

Reproducido en www.relats.org

LOS TRABAJADORES PRECARIOS Y EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA MIRADA A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA OIT

Beatriz Vaccoto, OIT

Publicado en el Boletín de Investigaciones, ACTRAV 2013

Introducción

El impacto que las formas precarias de empleo tienen en el acceso de los trabajadores a la libertad sindical y la negociación colectiva es actualmente una de las principales preocupaciones del movimiento sindical en todo el mundo. Estas formas de empleo son cada vez más utilizadas por los empleadores, tanto en los sectores público como privado, ya sea para vulnerar el derecho de sindicación y para eliminar o debilitar el derecho a la negociación colectiva, así como para privar a los trabajadores de la protección laboral en general. En el contexto de este artículo nos centraremos en el trabajo precario principalmente derivado de *acuerdos contractuales bajo los cuales se realiza este trabajo, incluyendo la disponibilidad inmediata, trabajo temporal, trabajo contratado a través de las agencias privadas de empleo, trabajo temporero, contratos a tiempo parcial, pseudo autoempleo, empleo indirecto o en una relación poco clara entre empleado/empleador.*¹

A raíz del creciente número de quejas y comentarios, el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) han desarrollado una rica jurisprudencia. Ambos órganos reafirman que las diferentes categorías de trabajadores precarios deben ser capaces de ejercer su derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva e indican que, cuando sea necesario, deben adoptarse medidas especiales para garantizar el acceso efectivo a estos derechos. En este artículo vamos a repasar algunos de los casos sintomáticos de las restricciones más comunes planteadas ante la OIT, a los efectos de identificar los principios pertinentes. También se hará hincapié en que la acción sindical sigue siendo muy necesaria en este ámbito, tanto para expandir la jurisprudencia como para ejercer presión sobre los gobiernos para conseguir la aplicación de las recomendaciones de los órganos de control para el pleno respeto de la libertad sindical, en la legislación y en la práctica.

¹ Definición acordada en el marco del Simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo precario, Ginebra, 4-7 de octubre de 2011.

En este contexto, una breve descripción de los mecanismos de control de la OIT puede ser útil. Los sindicatos pueden recurrir a dos tipos de mecanismos dentro de la OIT: por un lado, pueden enviar comentarios sobre la aplicación de un convenio ratificado en el marco del sistema de control periódico. Bajo este sistema, un organismo independiente y técnico, la CEACR examina, junto con las observaciones enviadas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, los informes periódicos presentados por los Estados miembros sobre las medidas que hayan adoptado para aplicar las disposiciones de los convenios ratificados, tanto en la legislación como en la práctica. Para llevar a cabo esta tarea, la CEACR expresa su punto de vista sobre el contenido y significado de las disposiciones de los convenios y así, en su caso, determinar su alcance legal. En una segunda etapa, el informe elaborado por la CEACR es examinado por un órgano tripartito, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Por otro lado, los sindicatos pueden presentar quejas conforme a los procedimientos especiales. Esto comprende (i) un *procedimiento de reclamación* y (ii) un *procedimiento de queja* con respecto a la aplicación de los convenios ratificados (solamente), así como (iii) un *procedimiento especial de queja por violación de la libertad sindical*. Los sindicatos pueden utilizar este último incluso en contra de los gobiernos que no hayan ratificado los convenios pertinentes. Las quejas sobre violaciones de la libertad sindical son examinadas por el CLS, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT. Cuando el CLS constata que se ha producido una violación de las normas o principios de la libertad sindical, formula recomendaciones sobre cómo la situación podría remediarse. Posteriormente, se solicita a los gobiernos que informen sobre la aplicación de sus recomendaciones.

El trabajo de estos dos órganos tiene sin duda un importante valor añadido para la actividad de los sindicatos a nivel nacional. Las observaciones y recomendaciones de los órganos de control de la OIT, junto con las disposiciones de los convenios pertinentes, pueden ser utilizados, por ejemplo, en la defensa de un caso concreto durante las negociaciones con el empleador o el gobierno; para fortalecer una presentación ante un juez, cuando el caso está pendiente ante un tribunal nacional; o, en general, para obtener la enmienda de una ley o reforzar los argumentos en un contexto de reforma de la legislación laboral.

