

## **TERCERIZACIÓN MEDIANTE EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES.**

### **UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO**

#### *ÍNDICE*

- I.- **TRABAJADORES DE EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES: LA PROBLEMÁTICA EN CLAVE COLECTIVA** (pp. 1 y 2)
- II.- **¿POR QUÉ HABLAMOS DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EVENTUALES?** (pp. 3-5)
- III.- **PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN ANÁLISIS** (pp. 5-10)
- 1.- El sujeto empleador (pp. 5-7)
  - 2.- Continuidad del contrato, discontinuidad de la prestación y algunas otras particularidades de la figura (pp. 8 y 9)
  - 3.- Supuestos de habilitación para la utilización de la figura (p. 9)
  - 4.- Duración de la prestación de tareas en la 'empresa usuaria' (pp. 9 y 10)
- IV.- **¿QUÉ SUCEDE CON LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES DE EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES?** (pp. 10-16)
- 1.- Será representado por el sindicato que representa a los trabajadores la empresa usuaria (pp. 10-15)
    - a) De la propia asociación sindical (pp. 11-13)
    - b) Del delegado de personal (pp. 13-15)
  - 2.- Estará regido por la convención colectiva de trabajo aplicable a los trabajadores de la empresa usuaria (p. 15)
  - 3.- Gozará de la misma obra social de la que gozan los trabajadores de la empresa usuaria (pp. 15 y 16)
- V.- **EL PROBLEMA RESPECTO DE LA LIBERTAD SINDICAL** (pp. 16-18)
- VI.- **REPROCHE A LA IMPOSICIÓN LEGAL DE UNA CONVENCION COLECTIVA NO NEGOCIADA** (pp. 18 y 19)
- VII.- **REPRESENTACIÓN DE LOS 'TRABAJADORES EVENTUALES PROVISTOS' POR LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE EMPLEADOS DE COMERCIO: entre dudas y contradicciones** (pp. 19-21)
- VIII.- **LINEAMIENTOS BÁSICOS PARA UNA APROPIADA RECONSTRUCCIÓN DE LA FIGURA CONTRACTUAL** (pp. 21-26)
- 1.- Definición del sujeto empleador (pp. 21 y 22)
  - 2.- La representación sindical del 'trabajador eventual provisto' en la empresa (pp. 22-24)
  - 3.- Las normas autónomas aplicables a la relación de trabajo (pp. 24 y 25)
  - 4.- La obra social de los 'trabajadores eventuales provistos' (pp. 25 y 26)
- IX.- **ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES** (p. 26)

#### *INTRODUCCIÓN*

### **I.- TRABAJADORES DE EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES: LA PROBLEMÁTICA EN CLAVE COLECTIVA**

Las 'empresas de servicios eventuales' -también llamadas 'empresas de trabajo temporal' (ETT)- han generado, desde sus mismos orígenes, un gran rechazo en el mundo del Derecho del Trabajo. No sólo por la situación de protección matizada en la que colocan al trabajador<sup>1</sup>, sino, además, por los problemas técnico-jurídicos que su irrupción en el mundo del trabajo ha generado.

Es que el sismo que la aparición de la 'empresa de servicios eventuales' (en adelante, ESE) provoca sobre el concepto clásico de contrato laboral, erigido encima de una relación bipartita, *trabajador-dador de trabajo*<sup>2</sup>, pone en crisis la figura del típico "empleador"<sup>3</sup>.

La intromisión de un tercero empresario en aquella relación tradicional; la delegación o reparto entre dos sujetos de poderes, facultades y obligaciones que antes poseía uno solo -el empleador típico-; y la circulación del trabajador por distintas actividades económicas, dentro de un mismo contrato de trabajo; son problemas, todos ellos, que el joven Derecho del Trabajo tuvo que intentar resolver.

En una referencia histórica sumamente sintética, las ESE transitaron la prohibición, luego la tolerancia, y más tarde la aceptación de las Normas Internacionales del Trabajo<sup>4</sup>. Nuestro derecho interno realizó otro recorrido que desde la prohibición legal, pasó por la aceptación absoluta y concluyó con una aceptación reglamentada<sup>5</sup>.

No obstante el rechazo que las ESE puedan seguir ocasionando, la intensa presencia en el mercado de este tipo de empresas y la recepción normativa de la actividad nos obliga a desarrollar una mejora del marco regulatorio que, cuando menos, tienda a morigerar los efectos disvaliosos que el tipo de tercerización que nos ocupa produce sobre el trabajador.

Nuestra legislación admite las ESE, las regula, y lo hace de un modo particular. Es sobre la base de ese modo de regulación que habré de avanzar a lo largo de este trabajo.

Pese al indudable progreso legislativo, la figura de las ESE no deja de suscitar problemas técnicos y discusiones científicas, no sólo ceñidos a las dificultades que mencioné párrafos arriba, sino también vinculados a los derechos colectivos de los trabajadores contratados por las ESE.

En las siguientes líneas intentaré ocuparme de esta última cuestión, procurando, también, examinar otros aspectos de la *tercerización de trabajo eventual* que, directa o indirectamente, impactan sobre aquel objeto de estudio.

## TRATAMIENTO DEL TEMA

## **II.- ¿POR QUÉ HABLAMOS DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EVENTUALES?**

El término "tercerización" nos enfrenta a una figura triangular que tiene lugar en determinado proceso productivo, caracterizada, a grandes rasgos, por la aparición de un tercero (la "nueva empresa") que entra en relación con la empresa que externaliza y los trabajadores de ambas<sup>6</sup>.

En el caso particular de los servicios eventuales, los vértices del triángulo son ocupados por la 'empresa usuaria', demandante de los servicios; por la 'empresa proveedora', quien suministra mano de obra a la primera; y, finalmente, por el trabajador provisto por la 'empresa auxiliar' para prestar servicios eventuales en la 'empresa principal'<sup>7</sup>.

Ese trabajador que integra la peculiar relación en estudio es contratado por la ESE y considerado dependiente de ésta. El asalariado sigue integrando el plantel de la 'empresa proveedora', sin perjuicio de ser cedido a otra (usuaria) en la que, temporalmente, prestará servicios<sup>8</sup>. *"En definitiva, las empresas que utilizan mano de obra de las empresas de servicios eventuales, descentralizan, externalizan, o tercerizan la relación laboral"*<sup>9</sup>.

En el caso argentino, las exigencias de la coyuntura, la transitoriedad u ocasionalidad, son elementos que *"...se combinan con el criterio de la actividad [...] para flexibilizar la consideración de la actividad principal y hacerla sujeto de tercerización"*<sup>10</sup>. En efecto, el principio general de no tercerización de la actividad principal de la empresa, encuentra una excepción configurada por el carácter eventual de los servicios objeto del contrato.

En cuanto al lugar en donde se materializa la tercerización, la doctrina distingue entre "tercerización interna" y "tercerización externa"<sup>11</sup>. Así, la tercerización de servicios eventuales se enlista en la primera de las referidas figuras, pues el trabajador desarrolla su labor (temporaria) dentro de la 'empresa usuaria' (en adelante, EU).

La contratación de empresas de servicios eventuales es, en efecto, una de las modalidades principales de tercerización<sup>12</sup>, habilitada legalmente en virtud de lo dispuesto por el art. 29 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Las mentadas empresas de servicios eventuales *"...sólo pueden proveer trabajadores a los efectos de atender los siguientes requerimientos: reemplazo*

*de trabajador ausente, suspendido o en uso de licencia (salvo huelga, fuerza mayor o falta de trabajo); incremento ocasional y extraordinario de la actividad de la empresa; organización de congresos, conferencias, ferias y exposiciones; trabajos urgentes para prevenir accidentes o peligros que no puedan ser atendidos por el personal permanente; y en general, para la atención de necesidades extraordinarias o transitorias que demanden la ejecución de tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria*"<sup>13</sup>.

