

Ello empieza a describir un sistema de representación a dos bandas; el que conocemos y se organiza en base a la relación contractual que en este caso mantiene el trabajador con la ETT y otra, probablemente la que en el futuro tenga mayor contenido, que se reconoce a los trabajadores suministrados en el espacio productivo en el que prestan servicios.

El derecho a negociar convenios colectivos de los trabajadores de las ETTs pierde gran parte de su contenido clásico. El convenio colectivo es un instrumento regulador de las condiciones comunes de remuneración y de trabajo para un determinado colectivo de trabajadores y los trabajadores de las ETTs, por la naturaleza de su relación, carecen de tal comunidad de intereses. Así por ejemplo, la ETT no puede obligarse a través del

convenio colectivo a un sistema de distribución del tiempo de trabajo que no sea compatible con los horarios y descansos que imperan en las usuarias o respecto de las condiciones materiales de trabajo, de higiene y seguridad donde se materializan las prestaciones laborales.

El derecho a huelga es también un derecho más declarativo que real entre los trabajadores de las ETT. Sus consecuencias no están previstas en el modelo contractualista. La abstención de trabajar en virtud del ejercicio del derecho a huelga se ejerce respecto del empleador, la ETT, sin embargo se verifica en la empresa usuaria. ¿Debe la empresa usuaria soportar los efectos de una huelga acordada fuera de su ámbito? ¿Es la huelga de los trabajadores de la ETT una causa para extinguir las obligaciones de la usuaria con la ETT? ¿Tiene dicha extinción consecuencias en el contrato de trabajo?

Todas estas preguntas no tienen respuestas adecuadas en la lógica del contrato bilateral y exigen una solución que permita el reconocimiento de los derechos de los trabajadores.

7. La declinación del contrato de trabajo y los desafíos

La prestación de servicios a través de un empleador interpuesto como la ETT, es una de las varias expresiones de la escasa cobertura del sistema de tutelas, producto de la progresiva deslaboralización del trabajo humano.

Se suman a la creciente magnitud de la contratación vía ETTs, otras categorías de trabajadores que han quedado al margen de la cobertura de la tutela legal por no configurarse a su respecto con precisión la subordinación o la dependencia exigida por el derecho del trabajo para su aplicación.

Entre el trabajador "dependiente", incluido en la esfera de aplicación de la legislación tutelar y de seguridad social, y el "independiente", excluido de tal tutela, excepto por algunas instituciones de la seguridad social previstas para los trabajadores independientes, han surgido relaciones que se ubican en la frontera entre ambas calidades, sea porque la "dependencia y subordinación" resulta menos evidente con el avance de la técnica y la mayor calificación de los trabajadores, sea porque el clásico trabajador "independiente" ha perdido parte importante de su libertad contractual en un mercado de alta concentración monopólica, en el que sus servicios no circulan bajo los supuestos de la oferta y la demanda y donde en muchos casos presta servicios a un único empresario.

En esta frontera se ubican trabajadores que se han definido como falsos autónomos y para - dependientes, todos trabajadores que son económicamente dependientes de su labor, es decir, que viven de su trabajo y que en consecuencia no están en condiciones de igualdad al transar sus servicios en el mercado. En esta categoría se inscriben incluso micro empresarios cuya labor, ingresos y necesidad de protección, no se distinguen en gran cosa de los asalariados. **El autoempleo es estimulado por los gobiernos y organismos internacionales como la OIT y la UE como formas de sortear el desempleo, modalidad de trabajo que incrementa al creciente número de trabajadores excluidos de la tutela legal que ofrece el derecho del trabajo.**

El contrato bilateral y sinalagmático que ha caracterizado la relación laboral durante la era industrial, ya no es el instrumento más eficaz para garantizar la hoy más que nunca, necesaria tutela del trabajador, tanto porque un número creciente de trabajadores no celebran contratos de trabajo para realizar su actividad, como porque muchos de aquellos que aún están vinculados por un contrato de trabajo se desempeñan en escenarios en los que la tutela del derecho del trabajo resulta disminuida.

Era un supuesto del modelo contractualista que tanto el trabajo como el capital se identificaran con personas que se obligaban recíprocamente. **Hoy el capital se ha despersonalizado, transita con velocidad de vértigo de un sujeto a otro, sujetos cada vez menos identificables con personas que se comprometen y obligan, conceptos que están en la base del contrato.**

El trabajo en cambio, sigue estando referido a personas humanas, aunque estas nuevas formas que ha adoptado pretendan separar a la persona del trabajador de su actividad, el trabajo. En la actividad laboral está *involucrada* la persona del trabajador. No pueden separarse como pretende la figura triangular. Eso determina que la tutela del trabajador se extienda a su trabajo y alcance el espacio en el que presta servicios.