El derecho a la libertad sindical está consagrado en el Preámbulo de la Constitución de la OIT, así como en una serie de convenios y recomendaciones clave. En este artículo nos concentraremos principalmente en los principios que se desprenden de los dos convenios fundamentales en esta materia: el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948, y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949.

Jurisprudencia de la OIT.

Derecho de constituir organizaciones y de afiliarse a las mismas

Con relación al *derecho a organizarse*, el Artículo 2 del Convenio 87 prevé que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Al tratar las quejas presentadas por los diferentes sindicatos de todo el mundo, el CLS ha enfatizado en que este derecho se aplica a todos los trabajadores, ya sean empleados de forma indefinida, por un plazo determinado o contratados temporalmente; a los trabajadores en período de prueba; a las personas contratadas bajo contratos de formación, como aprendices u otro tipo; a las personas empleadas en el marco de programas de lucha contra el desempleo; a los trabajadores de cooperativas; a los trabajadores de las zonas francas; o a los trabajadores domésticos.

Este principio se desarrolla más ampliamente en una serie de casos que han sido examinados por el CLS. Por ejemplo, en un caso concerniente a Perú², la organización querellante objetó una ley aplicable a empresas industriales sujetas a exportación no tradicional, que las autoriza a concluir *contratos eventuales de muy corta duración que se renuevan durante años de manera indefinida y que tiene efectos perjudiciales en el ejercicio de los derechos sindicales* (ante el temor de los trabajadores a que no se les renueve el contrato) y en las condiciones de trabajo. En este contexto, el gobierno refirió que en general, en el sector en cuestión, “la contratación temporal había sido utilizada repetitivamente como un elemento disuasivo de la afiliación de los trabajadores” y había generado “efectos negativos a nivel de protección social”. Consecuentemente, el CLS invitó al Gobierno a que examinara, con las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores, una forma de *asegurar que el recurso sistemático a los contratos temporales de corta duración en el sector de la exportación no tradicional no obstaculice en la práctica el ejercicio de los derechos sindicales*.

Otra queja en un caso relacionado con México se refiere, entre otras cosas, a *la negativa de registro de un sindicato argumentando la ausencia de una relación laboral* entre el personal docente y la institución en la que se realiza el trabajo. De acuerdo con la organización querellante, la Dirección General de Registro de Asociaciones refirió que de las inspecciones realizadas junto a los representantes legales de los empleadores se desprende que en ningún centro de trabajo se reconocía a los miembros de esta agrupación como trabajadores, de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo, pero que a algunos miembros de dicha agrupación se los reconoció como *prestadores de servicios profesionales*. De esto se dedujo que su relación era de naturaleza estrictamente civil y no constituía una relación de trabajo. A este respecto, el CLS recordó al gobierno que el criterio para determinar las personas cubiertas por el derecho a organizarse *no se funda en la existencia de un vínculo laboral*

con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse. Por lo tanto, el CLS solicitó al gobierno que tome medidas para que se garantice que los docentes en cuestión, que se rigen por contratos de prestación de servicios y otras categorías en condiciones similares, puedan constituir y afiliarse legalmente a las organizaciones que estimen conveniente para la promoción y la defensa de sus intereses.

La CEACR se ocupó también del derecho de sindicación de los trabajadores temporeros en Bangladesh. En este caso el gobierno indicó que si bien los trabajadores de cualquier sector tienen el derecho de constituir sindicatos con arreglo a la nueva Ley del Trabajo de 2006, los *trabajadores en el sector del desguace de barcos son trabajadores temporeros* y carecen de la oportunidad de constituir sindicatos, debido al limitado período de su empleo (relacionado con el desguace de un barco específico). La CEACR recordó al gobierno que los trabajadores, sin ninguna distinción, incluidos los trabajadores temporeros y del sector informal en la industria del desguace de barcos, deben gozar del derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes y el de afiliarse a las mismas.