De este modo, el trabajador provisto por la 'empresa de servicios eventuales' se inserta temporalmente en la estructura empresarial de la 'empresa usuaria'. Sin embargo, su empleador (en términos contractuales) seguirá siendo la empresa proveedora; la demandante sólo será solidariamente responsable, junto al empleador del 'trabajador eventual provisto' (en adelante, TEP) por el incumplimiento de obligaciones patronales, mientras dure la prestación de servicios en su empresa.

Las ESE se distinguen de las simples empresas de colocación de personal, en primer lugar, porque el objeto de la contratación es "eventual"; y, asimismo, en que aquéllas toman a su cargo la contratación del trabajador<sup>14</sup>. *"De esta manera, no estarían lisa y llanamente intermediando a cambio de una retribución en la contratación de trabajadores, sino dando el servicio de provisión de trabajadores propios a terceros (empresas usuarias)"*<sup>15</sup>.

Si bien algunos autores entienden que las ESE son simples intermediarias, considero que dicha calificación es inexacta. Sin perjuicio de la desconfianza con que pueda mirarse a este tipo de empresas, producto, quizá, *"del estigma filiatorio que las vincula con las agencias de colocación, paradigma histórico del abuso en la contratación laboral"*<sup>16</sup>, lo cierto es que la aceptación y regulación legal del contrato de trabajo en estudio propone una verdadera tercerización<sup>17</sup>. Quiero decir que si aceptamos que la empleadora del TEP es la ESE y no la EU -quien sólo tendrá responsabilidad solidaria en cuanto a las obligaciones laborales, sin que se la considere empleadora directa del asalariado-, resulta incompatible asignarles a las ESE el mote de intermediarias.

La Oficina Internacional del Trabajo, de la OIT, expresa que por "tercerización" ha de entenderse *"una relación de trabajo triangular que involucra a un trabajador que presta servicios en una empresa, pero que no es*

*trabajador de dicha empresa sino de una sociedad exterior, ya sea una agencia de servicio temporal, un contratista o una cooperativa de trabajo asociado"*<sup>18</sup>.

### **III.- PARTICULARIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN ANÁLISIS**

En el presente capítulo me propongo resaltar los rasgos más característicos de la relación triangular antes definida, en lo que hace al contrato de trabajo. No desarrollaré los métodos de fraude llevados a cabo a través de la utilización de la figura en estudio, puesto que ello excede el marco de análisis de este trabajo. Únicamente me limitaré a describir lo que es dable esperar del mentado vínculo, conforme su regulación legal.

#### **1. El sujeto empleador**

En cuanto a la identificación del sujeto empleador del TEP se discute, aún hoy, quién debe ser considerado como tal. Es que la propia norma heterónoma, de reprochable técnica legislativa, contribuye a la confusión.

El art. 29 bis comienza diciendo que "*El **empleador** que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales*". He aquí el primero de los errores técnicos de la ley.

En efecto, si la empresa usuaria es considerada empleadora no es, entonces, sólo corresponsable con la ESE por las obligaciones laborales respecto del TEP. Si la usuaria fuese una verdadera empleadora sería directamente responsable por dichas obligaciones.

Pese a su obviedad, es necesario resaltar que donde no hay contrato de trabajo no hay empleador, en los términos de la LCT.

Este cuerpo normativo dispone que "*Se considera "empleador" a la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que **requiera los servicios de un trabajador***" (art. 26). Luego, en relación al concepto de contrato de trabajo, establece: "*El contrato de trabajo tendrá por **objeto** la prestación de una actividad **personal e infungible, indeterminada o determinada...***" (art. 37).

En este sentido, pretendo hacer notar que el especial vínculo en análisis se halla compuesto por dos contratos diferentes. Uno de ellos entre el TEP y la

ESE, en donde la 'empresa usuaria' no es parte. El otro contrato, se encuentra celebrado entre la ESE y la 'empresa usuaria', en donde el trabajador (en su carácter personal) no es parte. La única persona titular de ambos contratos es la ESE.

Es por ello que, a mi entender y en los términos del art. 26 de la LCT, la 'empresa usuaria' no requiere (jurídicamente hablando) de los servicios del trabajador, sino que requiere de los servicios de la ESE, quien le proporciona a la 'empresa usuaria' un trabajador para cubrir la eventualidad causante del vínculo contractual entre empresas. Entiendo, sin embargo, que todavía puede no ser clara la diferencia que procuro señalar.

El art. 37 del RCT es el que, a mi criterio, termina de zanjar la cuestión. Si como lo establece esta norma, el objeto del contrato de trabajo es la prestación de una actividad de carácter personal e infungible, automáticamente se colige la inexistencia de un contrato de trabajo entre el TEP y la 'empresa usuaria'. Ergo, la EU es extraña a la figura de "empleador", lugar que indudablemente ocupa la ESE.

Nótese que si, por la razón que fuera, el contrato de trabajo entre el TEP y la ESE se extingue y, consecuentemente, el trabajador deja de prestar servicios en la 'empresa usuaria', la obligación contractual que la ESE tiene con la EU no se extingue. La empresa proveedora debe, en todo caso, suministrar a otro de sus trabajadores para cumplir con su obligación para con la EU. Es decir que el carácter personal e infungible del contrato de trabajo no se presenta en este caso; sencillamente, no hay contrato de trabajo ni entre las empresas ni entre el TEP y la EU, por lo que mal puede considerarse a la EU empleadora del trabajador.

Es por todo ello que sostengo, insisto, que la técnica legislativa utilizada en la redacción del art. 29 bis, primera parte, es defectuosa y confusa, pues no debió emplear el vocablo "empleador" para referirse a la empresa demandante. Esta última es sólo solidariamente responsable con la ESE respecto de las obligaciones del contrato de trabajo estudiado, y únicamente en relación al plazo que dure la prestación de servicios del TEP en la EU.

Como atinadamente se ha señalado, *"el contrato de trabajo no admite la intervención de terceros en su configuración legal. Vale decir que, aun en los casos de las relaciones triangulares de trabajo, la contratación mantiene su*

*fisonomía bipartita*"<sup>19</sup>. La 'empresa usuaria' "...sin ostentar la calidad de empleador posee –no obstante- algunas facultades propias de éste, fundamentalmente en lo que respecta a la organización y dirección del trabajo. En puridad, se trataría de poderes ex lege que el tercero ejerce sobre el trabajador dependiente de otra empresa, que se encuentra integrado a su estructura productiva"<sup>20</sup>.

Por mi parte, entiendo que la ESE delega temporalmente algunos de sus poderes (de organización y dirección) a la EU. No obstante, se ha dicho que "no se puede delegar lo que no se tiene"<sup>21</sup>, haciendo alusión a la carencia de la ESE de los poderes de organización y dirección, posición que no comparto. El contenido del deber de prestar trabajo, en cabeza del TEP, se adapta a las necesidades de la empresa y el poder de dirección y organización se constituye en el corolario indispensable de aquel deber de prestación de trabajo<sup>22</sup>. Tal es el poder de dirección y organización de la ESE, que es ella quien decide el lugar (la EU) donde el trabajador será provisto y mantiene el poder disciplinario. Al momento en que el TEP deja de prestar tareas en la sede de la empresa demandante, la ESE recupera todos y cada uno de los poderes delegados.

Sólo a mayor abundamiento, he de hacer notar que el art. 29 de la LCT – que regla la figura de simple intermediación- dispone que "Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación". Aquí, claro está, la empresa demandante es considerada la verdadera empleadora del trabajador provisto.

En el caso de las ESE, el mismo art. 29 formula una excepción a la regla al establecer que "Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente contínuo o discontinuo, con dichas empresas" (párr. sust. por art. 75, LNE). La excepción formulada habla a las claras del rechazo de la figura de empleador para designar a la 'empresa usuaria' quien, por oposición a la regla general, no será considerada empleadora directa del TEP.

## **2.- Continuidad del contrato, discontinuidad de la prestación y algunas otras particularidades de la figura**

El contrato de trabajo celebrado entre la ESE y el TEP tiene carácter "permanente discontinuo" (conf. art. 4°, dec. PEN N° 1694/2006).