Pero los fundamentos que dieron origen al derecho del trabajo tienen hoy tanta vigencia como ayer. Las relaciones entre el trabajo y el capital son hoy tanto o más desequilibradas que lo que lo eran en los tiempos de las primeras leyes sociales. **La función de la legislación seguirá siendo la protección del trabajador para reequilibrar en lo jurídico el desequilibrio real del poder de las partes.**

En su momento el contrato resultó la figura jurídica más adecuada para sustentar la relación laboral, y el derecho laboral fue el instrumento adecuado para garantizar el equilibrio entre los contratantes. Hoy es un instrumento disminuido en cobertura y en eficacia, lo que exige "aggiornar" el marco jurídico del trabajo humano.

La institucionalidad aplicable al trabajo debe cumplir con algunos requisitos que den cuenta del escenario en que se desarrolla este trabajo para garantizar la eficacia de los derechos que se reconocen a las partes.

Entre estos requisitos debe considerarse que el elenco de derechos de los trabajadores ya no sean exigibles sólo respecto del empleador, figura cada vez más difícil de precisar como sujeto obligado o titular de responsabilidades. Debe avanzarse en un sistema de reconocimiento de derechos exigibles independientemente del empresario. Una expresión de ello son los Fondos de Garantía Salarial que en algunos países garantizan el pago de prestaciones salariales, acreditada que esté la deuda y sin sujeción a la identidad, existencia o solvencia del empresario obligado.

También puede ser de interés en este esfuerzo que obligadamente habrá de enfrentarse más tarde o más temprano, el diseño de un régimen estatutario flexible del trabajo, estatuto en el una vez concertada la relación laboral, resulte de aplicación a los trabajadores y empleadores ya no en relaciones contractuales.

** Nuestro agradecimiento al Grupo Bologna/Castilla La Mancha por la oportunidad de presentar y divulgar el presente trabajo

* Las negritas son del editor

1 Las agencias de colocación o bolsas de trabajo nacen antes de la Segunda Guerra Mundial y proliferan enormemente en sus finales, constituyendo un paradigma de abuso en la contratación laboral, en tanto se especulaba con las urgentes necesidades de empleo de las personas. La situación dio origen al Convenio N°34 de la OIT (1933), que dispuso suprimir las agencias retribuidas de colocación.

2 La Confederation Internationale des Entreprises de Travail Temporaire (CIETT) publica estadísticas anuales del número de trabajadores colocados a través de ETTs, sistemáticamente desde 1996, en los países de la Unión Europea, Estados Unidos, Japón y, últimamente en América Latina y Sud Africa. La información se refiere al segmento del empleo temporario y en su versión formalizada, en tanto otras formas de colocación a través de terceros son generalmente rechazadas, explícita o tácitamente, por la normativa laboral de los distintos países por lo que entran en el terreno de la simulación o el fraude laboral y su existencia se esconde y no se registra en estadísticas oficiales. Cabe señalar, asimismo, que esta organización empresarial no alcanza a recoger la información de todos los países, en particular, de aquellos donde el mercado abierto del giro es recién emergente.

3 En todos los países de la Unión Europea, con excepción de Grecia, y varios de América Latina, incluyendo a Brasil, Argentina, Perú, Colombia y Venezuela.

4 En Francia en 1986 la frecuencia de accidentes entre trabajadores de ETT fue de 12,1% ante un índice general del 5,2%. En Alemania esta frecuencia es entre 1,5 y 4 veces superior entre los trabajadores de ETT y se atribuye a la inexperiencia del trabajador y a su falta de integración al lugar de trabajo. Comisión de las Comunidades Europeas. Com. (90) 228 final - SYN 280 y SYN 281, pgs. 34 a 36, Bruselas, 1990.

Estos antecedentes coinciden además con la externalización que hacen las empresas de las labores más peligrosas, lo que motivó en varios países que se prohibiera la contratación a través de ETT en varios sectores productivos como construcción, puertos y minería principalmente. En Francia se prohíbe genéricamente el trabajo temporal en faenas peligrosas y en España la empresa usuaria es directamente responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo. A lo anterior se agrega que es en materia de salud y seguridad en el trabajo donde más difuso se hace el límite de la responsabilidad de las empresas que intervienen en la relación triangular de trabajo.

5 La Declaración de Filadelfia es parte de la Constitución de la OIT y fue adoptada en la 26° Conferencia celebrada en 1944.

6 El reconocimiento expreso de las empresas de trabajo temporal a nivel europeo se encuentra en la Directiva del Consejo por la que se completan las medidas tendientes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal Nº91/383/CEE de 25.06.91. Es complementaria de la Directiva Marco sobre el tema de salud y seguridad en el Trabajo Nº 89/391/CEE, y enfatiza más esos aspectos que la naturaleza y expresiones del trabajo temporal.. Su artículo 1° establece: "La presente directiva se aplicará a: 2) toda relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o establecimiento usuarios."

La mayor parte de las legislaciones han puesto, en términos generales, tres exigencias al desarrollo de esta actividad y a estas empresas. La primera es que sea ejercida por entidades solventes, con una estructura organizacional adecuada, que garanticen que responderá, de las obligaciones salariales y de seguridad social frente a los trabajadores. La segunda, que cuenten con autorización administrativa. Y la tercera, que los servicios que prestará el personal sean efectivamente temporales, transitorios. Esta última condición, que nos parece clave, se ha buscado asegurar a través de dos formas.