En una observación con relación a Colombia, la CEACR se refirió a diversas figuras contractuales, tales como las cooperativas de trabajo asociado, los contratos de prestación de servicios y los contratos civiles o mercantiles que encubren verdaderas relaciones de trabajo y que se utilizan para efectuar funciones y tareas propias del giro normal de actividades de la entidad y en virtud de los cuales no se permite a los trabajadores constituir sindicatos o afiliarse a ellos. En este caso, la CEACR pidió al Gobierno que tome las medidas necesarias para garantizar explícitamente que todos los trabajadores sin distinción, *incluidos los trabajadores de las cooperativas y de otras figuras contractuales, independientemente de la existencia de un vínculo laboral, puedan gozar de las garantías del Convenio.*

Una queja relacionada con la República de Corea se refería a la negativa del gobierno de registrar el Sindicato de Trabajadores Migrantes (MTU, por sus siglas en inglés), además de acusaciones de discriminación generalizada y represión de trabajadores migrantes. En este caso el CLS consideró que a todos los trabajadores, independientemente de su situación, *se les debería garantizar sus derechos de libertad sindical a fin de evitar la posibilidad de que se aprovechen de su precaria situación.* Destacando la importancia de garantizar el derecho de los trabajadores migrantes, tanto documentados como indocumentados, a organizarse, el CLS pidió al Gobierno que emprenda una revisión en profundidad de la situación relativa a la situación de los trabajadores migrantes, en colaboración con los interlocutores sociales interesados, a fin de garantizar plenamente y salvaguardar los derechos fundamentales de libertad sindical y de negociación colectiva de todos los trabajadores migrantes, ya sea que se encuentren en situación regular o irregular y de conformidad con los principios de libertad sindical, y de priorizar el diálogo con los interlocutores sociales interesados, como medio para

encontrar soluciones negociadas a los problemas que enfrentan estos trabajadores. Igualmente, el CLS solicitó al gobierno que registre al MTU.

En 2012, el CEACR observó que una de las preocupaciones principales mencionadas por las organizaciones sindicales era el impacto negativo de las formas precarias de empleo en los derechos sindicales y la protección de los derechos de los trabajadores, especialmente los contratos temporales a corto plazo renovados repetidamente; la subcontratación, utilizada incluso por ciertos gobiernos en su propia administración pública para cumplir tareas de carácter permanente por mandato legal; y la no renovación de contratos por motivos antisindicales. Además, la CEACR observó que algunas de esas modalidades privan a menudo a los trabajadores del acceso a la libertad sindical y a la negociación colectiva, especialmente cuando encubren una relación de trabajo real y permanente, y que algunas formas de precariedad pueden incluso disuadir a los trabajadores de afiliarse a los sindicatos.

Derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes

Según los órganos de control de la OIT, el libre ejercicio del derecho a constituir y afiliarse a un sindicato implica también la libre determinación de la estructura y composición de los mismos. Por ejemplo, con respecto a los trabajadores temporales en el sector de la construcción, este derecho fue reafirmado por el CLS en un caso concerniente a las Filipinas.

El mismo se refería a una instrucción política que estipulaba que con "... respecto de los trabajadores contratados para un proyecto, la unidad colectiva de negociación pertinente no funciona a nivel de un proyecto determinado sino al de la rama de actividad de que se trata .. por consiguiente, los trabajadores adscritos a un proyecto determinado no pueden constituir una unidad colectiva de negociación apropiada. Sin embargo, pueden afiliarse al sindicato reconocido a nivel de la rama de actividad". La organización querellante afirmaba que esta exigencia de una unidad de negociación a nivel de la rama de actividad, que deniega a los trabajadores la posibilidad de constituir unidades de negociación a nivel de la empresa o de la compañía, constituye una clara violación del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Consecuentemente, el CLS recordó al gobierno que los trabajadores, sin ninguna distinción, deberían tener el derecho de constituir y de afiliarse a las organizaciones de su elección, *se trate tanto de trabajadores permanentes como de trabajadores afectados a un proyecto para un período determinado.*

Asimismo, otro caso con relación a Colombia es de particular interés sobre este tema. Los alegatos presentados por la organización querellante se referían a la negativa por parte de la autoridad administrativa a inscribir a la Unión de Trabajadores de la Industria Química y Farmacéutica (UNITRAQUIFA), sus estatutos y la junta directiva en el registro sindical, entre otros motivos debido a que integraba a trabajadores de las empresas temporales de las industrias del sector. Por su parte, el gobierno señaló que para que la inscripción pueda llevarse a cabo es necesario que los trabajadores presten sus servicios en empresas de la misma industria y que estén vinculados a dichas empresas mediante contratos laborales. Al respecto, el CLS recordó al gobierno que *todos los trabajadores, sin distinción alguna, deben tener derecho a constituir*

las organizaciones de su elección y a afiliarse a ellas, ya sean trabajadores permanentes, trabajadores contratados temporalmente, o trabajadores temporeros. Por ello, el CLS pidió al Gobierno que sin demora tome las medidas necesarias para proceder a la inscripción de UNITRAQUIFA, de sus estatutos y de su junta directiva.