Es decir que este contrato de trabajo posee vocación de continuidad, sin perjuicio de la discontinuidad en la prestación de tareas. Como bien sostiene GOLDIN, "no es que la indeterminación del plazo del contrato garantice su continuidad. Se trata de que esa indeterminación expresa la mayor vocación de continuidad; en un contrato de duración indeterminada, la continuidad del contrato de trabajo no está necesariamente garantizada, pero al menos, es posible"<sup>23</sup>.

El art. 5° del citado decreto establece cuáles serán los plazos máximos de los períodos de suspensión entre asignaciones de tareas: "a) *El período de suspensión entre las asignaciones para prestar servicios bajo la modalidad eventual en las empresas usuarias, no podrá superar los CUARENTA Y CINCO (45) días corridos o los NOVENTA (90) días, alternados en UN (1) año aniversario*".

Asimismo, dispone qué condiciones de empleo podrán ser modificadas en la nueva asignación de tareas y cuáles no: "b) *El nuevo destino de trabajo que otorgue la empresa de servicios eventuales podrá comprender otra actividad o convenio colectivo sin menoscabo de los derechos correspondientes del trabajador.* c) *El nuevo destino de trabajo que otorgue la empresa de servicios eventuales podrá modificar el régimen horario, pero el trabajador no estará obligado a aceptar un trabajo nocturno o insalubre, o a tiempo total o parcial cuando no lo haya aceptado anteriormente.* d) *El lugar de prestación de tareas deberá estar comprendido dentro de un radio de TREINTA (30) kilómetros del domicilio del trabajador.* e) *Durante el período de suspensión, previsto en el inciso a), la empresa de servicios eventuales deberá notificar al trabajador, por telegrama colacionado o carta documento, su nuevo destino laboral, informándole nombre y domicilio de la empresa usuaria donde deberá presentarse a prestar servicios, categoría laboral, régimen de remuneraciones y horario de trabajo*".

Finalmente, el citado art. determina algunas causales especiales de extinción del vínculo laboral, y sus consecuencias: "f) *Transcurrido el plazo*

máximo fijado en el inciso a) sin que la empresa de servicios eventuales hubiera asignado al trabajador nuevo destino, éste podrá denunciar el contrato de trabajo, previa intimación en forma fehaciente por un plazo de VEINTICUATRO (24) horas, haciéndose acreedor de las indemnizaciones que correspondan por despido sin justa causa y por falta de preaviso. g) En caso de que la empresa de servicios eventuales hubiese asignado al trabajador nuevo destino laboral en forma fehaciente, y el mismo no retome sus tareas en el término de CUARENTA Y OCHO (48) horas, la empresa de servicios eventuales podrá denunciar el contrato de trabajo en los términos y condiciones previstos en el artículo 244 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones".

### **3.- Supuestos de habilitación para la utilización de la figura**

El art. 6° del dec. 1694/06, enumera una amplia gama de supuestos que habilitan a la ESE a asignar trabajadores a las EU y algunas pocas prohibiciones, al disponer que "La empresa de servicios eventuales sólo podrá asignar trabajadores a las empresas usuarias, cuando los requerimientos de las segundas tengan por causa exclusiva alguna de las siguientes circunstancias: a) Ante la ausencia de un trabajador permanente, durante ese período. b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo. c) Cuando se tratase de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores. d) Cuando deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones. e) Cuando se requiera la ejecución inaplazable de un trabajo para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria. f) En general, cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria".

### **4.- Duración de la prestación de tareas en la EU**

Para que la figura contractual empleada no se convierta en una modalidad fraudulenta, considero que, en cuanto a la prestación de tareas en la EU, son aplicables los plazos máximos establecidos en la LNE, arts. 69 y 72.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los plazos máximos allí establecidos corresponden a una misma eventualidad, y que, frente a cada nueva eventualidad que se presente, los plazos serán individualmente considerados<sup>24</sup>.

#### **IV.- ¿QUÉ SUCEDE CON LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES DEPENDIENTES DE EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES?**

El art. 29 bis de la LCT preceptúa que *"El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria"*.

La norma transcripta apunta ostensiblemente a intentar asegurarle al trabajador dependiente de la 'empresa de servicios eventuales' condiciones de trabajo parcialmente idénticas a las del dependiente de la 'empresa usuaria'.

En este sentido, son dos las cuestiones que procuraré analizar: en primer lugar, si efectivamente el trabajador suministrado por la proveedora alcanza las mismas condiciones de labor que el dependiente de la 'empresa usuaria'. En segundo lugar, si ello es deseable para el trabajador del peculiar vínculo en estudio.

##### ***1.- Será representado por el sindicato que representa a los trabajadores la 'empresa usuaria'***

El primero de los puntos que me interesa estudiar es el relativo a la representación de los trabajadores dependientes de empresas de servicios eventuales.

Como lo adelanté líneas atrás, el art. 29 bis del RCT dispone que el TEP estará representado por el sindicato que representa a los dependientes de la EU en donde aquél desarrolle su labor.

Son muchos los problemas que ello plantea.

a) **De la propia asociación sindical**

Es sabido que la organización sindical de que se trate tiene por objeto (en los términos del art. 11 del Convenio 87 de la OIT) fomentar y defender los intereses de la categoría de trabajadores que representa o, al menos, efectuar dicha defensa (según lo establece el art. 2º de la LAS).

Me pregunto, pues, si una organización sindical dedicada ordinariamente a fomentar y defender los intereses de una determinada categoría de trabajadores, efectivamente representa a otros asalariados destinados a prestar servicios sólo temporalmente dentro del ámbito de su representación y que, asimismo, están determinados a deambular por diferentes actividades, en el marco de un mismo contrato de trabajo.

Pareciera que el "plan de acción" de una organización así entendida, no está formulado en función de los intereses de este tipo especial de asalariados. Los sindicatos tienden, naturalmente, a privilegiar los intereses de los trabajadores de la actividad o categoría sobre la que operan, en torno a contratos de trabajo que, mayoritariamente, están destinados a permanecer en el marco de esa misma actividad o categoría, dentro de una misma empresa.

Las especificidades del vínculo laboral en análisis (descriptas en el capítulo III), parecen serle ajenas, insisto, al "plan de acción" de la asociación sindical que representará (al menos en términos formales) al trabajador individual en cuestión. Me refiero al trabajador individualmente considerado puesto que, como ya se habrá advertido, a través del sistema de representación dispuesto por la ley, no existe una defensa del interés del colectivo de asalariados dependientes de 'empresas de servicios eventuales'.

La referida representación únicamente entra en juego cuando el subordinado comienza a prestar servicios en determinada 'empresa usuaria' y, va de suyo, se extingue junto con la finalización del suministro de tareas eventuales por parte de dicho trabajador en aquella empresa.

La imposición legal de una determinada representación sindical parece desalentar cualquier intento de sindicalización por parte de los TEP.

En consecuencia, y sin perjuicio de la deficiente representación durante el tiempo de prestación de tareas, en el resto de los momentos del contrato de trabajo el trabajador carece, lisa y llanamente, de representación sindical o, cuando menos, de la misma representación sindical.

Sostiene GOLDIN que *“La acción de los sindicatos al interior de las empresas usuarias puede contribuir de modo decisivo a que las ETT restrinjan su actuación a los límites de su objeto. Es cierto que por sus propias características, el de los temporeros es un colectivo que no puede acceder fácilmente a una sindicalización específica. Por otra parte, los temporeros conforman una categoría que no se identifica principalmente por su profesionalidad sino por la ínsita precariedad de su desempeño, razón por la cual su agrupamiento en un sindicato horizontal específico haría de éste, de algún modo, un sindicato interesado en preservar ese demérito. En consecuencia, corresponderá por lo general a los sindicatos actuantes en la empresa la defensa de los intereses de los temporeros; después de todo, es sabido que la degradación de sus condiciones puede proyectarse sobre las de los trabajadores que integran su plantilla permanente. A esos efectos, la imposición reglamentaria del derecho de los sindicatos a instancias suficientes de información relativas al recurso a las ETT para la provisión de trabajadores temporeros parece un elemento instrumental importante para garantizar la eficacia de esta gestión tutelar”*<sup>25</sup>.