De una parte, definiendo el tipo de actividades que pueden ser realizadas por trabajadores temporales, por ejemplo: ejecución de trabajos eventuales por aumentos estacionales u ocasionales de la producción; realización de una obra o servicio determinado, mientras éstos duren; sustitución del ausentismo laboral, con reserva del puesto de trabajo en casos de maternidad, accidente o enfermedad.

De otra, estableciendo directamente unidades de tiempo límites a las prestaciones y los contratos. Por ejemplo, 3 a 6 meses en Bélgica, no más de 3 meses y no renovable en Dinamarca, 9 meses a 1 año en Alemania. de

servicios a través de una ETT y permite contemplar esta relación laboral sui generis.

7 El Convenio N° 181 revisa el Convenio N° 96. En su texto, se incluye una definición de las ETT y de los servicios que presta: "toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno a más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo: b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución". (Art. 1.1.b). Es de observar que esta definición, así como la acuñada por la Unión Europea en la respectiva directiva, no supone la temporalidad en la prestación de estos servicios. El Convenio N° 181 entró en vigencia el 10 de Mayo del 2000.

8 El convenio 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas que bajo este concepto describe tanto a las agencias de colocación como a las empresas de trabajo temporal, establece en su artículo 7° que: "1.- Las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario ni tarifa.

9 En cuanto al costo directo en remuneraciones, Bélgica, Francia, los Países Bajos, Portugal y recientemente España garantizan igualdad de condiciones de trabajo y remuneración a los trabajadores de las ETT y a los de la usuaria. Dinamarca, Alemania y Luxemburgo garantizan esta igualdad entre trabajadores similares a los de la ETT.

Bibliografía

1. BAKKENIST MANAGEMENT CONSULTANTS para CIETT. Temporary Work Businesses in the Countries of the European Union, Bélgica, 1998.
2. BAYLOS GRAU, A. Las relaciones laborales del trabajador con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal. Cuadernos de Derecho Judicial, N° 1, separata, CGPJ, Madrid, 1995.
3. CIETT, Report of Activities, Bélgica, 1998 y 1999.
4. ECHEVERRÍA, M. y URIBE-ECHEVARRÍA, V.. "**Condiciones de trabajo en sistemas de subcontratación**", Documento de Trabajo N° 81, OIT, Santiago, 1998.
5. ECHEVERRÍA, M., URIBE-ECHEVARRÍA, V., SOLÍS, V.. "**El otro trabajo. El suministro de personas en las empresas**". Cuaderno de Investigación N° 7, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1998.

6. ERMIDA, O. Presentación en Varios Autores, ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Serie Cuadernos de Investigación. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Chile. 1999.
7. FERES, HENRIQUEZ Y UGARTE, Estudio Nacional de Chile, documento preparado para la OIT, Santiago, 1999.
8. FRANCIA. El trabajo a tiempo parcial y la prejubilación progresiva. Documento facilitado por la Consejería Laboral y de Asuntos Sociales de la Embajada de España en Francia.
9. ITALIA Pacto tripartito en busca de la creación de empleo. Boletín de información sociolaboral internacional. Madrid, 1999.
10. LOPEZ BALAGUER, M. **“La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: Aspectos individuales y colectivos”**. Tesis Doctoral. Valencia. 1999.
11. OIT. Informe sobre el empleo en el mundo 1998-1999. Empleabilidad y mundialización. Papel fundamental de la formación, Ginebra, 1998.
- 12 OIT. Trabajo Decente, Memoria del Director General, Ginebra, 1999.
13. PAISES BAJOS. La nueva legislación fomenta el trabajo flexible. Boletín de información sociolaboral internacional. Madrid, 1999.
14. PEREZ ESPINOZA. F. **“Las empresas de trabajo temporal: en medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”**, en Valdes Dal-Re, F. (Dir.) La reforma del mercado laboral, Lex Nova, 1994.
15. REINARDO GAJEWSKI. **“La externalización de servicios y la vulneración de los deberes y derechos del empleador y del trabajador: la simulación dolosa del contrato de trabajo”**. Ponencia al IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998.
16. REINO UNIDO. Las agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. Documento facilitado por la Consejería Laboral y de Asuntos sociales de la Embajada de España en el Reino Unido. Boletín de Información sociolaboral internacional N° 51.

17. RIFKIN, JEREMY. El fin del trabajo, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996.
18. RODRIGUEZ – PIÑERO ROYO, M. Empresas de Trabajo Temporal y Negociación Colectiva, en Estructura de la Negociación Colectiva. VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. Madrid, 1995.
19. SALA FRANCO, T. **“Las empresas de trabajo temporal tras cuatro años de su implantación en España”**, en ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Cuaderno de Investigación Nº 10, Dirección del Trabajo, 1999.
20. UNIÓN EUROPEA. Informe conjunto sobre el empleo. Documento de la Comisión, Bruselas, 1999.
21. VARIOS AUTORES. ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Serie Cuadernos de Investigación. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo Chile, 1999.