Derecho de huelga

De acuerdo con los principios de la OIT sobre libertad sindical, el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales. Este derecho es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio 87. No obstante, no es un derecho absoluto; puede limitarse o prohibirse en los siguientes casos: (1) en la función pública, pero sólo para aquellos funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; (2) en los servicios esenciales, en el sentido estricto del término (es decir, en servicios cuya interrupción constituya una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; o (3) en caso de una situación de crisis nacional aguda y por una duración limitada. Fuera de estas situaciones específicas, los trabajadores precarios deben tener derecho a la huelga, así como el derecho a la huelga de solidaridad. A este respecto, la CEACR ha indicado con relación al Reino Unido que *los trabajadores deberían iniciar acciones laborales en relación con cuestiones que les afectan, si bien, en determinados casos, el empleador directo puede no ser parte en el conflicto*. Este podría ser el caso cuando, por ejemplo, *la organización estructural de las compañías matrices, subsidiarias o subcontratistas, que conduzca a una situación en la que los intereses de los trabajadores puedan no ser, necesariamente, resueltos con su empleador directo, a pesar de lo cual la participación en acciones laborales puede desembocar en la resolución de sus reclamaciones legítimas*. En este sentido, la CEACR recordó su posición, según la cual los trabajadores deberían poder participar en huelgas por solidaridad, siempre que la huelga inicial que apoyan sea legal en sí misma.

Así también, la CEACR examinó los comentarios enviados por un sindicato que se refieren a la prohibición del derecho de huelga de los trabajadores agrícolas durante la cosecha en Chile. Al respecto, el gobierno refirió que a imposibilidad de estos trabajadores de negociar un contrato colectivo y gozar del derecho de huelga se debe a que realizan *faenas temporales y de corta duración*. La CEACR recordó al gobierno que el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación, el cual sólo puede verse restringido en el caso de los servicios esenciales y en el caso de los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. Consecuentemente, observando que los trabajadores agrícolas no se encuentran enmarcados en ninguna de estas dos categorías, la CEACR pidió al gobierno que tome las medidas necesarias para garantizar en la legislación y en la práctica que los trabajadores agrícolas puedan gozar del derecho de huelga.

Derecho a la protección contra la discriminación antisindical

La protección contra la discriminación antisindical es uno de los pilares del Convenio núm. 98 y es clave para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva. Esta protección es particularmente importante para los trabajadores precarios, quienes están en una situación más vulnerable y por lo tanto más expuestos a este tipo de violaciones. El Artículo 1 del Convenio 98 estipula que dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; y (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Sobre este principio y en relación con los trabajadores con contratos a corto plazo, el CLS se ha pronunciado haciendo hincapié en que la no renovación de un contrato que responda a motivos de discriminación antisindical constituye un perjuicio en el sentido del Artículo 1 del Convenio 98. En el mismo contexto, el CLS ha afirmado que la subcontratación acompañada de despidos de dirigentes sindicales puede constituir una violación del principio de que nadie debe verse perjudicado en su empleo como consecuencia de la afiliación o actividades sindicales.

Así también, de acuerdo al CLS, es necesario que la legislación establezca de manera explícita recursos y sanciones contra actos de discriminación antisindical con objeto de asegurar la eficacia práctica del Artículo 1 del Convenio núm. 98. Al respecto, las normas de fondo existentes en la legislación nacional, que prohíben actos de discriminación, no son suficientes si las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos.