Me atrevo, en este punto, a dar un parecer distinto al del Maestro. En primer lugar, considero que el agrupamiento sindical de los TEP podría no estar dado en modo “horizontal”, como si se tratase de una categoría, sino dispuesto de manera vertical restringida<sup>26</sup>, en función de la actividad exclusiva de su antagonista empleador (luego analizaré este punto con mayor detalle).

En segundo término, estoy convencido de que al sindicato actuante en la empresa usuaria podría, sólo en algún sentido –quizá poco romántico-, convenirle la contratación de personal a través de ‘empresas de servicios eventuales’. Me refiero a que, conforme el actual estado de la legislación, el TEP ingresa a la órbita de su representación, abonando las cuotas de solidaridad -por el beneficio de la CCT negociada por dicha asociación- que se incorporarán al patrimonio de este sindicato.

Creo que basta con la potestad de negociar límites a la afectación de trabajadores a través de ESE (art. 7° del dec. 1694/2006), y en general al empleo de trabajadores eventuales, para prevenir (si fuera objeto de la voluntad colectiva) el demérito de la tercerización de mano de obra.

La experiencia demuestra que, algunas veces, algunos sindicatos, lejos de negociar dicha limitación, han ido aún más allá de los límites legales, a través del empleo en las CCT de frases harto abarcativas, para ampliar los confines heterónomos de las causales de contratación de personal eventual<sup>27</sup>.

Entiendo, al revés, que la protección de los dependientes de la EU que el sujeto sindical persiga, se podría proyectar total o parcialmente sobre los TEP, mientras estos desarrollen sus tareas en la respectiva 'empresa demandante'.

Particularmente, no creo que la tercerización de mano de obra satisfaga la protección del trabajador que nuestro Derecho Laboral originalmente ha perseguido y considero que la figura aquí examinada es la expresión de alguna tendencia flexibilizadora de la que todavía quedan secuelas dañinas para el asalariado. No obstante, juzgo inconveniente que se prive a los TEP (de por sí poco protegidos) de ejercer intensamente la acotada defensa de su especial interés colectivo. La reconquista tutelar debería, quizá, intentarse por la vía legislativa, pero sin limitar aquella defensa, pues, en mayor o en menor medida, mientras la mentada figura contractual esté admitida y así regulada por la ley, habrá trabajadores que seguirán sufriendo la carencia de una protección decididamente sólida.

Como expresa GOLDIN, "*Más allá de las consideraciones de conveniencia [...] Justo López puntualiza con todo acierto que si esa norma [el art. 29 bis] se interpretare en el sentido de prohibir la formación de un sindicato específico de los trabajadores temporeros debería considerársele violatoria del principio de la libertad sindical y, en consecuencia inconstitucional*"<sup>28</sup>.

#### **b) Del delegado de personal**

La problemática de la representación sindical aquí tratada no se agota allí. La representación del trabajador dentro de la empresa es otra de las dificultades que la relación laboral estudiada presenta.

En efecto, el delegado de personal de la EU hará las veces de representante en la empresa del trabajador eventual provisto.

No obstante los señalamientos realizados en el apartado anterior respecto de la asociación sindical representante del TEP, que se reproducen y

actualizan sobre el t3pico en tratamiento, he de efectuar seguidamente algunas otras consideraciones.

En virtud de los plazos m3ximos de duraci3n de los contratos de trabajo eventuales, dispuestos en la ley 24.013 (arts. 69 y 72, inc. b), el ‘trabajador eventual provisto’ no siempre estar3 en condiciones de poder participar del acto eleccionario de delegados de personal que, generalmente, se realiza s3lo cada dos a3os. Pero, honestamente, este dato pierde relevancia cuando se coteja el contrato de trabajo analizado con otros, tambi3n particulares, como son el contrato a plazo fijo, el contrato de temporada y el propio contrato de servicios eventuales sin tercerizaci3n, s3lo por nombrar algunos.

Una cuesti3n que s3 estimo de importancia superlativa es la posibilidad (o imposibilidad) del TEP, de ostentar el cargo de delegado de personal. En efecto, conforme lo establece el art. 41 de la ley 23.551, el delegado de personal debe, al menos, “*contar con una antigüedad m3nima en la afiliaci3n de un (1) a3o*” en el sindicato que opera en el 3mbito de la ‘empresa usuaria’ y “*revistar al servicio de la empresa [usuaria] durante todo el a3o aniversario anterior a la elecci3n*”.

Tan ajena le es, al ‘trabajador eventual provisto’, la representaci3n sindical de los dependientes de la EU que, pr3cticamente, nunca podr3 alcanzar el cargo de delegado de personal.

Lo cierto es que para cumplir con el requisito de un a3o de afiliaci3n al sindicato, el TEP debió haber tenido la suerte de prestar servicios al menos durante ese tiempo, en el marco del 3mbito de representaci3n del respectivo sindicato y, adem3s, haber estado afiliado a 3ste. Pero ello no basta, tuvo, tambi3n, que haber prestado servicios en EU durante un a3o (como m3nimo), de manera ininterrumpida.

Salvo en casos de fraude o en la hip3tesis de prestaci3n de servicios en la misma EU por causa de distintas eventualidades o en el supuesto de que la eventualidad corresponda a una extens3sima suplencia, el trabajador jams podr3 alcanzar el cumplimiento de los referidos requisitos, en virtud de que, como lo anticipara, el art. 72 de la LNE preceptúa: “*En los casos que el contrato tenga por objeto atender exigencias extraordinarias del mercado, deber3 estarse a lo siguiente: [...] b) la duraci3n de la causa que diera origen a estos*

contratos **no podrá exceder de seis meses por año** y hasta un máximo de un año en un período de tres años".

En los supuestos excepcionales (lícitos), sin embargo, el trabajador que alcanzare un cargo de representación sindical no podrá (será hartamente improbable) cumplir con su mandato. En efecto, con la desaparición de la "eventualidad" que dio origen a la prestación de servicios, desaparece, también, el fuero sindical<sup>29</sup>. O, por el contrario, y permítaseme la ironía, **con la aparición de fuero sindical se podría producir la desaparición de la eventualidad.**

## **2.- Estará regido por la convención colectiva de trabajo aplicable a los trabajadores de la 'empresa usuaria'**

El que el TEP goce de los derechos de la convención colectiva de trabajo aplicable a la actividad de la empresa donde preste transitoriamente servicios (o a su categoría en el caso de los CCT de tipo "horizontal") parece, en principio, lógico y justo. La ley intenta igualar al 'trabajador eventual provisto' con el dependiente de la EU.

Pese a ello, la norma heterónoma no logra la igualdad deseada. Es una verdad de Perogrullo que el TEP no gozará de varios de los derechos receptados en el acuerdo colectivo que se aplica a la relación de trabajo que titulariza, principalmente en lo que hace a la continuidad y extinción del contrato de trabajo.

De este modo, el asalariado queda desprovisto de la tutela de normas autónomas de manera parcial, en relación a varios institutos del Derecho del Trabajo, durante el momento de la prestación de servicios, y de manera total cuando no se halle destinado a brindar tareas en una 'empresa usuaria'<sup>30</sup> (más adelante me explayaré sobre este último punto).

Cualquiera sea la convención colectiva que se aplique a dicho vínculo, ésta no regulará las especificidades del peculiar contrato del que el TEP es titular.

## **3.- Gozará de la misma obra social de la que gozan los trabajadores de la empresa usuaria**

Finalmente, la norma establece que el TEP gozará de la misma Obra Social de la que gozan los trabajadores de la EU.

Sobre este punto también se observa una intención de igualar los derechos del trabajador provisto con los del trabajador dependiente de la empresa demandante. Empero, no creo que ello sea lo más conveniente en función del asalariado.