En este sentido, la jurisprudencia del CLS contiene un ejemplo interesante con respecto a la protección de los trabajadores indocumentados en los Estados Unidos de América, donde los recursos de los que disponían los trabajadores despedidos por intentar ejercer sus derechos sindicales, incluían: (1) el envío al empleador de una orden que le conmina a impedir y poner fin a toda infracción a la ley; y (2) la obligación del empleador de colocar en un lugar visible de sus locales un anuncio destinado a los trabajadores en el que se especifiquen los derechos de éstos en virtud de la ley, y el que se describan detalladamente sus prácticas desleales anteriores. El CLS consideró que dichas medidas no sancionaban de manera alguna el acto de discriminación antisindical ya perpetrado, sino que servían únicamente como posibles factores de disuasión de actos futuros, siendo lo más probable que tal enfoque aportara una escasa protección a los trabajadores indocumentados que se exponían a ser despedidos indiscriminadamente por ejercer los derechos de la libertad sindical, sin que haya ninguna sanción directa que pueda evitar tales acciones. Por lo tanto, el CLS concluyó que las medidas en cuestión eran *inadecuadas* para garantizar una protección efectiva contra los actos de discriminación

antisindical.

Otro caso en la República de Corea es también relevante con respecto a la discriminación antisindical. La queja se refería a la situación de trabajadores “subcontratados ilegalmente” en el sector metalúrgico, a través de una forma de subcontratación falsa que tenía por objeto encubrir lo que en realidad es una relación de trabajo, en la que los trabajadores están en la práctica privados de la protección jurídica prevista en la ley y se encuentran indefensos ante los actos reiterados de discriminación antisindical. Recordando que anteriormente había examinado las dificultades que enfrentan los trabajadores precarios en el sector de la construcción en relaciones de trabajo encubiertas, el CLS solicitó al gobierno que elabore, en consulta con los interlocutores sociales interesados, mecanismos específicos destinados a fortalecer la protección de los derechos a la libertad sindical y la negociación colectiva de los trabajadores subcontratados y los trabajadores autónomos, con el objeto de *prevenir toda utilización abusiva de la subcontratación como medio de eludir en la práctica el ejercicio de los derechos fundamentales de dichos trabajadores.*

Por su parte, la CEACR también ha examinado alegatos sobre el uso continuado y discriminatorio de contratos de duración determinada en Bielorrusia. En este caso, la organización querellante alegaba que los afiliados de los sindicatos libres e independientes eran forzados a abandonar sus sindicatos bajo la amenaza de disolución o de no renovación de sus contratos, además de sufrir presiones y acosos. La CEACR tomó nota de estas alegaciones con preocupación y urgió al gobierno a que adopte las medidas necesarias para que las mismas sean examinadas en el marco del Consejo para la Mejora de la Legislación en la Esfera Social y Laboral, sin más demora.

Derecho a la negociación colectiva

El Convenio 98, en su Artículo 3, estipula que deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. Las únicas exclusiones posibles del campo de aplicación del Convenio son las fuerzas armadas y la policía, así como los funcionarios públicos en la administración del Estado.

En cuanto a las categorías de trabajadores que se examinan en el presente artículo, el CFA ha puntualizado que ninguna disposición del Convenio núm. 98 autoriza la exclusión de los trabajadores temporeros de su campo de aplicación. Así también, el CFA ha reafirmado en relación con ofertas temporales de empleo en el sector público para combatir el desempleo, en las que la remuneración no se fijaba de acuerdo con los convenios colectivos que regulaban la remuneración de los empleados de plantilla, que esperaba que se velara para que, en la práctica, las ofertas individuales de empleo sean de duración limitada y no se conviertan en oportunidad para cubrir puestos permanentes con personas desempleadas, que se verían perjudicadas en su

derecho a la negociación colectiva de las cuestiones relativas a su remuneración.

En este contexto es relevante un caso con relación a Canadá. El mismo hacía referencia a la *denegación del derecho a la negociación colectiva al personal docente y auxiliar contratado a tiempo parcial* por los colegios de artes aplicadas y tecnología de Ontario. Al respecto, el CFA señalaba que al tiempo que toma nota de las explicaciones facilitadas por el Gobierno acerca de las circunstancias específicas de los programas y actividades de los colegios, de los conocimientos técnicos especializados que se exige a los citados instructores, y de la limitada comunidad de intereses de éstos con el personal que trabaja en régimen de dedicación plena, el Comité recuerda que *todos los trabajadores de la administración pública que no están al servicio de la administración del Estado deberían disfrutar del derecho de negociación colectiva y que ninguna disposición del Convenio 98 autoriza la exclusión del personal temporero de su campo de aplicación*. Aunque es posible que las circunstancias concretas de los trabajadores a tiempo parcial antes citados requiera un trato diferenciado y algunos ajustes en lo que atañe a la definición de las unidades de negociación, a las normas de certificación, etcétera, así como negociaciones específicas que tomen en consideración su situación y requisitos laborales, el Comité no ve ningún motivo para que los principios antes mencionados, relativos a los derechos básicos de asociación y de negociación colectiva reconocidos a todos los trabajadores, no deban aplicarse también a los trabajadores a tiempo parcial. En consecuencia, el Comité pidió al Gobierno que, en consulta con los interlocutores sociales, *adopté rápidamente medidas legislativas para garantizar que el personal docente y auxiliar contratado a tiempo parcial por los colegios de artes aplicadas y tecnología disfrute plenamente de los derechos de sindicación y de negociación colectiva, en pie de igualdad con los demás trabajadores*.