El TEP, naturalmente destinado a transitar por distintas empresas (sin que ello le asegure la aplicación de una misma CCT a lo largo del tiempo), se verá obligado a transitar, también, por distintas Obras Sociales, con todo lo que ello implica; cuando menos, sufrirá el cambio de la cobertura de salud, de la cartilla médica y de los nosocomios donde pueda hacer efectiva aquella cobertura.

No obstante el intento legislativo de igualar (sin lograrlo) al TEP con el dependiente de las empresas donde aquél preste servicios, considero que lo que el art. 29 bis dispone, en cuanto a la Obra Social de la que gozará el salariado, no es deseable para éste.

#### **V.- EL PROBLEMA RESPECTO DE LA LIBERTAD SINDICAL**

En los apartados anteriores me he ocupado de resaltar que el intento de la norma heterónoma ha sido igualar al TEP con el dependiente de la EU. Para ello, el legislador ha utilizado una técnica que juzgo inconveniente.

Es menester recordar lo que establece el repetido art. 29 bis: "*El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria*".

A poco que se estudie la norma transcripta, se advierte una imposición de representación sindical cuando menos criticable.

Como es sabido, la gran mayoría de las asociaciones sindicales argentinas se organizan verticalmente, en función de la actividad principal de su antagonista empleador<sup>31</sup>.

Conforme se desarrolló en el capítulo III, apartado 1.-, el empleador, titular del contrato de trabajo analizado, es la ESE. Es así que la actividad principal y exclusiva del empleador del TEP será siempre la de "*poner a disposición de terceras personas —en adelante empresas usuarias— a personal industrial, administrativo, técnico, comercial o profesional, para*

*cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento"* (art. 2º del dec. 1694/2006).

Consecuentemente, el TEP no se hallará genuinamente representado por la asociación sindical de la actividad donde preste servicios. Los estatutos de los respectivos sindicatos, en principio<sup>32</sup>, no contienen a este tipo de asalariados en su ámbito funcional de representación.

No obstante, en razón de la redacción que suele emplearse en los estatutos sindicales, podría considerarse que los TEP sí se encuentran temporalmente incluidos en aquél ámbito funcional de representación, definido en modo general y abarcativo. Es común que los estatutos expresen que el sindicato de que se trate representa a los trabajadores que "se desempeñan" en tal o cual actividad.

Particularmente, entiendo que ello no es así; es extraño encontrar estatutos que, luego de definir su ámbito funcional de representación, no empleen términos como "empleado" o "empleador", siempre en relación a la actividad que los ocupa. Lo que podría implicar que, por imposición heterónoma, durante la prestación de tareas el TEP sea considerado dependiente de la EU, o la ESE sea considerada titular de la actividad que desarrolla la 'empresa demandante', contradiciéndose así los preceptos normativos.

Si el TEP ingresara naturalmente al ámbito de representación del sindicato que representa a los dependientes de la EU, no habría necesidad alguna de disponer la representación por vía de la ley.

Estoy convencido de que la mencionada representación viene dada únicamente por una imposición legal (la del art. 29 bis) que, según entiendo, resulta violatoria de la libertad sindical, pues avanza sobre los propios estatutos de las asociaciones sindicales, creando una representación extraña a la voluntad original del sujeto trabajador colectivo. El Estado debe abstenerse de intervenir en la vida sindical (art. 3º, Conv. 87 de la OIT; art. 6º de la LAS; art. 8º, inc. 3, PIDESC).

El Convenio N° 181 de la OIT sobre "agencias de empleo privadas", exhorta a los Estados a adoptar "...medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas que prestan los servicios a

*los que se hace referencia en el artículo 1 no se vean privados del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva".* Entiendo que el art. 29 bis, en este sentido, se da de bruces con la norma antes transcrita.

Finalmente, no puedo dejar de aludir al impacto que la representación sindical legalmente impuesta podría tener sobre las eventuales medidas de acción directa declaradas en función del interés de los TEP, considerando que la jurisprudencia argentina -a veces en modo restringido, otra vez más ampliamente- ha entendido el derecho de huelga como de titularidad sindical<sup>33</sup>.

#### **VI.- REPROCHE A LA IMPOSICIÓN LEGAL DE UNA CONVENCIÓN COLECTIVA NO NEGOCIADA**

La ley, como ya he dicho, dispone que "*El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva [...] de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria*" (art. 29 bis, LCT).

En primer término, vale aclararlo, entiendo que en este punto la norma, nuevamente, es defectuosa. Es el contrato de trabajo (o la relación laboral) el que estará regido por la CCT, y no simplemente el trabajador. De lo contrario, sería sólo éste el obligado por el convenio colectivo y no su empleador.

Entendido de ese modo, la ley impone a las partes la aplicación de una CCT que los sujetos colectivos que las representan no han negociado. Pasaré a explicarme:

Además de que, a mi criterio, el asalariado no se hallará representado por el respectivo sujeto colectivo trabajador que negoció la convención, es indiscutible que la ESE -empleadora y titular del contrato de trabajo- tampoco estará representada por el sujeto empleador negociador (salvo en el caso de los trabajadores mercantiles).

Si los sujetos de la relación de trabajo no se hallaban incluidos en la 'unidad de representación'<sup>34</sup>, tampoco pudieron ser objeto de la 'unidad de contratación'<sup>35</sup> de la negociación colectiva.

Es así que, repito, la norma heterónoma impone a las partes la regulación de la relación laboral a través de la paradójica *convención colectiva no convenida*.

Más grave aún sería interpretar que una futura convención colectiva, que persiga reglar con algún tipo de especificidad la clase de relaciones de trabajo estudiadas, no resulta aplicable por imperio de la representación sindical y la norma colectiva impuestas legalmente por el art. 29 bis de la LCT; interpretación que parece lógica de no mediar la previa declaración de inconstitucionalidad de la norma. Si aún no nos hemos enfrentado a este problema es, a mi juicio, por la falta de un sujeto colectivo trabajador que, genuinamente, represente al colectivo de TEP.

### **VII.- REPRESENTACIÓN DE LOS TEP POR LA FEDERACIÓN ARGENTINA DE EMPLEADOS DE COMERCIO: entre dudas y contradicciones**

Como dejé deslizar en los capítulos precedentes, la representación tanto de los TEP como del resto de los trabajadores contratados por las ESE se la adjudica la Federación Argentina de Empleados de Comercio (FAECyS).

En relación a ello, pareciera que la actividad de las ESE y, consecuentemente, de la que participan los TEP, encuadra en la actividad comercial.

No obstante, he de destacar que el vetusto estatuto (del año 1919) de la Federación mencionada no hace alusión alguna a la específica actividad de provisión de personal –en general-, menos aún para el caso de suministro de personal eventual.

El art. 2° de la CCT 130/1975 de la actividad mercantil, reza: *"Este convenio será de aplicación a todos los trabajadores que desempeñen como empleados u obreros en cualquiera de las ramas del comercio o en actividades civiles con fines de lucro o como administrativos en explotaciones industriales en general, o que tengan boca de expendio de los productos que elaboran, y en las agropecuarias, todos los que son representados por la Confederación General de Empleados de Comercio y sus filiales en todo el País [...] A sus efectos y a título ilustrativo, se enuncia a qué actividades, en especial, será de aplicación, indicándose que esta enumeración no importa excluir a los no individualizados que estén comprendidos en la formulación inicial: [...] b) [...] **Empresas que suministran personal a otras empresas y dicho personal**".*

Luego de ese antiguo convenio, son muy pocos los acuerdos celebrados por aquella asociación sindical (o los sindicatos de primer grado que la integran) que refieran, directa o indirectamente, a los TEP. Las escasas menciones efectuadas, generan dudas y contradicciones.