Una situación similar se presentó en otro caso en Canadá, esta vez con relación a la exclusión de *trabajadores eventuales de los servicios públicos* del derecho a la negociación colectiva. En este caso, el CFA señaló que todos los trabajadores de la administración pública que no están al servicio de la administración del Estado deberían disfrutar del derecho de negociación colectiva, y solicitó al gobierno que adopte las medidas apropiadas que garanticen que los trabajadores eventuales y otros, quienes se hallaban excluidos de la definición de empleados en la ley de relaciones laborales de los servicios públicos, tengan derecho a la negociación colectiva, de conformidad con los principios de libertad sindical.

Otro caso, esta vez con relación a Corea, tuvo como protagonistas a *trabajadores precarios en una posición muy vulnerable* en la industria de la construcción, quienes trataban de ejercer su derecho a organizarse y negociar colectivamente en un contexto complejo, que incluía varias capas de subcontratistas sobre los cuales sólo el contratista principal tenía una posición dominante. En esta situación, el CLS lamentó profundamente que algunos tribunales habían adoptado resoluciones definitivas a través de las cuales estimaban que los convenios colectivos firmados por un sindicato de la construcción y la empresa constructora principal eran sólo aplicables a los

trabajadores de la empresa principal y no a los trabajadores contratados por subcontratistas. Al mismo tiempo, solicitó al gobierno que ponga mayor empeño en promover la negociación colectiva libre y voluntaria de las condiciones de empleo del sector de la construcción aplicables en particular a los trabajadores “jornaleros” vulnerables.

También en el caso de Corea mencionado anteriormente, el CLS reafirmó el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores autónomos o independientes. Al tratar la situación de choferes propietarios de camiones de carga, el CLS observó que, de acuerdo a la legislación nacional, una organización no será considerada como un sindicato si sus miembros no son “empleados”. Al respecto, el gobierno indicó que los trabajadores autónomos pueden crear organizaciones que representen sus intereses o afiliarse a ellas, así como efectuar reivindicaciones a través de las mismas ante el gobierno o las organizaciones comerciales pertinentes, pero no tienen permitido crear un sindicato o afiliarse a él puesto que no son “empleados”. Consecuentemente, el CLS solicitó al gobierno que, en consulta con los interlocutores sociales, desarrolle un mecanismo específico de negociación colectiva adecuado a las particularidades de los trabajadores independientes. En el mismo caso, el CLS analizó la situación de trabajadores subcontratados en el sector metalúrgico y urgió al gobierno a que tome todas las medidas necesarias para promover la negociación colectiva de los términos y condiciones de empleo de los trabajadores subcontratados en el sector de la industria metalúrgica, incluido mediante el refuerzo de la capacidad de negociación, para que dichos trabajadores puedan ejercer efectivamente el derecho a promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus afiliados mediante negociaciones de buena fe.

Por otra parte, la CEACR examinó la situación de los trabajadores temporeros con respecto a la negociación colectiva en los Países Bajos. En aquella oportunidad, los comentarios del sindicato se referían al impacto que había tenido en la práctica una opinión publicada por la Autoridad de la Competencia de los Países Bajos (NMA), al desalentar las negociaciones con los empleadores a nivel sectorial, sobre las condiciones de trabajo subcontratado (es decir, concertado con personas que no trabajan necesariamente bajo la estricta autoridad del empleador y que pueden tener más de un lugar de trabajo). El sindicato señaló que, en un documento- opinión de 2007, la NMA había expresado la opinión de que debería anularse un convenio colectivo de trabajo que contuviera disposiciones sobre trabajo subcontratado, dado que el trabajador subcontratado está considerado como una empresa, de conformidad con la ley de la competencia, y que, como consecuencia, los empleadores reaccionaron con una falta de voluntad de renegociar las condiciones de trabajo, especialmente en el sector de las artes escénicas. La CEACR recordó al gobierno que el artículo 4 del Convenio establece el principio de negociación colectiva libre y voluntaria y la autonomía de las partes en la negociación, y le solicitó que comunique información acerca de los resultados de este proceso judicial.