El 13 de mayo de 2010, el Sindicato de Empleados de Comercio (SEC) Capital Federal celebró un acuerdo colectivo con la empresa Jumbo Retail Argentina S.A., en el marco de la CCT 130/75, homologado por Resol. ST N°1184/2010. Dicho convenio se refiere una sola vez a los TEP, al establecer que *"A partir del mes de junio 2010, LA EMPRESA realizará un expreso análisis de dotación tendiente a efectivizar aquellos puestos cubiertos por empleados eventuales que por las características de su prestación requieran pasar a revistar en el plantel de empleados permanentes. No obstante ello es política de LA EMPRESA seguir contando con personal de Empresas de Servicios Eventuales para cubrir puestos en los que se que requiera celeridad y flexibilidad de Contratación"* (cláusula 5ª). Ergo, la primera referencia que encontramos en relación a los TEP es un acuerdo en donde el SEC presta conformidad para que la parte empleadora cuente con personal eventual contratado con celeridad y flexibilidad; nada establece en materia tutelar.

Otros acuerdos celebrados por la FAECyS, en donde se advierte alguna referencia a los TEP, disponen: *"A los efectos de considerar Pequeña Empresa del Sector, y delimitar el ámbito de aplicación del presente capítulo, se acuerdan las siguientes pautas: a) Que el plantel de empleados de la empresa no supere los 40 empleados (art. 83 Ley 24.467) [...] c) Para la determinación del plantel máximo de empleados, solo se computarán los permanentes y **no se tendrán en consideración los eventuales y extras...**"* (art. 28, CCT N° 547/2008 y art. 28, CCT 980/2008 "E"). La cláusula transcrita genera dudas en cuanto a si la asociación sindical contratante tiene en cuenta a los trabajadores eventuales a la hora, por ejemplo, de determinar el número de delegados de personal, en función de la cantidad de trabajadores (conf. art. 45, LAS).

En un convenio colectivo de fecha 4 de junio de 2011, homologado por Resol. ST N° 685/2011, negociado por la FAECyS también en el marco de la CCT 130/75, las partes expresan: *"Décimo Noveno: Trabajadores eventuales. Las empresas [de comercio] que contraten trabajadores eventuales, deberán*

*hacerlo con ajuste a los fines y en los términos establecidos por los arts. 29, 29 bis, 99 y 100 LCT. Los trabajadores contratados [por las empresas de comercio] bajo esta modalidad quedarán encuadrados en el convenio colectivo que rige la actividad representada por las partes signatarias del presente acuerdo".* Dicha cláusula no es más que una mera reiteración de las normas heterónomas, a las que el convenio expresamente remite.

Del examen de las convenciones colectivas a las que he podido acceder, no se advierte ningún acuerdo que, siquiera tangencialmente, tienda a regular las particularidades de las relaciones que vinculan a TEP.

Como sostuve antes de ahora, no existe norma autónoma alguna que se dirija a reglar las particularidades de la relación de trabajo en estudio, menos aún en los períodos de inactividad del TEP.

La carencia absoluta de exteriorización de intentos de promover y defender el interés de los TEP por parte del sujeto sindical, podría poner en duda la representación que éste se adjudica.

## CONCLUSIONES

### **VIII.- LINEAMIENTOS BÁSICOS PARA UNA APROPIADA RECONSTRUCCIÓN DE LA FIGURA CONTRACTUAL**

El análisis del contrato de trabajo en cuestión me conduce a creer que su regulación legal debe modificarse. Siendo que dicho contrato es la única excepción habilitada por ley al principio general contenido en el art. 29 de la LCT, es la propia figura contractual la que debe reconstruirse.

A continuación, procuraré esbozar algunos lineamientos que considero de imprescindible atención para la reforma que sugiero, únicamente ceñidos, por supuesto, a los aspectos de la figura examinados en el presente trabajo.

#### **1.- Definición del sujeto empleador**

Como se ha visto, la técnica legislativa empleada para regular el contrato de trabajo que nos ocupa se advierte defectuosa y confusa. Una nueva regulación legal de la figura contractual debería eliminar el término "empleador" para aludir a la 'empresa usuaria', evitando las contradicciones conceptuales entre las normas heterónomas del trabajo.

Podría, además, desarrollar los derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos empresarios, detallando cuáles son las facultades delegadas por la ESE a la EU y qué potestades quedan reservadas a la empresa empleadora durante el plazo de prestación de servicios del TEP.

La correcta definición del sujeto empleador es de una importancia mayúscula, pues tiene implicancia directa en lo que es dable esperar de los sujetos intervinientes en la relación jurídica, en los derechos y obligaciones de cada uno de ellos y, finalmente, en la determinación de las normas autónomas aplicables al vínculo laboral y de la representación colectiva de las partes del contrato.

## **2.- La representación sindical del TEP en la empresa**

También he sostenido que la representación sindical impuesta legalmente resulta palmariamente violatoria de la libertad sindical y que, asimismo, no parece conveniente para la defensa y promoción de los intereses del colectivo de trabajadores dedicados a la prestación de tareas a través de las ESE.

Limitar la representación de los trabajadores a la sede de la empresa en donde efectivamente se encuentre desarrollando sus tareas el asalariado es inaceptable. Adviértase que la peculiar manera de prestar tareas que tiene el TEP flexibiliza y amplifica sensiblemente el ejercicio de *ius variandi* del empleador, no existiendo, por ejemplo, el más mínimo límite para el traslado del asalariado con el fin de desarrollar su labor en diferentes 'empresas usuarias'.

Las particularidades de esta modalidad contractual tornan absolutamente dificultosa (sino prácticamente imposible) la verdadera y efectiva representación del trabajador en el lugar donde éste se halle desarrollando su tarea<sup>36</sup>.

El TEP se constituye en una especie de **forastero en la empresa** donde lleva a cabo sus labores. Tanto es así que en las negociaciones colectivas de las distintas actividades puede limitarse la contratación de este tipo de asalariados, lo que, si bien resulta lógico y hasta conveniente, podría provocar el desdén de los dependientes de la EU respecto del TEP. Las diferencias

entre uno y otro trabajador generan una fisura en el fenómeno de cohesión social y el consecuente debilitamiento de la acción colectiva conjunta.

En este orden de ideas, entiendo que por las condiciones especiales de la actividad desarrollada por los trabajadores de las ESE provistos a distintas ‘empresas usuarias’, los delegados de personal y las comisiones internas podrían ejercer sus funciones en la ‘empresa de servicios eventuales’.

El art. 40 de la LAS, reza: “*Los delegados del personal, las comisiones internas y organismos similares, ejercerán en los lugares de trabajo **según el caso, en la sede de la empresa** o del establecimiento al que estén afectados la siguiente representación: a) De los trabajadores ante el empleador, la autoridad administrativa del trabajo cuando ésta actúa de oficio en los sitios mencionados y ante la asociación sindical. b) De la asociación sindical ante el empleador y el trabajador*”.

La norma transcrita debe interpretarse dinámicamente y en relación a los innegables cambios de los sistemas de organización empresarial.

Así, el delegado de personal podrá ejercer su función en la sede de la ‘empresa de servicios eventuales’ en donde los TEP estén afectados, es decir en la sede de la ESE donde tengan la mayor vinculación presencial o no presencial.

Es necesario resaltar que, al referirse a los ‘representantes de los trabajadores en la empresa’, la OIT no les reconoce a éstos una representación estrictamente en función del lugar físico donde prestan tareas los trabajadores.

La recomendación N° 143 de dicha organización, “sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa” dispone que “*Al término de su mandato, los representantes de los trabajadores que hayan ejercido sus funciones de representación en la empresa en que estaban empleados y que se reintegren al trabajo deberían conservar o recuperar todos sus derechos, incluidos los relativos a la naturaleza de su empleo, su salario y su antigüedad en el servicio.*”

***En caso de que los interesados hayan ejercido sus funciones de representación principalmente fuera de su empresa, la cuestión de determinar si habrían de aplicárseles y en qué medida las disposiciones del subpárrafo 1) anterior debería reglamentarse por la legislación nacional o por***

*contrato colectivo, laudo arbitral o decisión judicial*" (cláusula 8 de la citada recomendación).

Asimismo establece que "**Los representantes sindicales que no trabajen en la empresa, pero cuyo sindicato tenga afiliados empleados en ella, deberían ser autorizados a entrar en la empresa**".

Sostener que el delegado de personal no puede ostentar la representación de los trabajadores de la empresa por no desarrollar efectivamente sus tareas (el delegado y los trabajadores a representar) dentro del establecimiento de la empleadora, sería tanto como afirmar que los 'teletrabajadores' y los 'trabajadores a domicilio' no pueden gozar de representación en la empresa, que se encuentran privados de elegir delegados de personal.

En cuanto a cómo dichos representantes podrían desarrollar su función de representación, más allá de los métodos clásicos, gran parte de esa función puede ejercerse "*...a través del empleo de medios que cuentan con un alcance mucho más amplio y preciso que los tradicionales métodos empleados hasta ahora. El empleo de las redes y de los servicios en materia de comunicación o transporte de la información; y su almacenamiento en cualesquiera de sus formas: dialogar a través del correo electrónico; chat; videochat; videoconferencia; mensajes de texto comunes; mensajes de texto a través de WhatsApp. El empleo de redes sociales como Facebook y Twitter; y de foros de discusión en internet*"<sup>37</sup>.

Otra cuestión vinculada al representante sindical en la empresa, que evidencia la inconveniencia de lo dispuesto en el art. 29 bis de la LCT, es que en el sentido de esa norma, la función propia del delegado de personal se torna de imposible cumplimiento, pues no podrá representar ni al trabajador ni al sindicato ante el verdadero empleador del asalariado (conf. art. 40, inc. a y b, LAS).

### **3.- Las normas autónomas aplicables a la relación de trabajo**

Como lo expresara en apartados anteriores, entiendo que lo que el art. 29 bis de la LCT establece en cuanto a las normas colectivas aplicables al contrato de trabajo examinado no es deseable, pese a su intención de igualar

los derechos del TEP con los del dependiente de la empresa demandante, cuestión, esta última, que sí se percibe conveniente.

Quizá, la mejor manera de lograr el cometido igualador -sin limitar la autonomía de la voluntad colectiva- es disponer que el 'trabajador eventual provisto' tenga, al menos, los mismos derechos que el dependiente de la empresa usuaria, relativos, por supuesto, a los institutos del Derecho del Trabajo que, por su particular vínculo, le pueden ser aplicables. Otro tanto debiera disponerse en cuanto a sus obligaciones.

Entiendo que esta técnica no sólo resulta más apropiada en lo que hace a la autonomía de la voluntad de los sujetos colectivos, sino que es superadora de la empleada en el art. 29 bis, pues abraza la igualdad perseguida de un modo más amplio. La sola aplicación de la misma norma autónoma podría no resultar suficiente para empatar los derechos de unos y otros trabajadores, en razón de los mejores beneficios que gocen los dependientes de la 'empresa usuaria', en virtud de pactos individuales y disposiciones de la empresa demandante. Lo que, además, parece ascender sobre el principio constitucional de "igual remuneración por igual tarea" (art. 14 bis, CN), en orden a los superiores derechos que pudieran recaer sobre materias no salariales.

Así pues, se llega mejor a la igualdad deseada y se deja abierta la puerta (que nunca debió cerrarse) a que los sujetos colectivos, genuinamente representativos de las partes, negocien y acuerden sobre las materias que hacen a este especial contrato de trabajo.

#### **4.- La obra social de los TEP**

En el presente trabajo, también me he referido a los trastornos que el constante cambio de Obra Social podría ocasionar sobre el trabajador y su familia.

En este sentido, considero que debería disponerse el goce de una misma Obra Social, durante toda la relación de trabajo, que le permita al trabajador y a su familia poseer una cierta estabilidad, en relación a un tema tan sensible como es su salud.

No olvido, también, que, de otro modo, el derecho de los sindicatos a administrar sus propias obras sociales (art. 31, inc. f, LAS) podría verse vulnerado. Por un lado, de constituirse un nuevo sindicato que represente a

esta clase de trabajadores, ése se vería privado de poseer y administrar su propia Obra Social. En segundo término, de considerarse que ya existe un sindicato representante de los TEP o de crearse una organización que represente a dichos trabajadores pero sin exclusividad, la Obra Social de esta asociación sufriría la fuga económica de todos los aportes y contribuciones que ingresarían al dominio de otro servicio de salud administrado por un sindicato diferente.

### **IX.- ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES**

La presencia de las ESE en el mundo del trabajo es un hecho, como así también lo es la aceptación normativa (interna e internacional) de la actividad que desarrollan. El rechazo de esta figura, el reproche a su legitimación legal, a nada conducen o, mejor dicho, se encaminan a mantener debilitada la protección que el Derecho del Trabajo debiera brindarle a los TEP.

Creo fervientemente en que la autocomposición del conflicto es la clave (¿moderna?) de adaptación del Derecho Laboral, constantemente golpeado por los veloces e imparables cambios del escenario en el que opera.

Considero que la actual regulación legal del vínculo entre las ESE y los TEP sofoca la posibilidad de aquella autocomposición.

Es por ello que me he ocupado aquí de sembrar algunas dudas y exponer unas pocas ideas que, quizá, puedan contribuir a la mejora de las relaciones laborales examinadas.

---

<sup>1</sup> Pues, como bien afirma BROSTIEN, "nadie pretenderá negar que frente al contrato de trabajo tradicional un estatuto de trabajador atípico es por lo general más desfavorable al trabajador" (Cfr. BROSTEIN, Arturo, "Retos actuales del Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, DT 2005 (octubre), 1367).

<sup>2</sup> Vid. BROSTEIN, Arturo, "Retos actuales...", op. cit.

<sup>3</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, "Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo", Ed. La Ley, DT 2002-A, 682: "Son los fenómenos de **descentralización interna**, básicamente representados por el trabajo temporal prestado a través de las empresas de trabajo temporal (ETT), los que más han contribuido, en el doble terreno dogmático y normativo, a poner en crisis el estatuto clásico de la figura del empresario".

<sup>4</sup> Así, el Convenio sobre Agencias Retribuidas de Colocación de la OIT (N° 34), de 1933, prohibía esta actividad, sin más. Dicho Convenio, fue revisado por la OIT en el año 1949, lo que valió la adopción de una nueva norma (C. N° 96) que continuaba en la misma tesitura que la anterior, pero dejaba la puerta abierta a una aceptación sumamente restringida de la actividad, a través de una intensa reglamentación

de las ESE, por parte del Estado de que se trate. Este convenio no fue ratificado por la Argentina sino hasta 1996.

Finalmente, en 1997, la Conferencia General de la OIT, en su 85ª reunión, adoptó el Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas (Nº 181) y una Recomendación suplementaria (Nº 188), legitimando la actividad de las ESE. La Conferencia expresó en el preámbulo del citado Convenio que es "consciente de la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo" y que reconoce "el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo" (Vid. SERVAIS, Jean-Michel, *Derecho Internacional del Trabajo*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2011, pp. 186-190; y CORRADETTI, Susana, "Responsabilidad solidaria en los supuestos de intermediación en la contratación laboral (arts. 29, 29 bis)", en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001 – 1, *La solidaridad en el contrato de trabajo*, Santa Fe, Argentina, p. 325 y ss.).

<sup>5</sup> Vid. CORRADETTI, Susana, "Responsabilidad solidaria...", op. cit., p. 325 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar y ORSATTI, Álvaro, en *Outsourcing (tercerización). Respuestas desde los trabajadores*, RODRÍGUEZ, Luis B. y DEAN, Matteo Coord., Centro de Investigación Laboral y Asesoría Sindical (CILAS), Cuadernos de Investigación (008), Méjico, 2009, p. 15.

<sup>7</sup> Vid. *Ibidem.*, pp. 15 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. CONFALONIERI (h.), Juan Ángel, "Descentralización productiva", Ed. La Ley, DT 2005 (diciembre), 1695, Buenos Aires.

<sup>9</sup> Cfr. CONFALONIERI (h.), Juan Ángel, "Descentralización productiva", op. cit.: "Así lo entienden SERRANO ARGUELLO, N., "Limites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo", en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2000, ps. 154 y 159; y VALDES DAL-RE, F., "La externalización de actividades laborales: Un fenómeno complejo", en *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria*; Editorial Lex Nova, Valladolid, año 2001, p. 23".

<sup>10</sup> Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar y ORSATTI, Álvaro, en *Outsourcing (tercerización)...*, op. cit., p. 17.

<sup>11</sup> Vid. *Ibidem.*, pp. 17 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. ERMIDA URIARTE, Oscar, en *Outsourcing (tercerización)...*, p. 69.

<sup>13</sup> Cfr. *Ibidem.*, p. 67.

<sup>14</sup> Cfr. CORRADETTI, Susana, "Responsabilidad solidaria...", op. cit., p. 328.

<sup>15</sup> Cfr. *Ibidem.*

<sup>16</sup> Cfr. GOLDIN, Adrián O., "Las empresas de trabajo temporal en la Argentina", DT 1993-B, 1031.

<sup>17</sup> Así también lo entienden TRIBUZIO y ZAMORANO (Vid. TRIBUZIO, José E., "Interposición de terceros y sucesión subjetiva en la relación de trabajo", en *Relación de Trabajo*, Héctor O. GARCÍA (Dir.) y Claudio S. VIRGILI (Coord.), Tomo III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2013, pp. 166 y 167; y Vid. ZAMORANO, Eduardo L., "Terceros intermediarios y condicionantes externos de la relación de trabajo", en *Relación de Trabajo...*, op. cit, Tomo I, p. 304 y ss.).

<sup>18</sup> Cfr. Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, Informe sobre la "misión de evaluación de plantas embotelladoras de Coca-Cola en Colombia (julio 30 – junio 11 de 2008)", 3 de octubre de 2008, Ginebra, Suiza, p. 8, nota 13.

<sup>19</sup> Cfr. TRIBUZIO, José E., "Interposición de terceros...", op. cit, p. 165.

<sup>20</sup> Cfr. *Ibidem.*

<sup>21</sup> Cfr. DI SABATINO, Alejandro, "La actividad de las ESE y las relaciones colectivas del trabajo", en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006 – 2, *Derecho Colectivo*, Santa Fe, Argentina, p. 304.

<sup>22</sup> Cfr. KROTOSCHIN, Ernesto, *Manual de Derecho del Trabajo*, 2da. Ed., ampliada y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires – 1975, p. 61.

<sup>23</sup> Cfr. GOLDIN, Adrián O., *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Ed. La Ley, primera edición, Buenos Aires 2009, p. 125.

<sup>24</sup> Cfr. CONFALONIERI (h.), Juan Ángel, *Contrato de trabajo eventual*, Ed. Astrea, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2008, p. 102.

<sup>25</sup> Cfr. GOLDIN, Adrián O., "Las empresas de trabajo temporal...", op. cit.

<sup>26</sup> Vid. VALDÉS DAL-RE, Fernando, "La estructura de la negociación colectiva", en ACKERMAN Mario E. (Dir.) y TOSCA Diego M. (Coord.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo VIII "Relaciones colectivas del trabajo - II", Cap. III, Apartado I, pp. 123 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. CONFALONIERI (h.), Juan Ángel, *Contrato de trabajo eventual*, op. cit., pp. 140 y 141: "Valen como ejemplos, el CCT 66/89 (industria molinera), cuyo art. 17 dice "tarefas no permanentes de volumen

*fluctuante"; el art. 13 del CCT 278/96 (municipales de la provincia de Salta), donde se lee "gran aporte concentrado de mano de obra"; el CCT 23/90 "E" (mecánicos – Indultlántica SAIC) que se refiere a "exigencias de la producción" (cfr. nota 69, p. 141).*

<sup>28</sup> Cfr. GOLDIN, Adrián O., "Las empresas de trabajo temporal...", op. cit.

<sup>29</sup> Sin emitir juicio sobre la procedencia o improcedencia de la exclusión de tutela por el fin de la eventualidad, esa es la línea que ha seguido la jurisprudencia Argentina. Es complejo encontrar fallos judiciales que versen exactamente sobre esta materia (lo que quizá hable de la imposibilidad del TEP de acceder al cargo de representación). No obstante, las sentencias judiciales, en general, disponen que la tutela legal nunca se proyecta más allá del plazo de duración del contrato de trabajo (Cfr. CONFALONIERI (h.), Juan Ángel, *Contrato de trabajo eventual*, op. cit., p. 137). Al respecto, se ha dicho: "El Estado municipal, al decidir la disolución del contrato que lo uniera con el empleado público, por finalización de la eventualidad por la cual lo había contratado, actuó dentro del marco contractual por tratarse de quien carecía de estabilidad en el empleo, por lo cual tal decisión no ha sido en desmedro o en agresión a la función gremial que desempeñaba, más aún si se tiene en cuenta que al momento de adoptar la decisión cuestionada le había sido notificado que ya no revestía la calidad de delegado sindical" (Cámara del Trabajo de Río Tercero; Oviedo, Daniel Germán c. Municipalidad de Río Tercero s/amparo; 25/10/2012; LLC 2013 (febrero), 105; DT 2013 (marzo), 596; AR/JUR/64712/2012).

<sup>30</sup> Al respecto, el Grupo de Expertos en Relaciones Laborales, creado por Resolución MTEySS N° 502/2005, expresa que es necesaria "una regulación más específica que permita la protección durante los lapsos de inactividad de la prestación discontinua" cfr. *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina*, Informe del Grupo de Expertos en relaciones laborales, Ed. Rubinzal-Culzoni; Santa Fe, Argentina, 2008, p. 154.

<sup>31</sup> Vid. MUGNOLO, Juan Pablo, "La estructura de la negociación colectiva", en ACKERMAN Mario E. (Dir.) y TOSCA Diego M. (Coord.), *Tratado...*, Tomo VIII "Relaciones...", op. cit., Cap. III, Apartado II, pp. 152 y ss.

<sup>32</sup> Debo aclarar que, en este trabajo, no me he abocado a la compleja tarea de analizar cada uno de los estatutos de los sindicatos argentinos reconocidos como tales, por lo que podrían existir asociaciones que estatutariamente abarquen la representación de trabajadores empleados por empresas de servicios eventuales.

<sup>33</sup> Con excepción de la Sala I de la CNAT, que en un fallo de reciente data sostuvo la titularidad colectiva, no exclusivamente sindical, del derecho de huelga (Vid. "Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo", 28/12/2012, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, La Ley Online, AR/JUR/74970/2012). Amplíese con el análisis de la jurisprudencia de la CNAT en GARCÍA, Héctor Omar, "El derecho de huelga", en *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Julio C. SIMÓN (Dir.) y Leonardo AMBESI (Coord.), Capítulo 26, Tomo II, Ed. La Ley, Buenos Aires: 2012, pp. 611 y 612; y en MUGNOLO, Juan Pablo, "Titularidad del derecho de huelga", *Revista de DLySS*, N° 7 (abril 2008).

<sup>34</sup> En términos de GOLDIN (Vid. GOLDIN, Adrián O., "Estructura de la negociación colectiva", Ed. La Ley, DT 1994-B, 1347).

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> "Está lejos de quedar asegurado por esta normativa el libre acceso del empleado eventual a cargos sindicales electivos en la empresa usuaria y aún el derecho a crear sus propias organizaciones ha encontrado oposición en la organización sindical a la que han sido atribuidos, por acción residual, este grupo de trabajadores" cfr. CORRADETTI, Susana, "Responsabilidad solidaria...", op. cit., p. 334.

<sup>37</sup> Cfr. CAPARRÓS, Fernando Javier "Ámbito personal del Derecho del Trabajo. Nuevas fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente", ponencia oficial, I Congreso Regional Latinoamericano "El estado de la Ciencia del Derecho en América Latina" (Sesión de Derecho del Trabajo), Dirección de Programas Internacionales y Departamento de DT y la SS de la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 5 y 6 de junio de 2013 (publicada en el sitio web de la Facultad de Derecho de la UBA: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/programasinternacionales/fernando-javier-caparros-uba-ambito-personal-del-derecho-del-trabajo.pdf>), p. 47.