En una observación correspondiente a Haití, la CEACR advirtió que no existía ningún convenio colectivo que tenga vigencia en los sectores de los trabajadores rurales, los de la economía informal, los trabajadores independientes y los trabajadores domésticos. Consecuentemente, solicitó al gobierno que examine con los interlocutores sociales interesados la forma de *promover la negociación colectiva* para los trabajadores de dichos sectores.

La CEACR también examinó el derecho a la negociación colectiva de los *aprendices y otros trabajadores contratados exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena o de temporada* en Chile. Al respecto, la ley establecía que en ningún caso las remuneraciones de los aprendices podrán ser reguladas a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva, al mismo tiempo que disponía que los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena o de temporada no podrán negociar colectivamente. Si bien el gobierno explicó que la prohibición está dada por la transitoriedad de la prestación de los servicios, que ciertamente debe ser inferior al plazo mínimo de vigencia de un instrumento colectivo (dos años), la CEACR recordó al gobierno que de conformidad al Convenio sólo puede excluirse de la negociación colectiva a las fuerzas armadas y la policía y a los funcionarios públicos en la administración del Estado, y consecuentemente le solicitó tomara todas las medidas necesarias para modificar la legislación vigente a fin de garantizar que los trabajadores puedan gozar plenamente del derecho a la negociación colectiva.

La CEACR llamó la atención al gobierno de los Estados Unidos sobre el hecho de que los *trabajadores contratados a través de las agencias privadas de empleo no pueden pertenecer a la misma unidad de negociación de los empleados contratados directamente por la empresa usuaria*, a menos que tanto la agencia de empleo como el empleador usuario presten su consentimiento. Al respecto, la CEACR recordó al gobierno que de acuerdo al Artículo 12 del Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas, de 1997, se deberá determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas y de las empresas usuarias en relación con la negociación colectiva. Asimismo, señaló que *toda atribución diferente de las responsabilidades de negociación colectiva entre agencias de empleo y empresas usuarias debe garantizar a los empleados de las agencias de empleo el ejercicio, en la práctica, del derecho a la negociación colectiva*.

Consulta y flexibilidad laboral

El CLS ha desarrollado también un importante principio sobre la necesidad de consultar a las organizaciones de trabajadores sobre la flexibilidad laboral. A este respecto ha señalado que una contracción del sector público y/o una mayor flexibilidad laboral – por ejemplo, generalizando los contratos de corta duración – no constituyen en sí una violación de la libertad sindical. Sin embargo, es innegable que tales cambios tienen consecuencias importantes en el terreno social y sindical, en particular debido a la mayor precariedad en el

empleo que puede derivarse de ello. Por lo tanto, sería necesario que las organizaciones de empleadores y de trabajadores fueran consultadas sobre el alcance y las modalidades de las medidas decididas por las autoridades³.

Conclusiones

Como se describe más arriba, los sindicatos han recurrido repetidamente a los mecanismos de control de la OIT en casos en los que se ha negado a los trabajadores precarios los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. Si bien el impacto de estas acciones a nivel nacional sigue siendo objeto de estudio, en el plano internacional han provocado el desarrollo de una jurisprudencia específica que afirma que la protección conferida por los Convenios núm. 87 y núm. 98, y en general los principios de la OIT sobre libertad sindical, incluye las distintas formas precarias de empleo. En este sentido, los órganos de control reconocen que algunas formas precarias de empleo a menudo privan a los trabajadores del acceso a la libertad sindical y la negociación colectiva, o puede disuadirlos de afiliarse a un sindicato.

El amplio alcance del Convenio 87, que solamente permite la exclusión de las fuerzas armadas y la policía, ha sido confirmado sistemáticamente por los órganos de control de la OIT. Por tanto, el *derecho de sindicalización* se aplica a todos los trabajadores sin distinción alguna y sin importar si son trabajadores permanentes, trabajadores contratados temporalmente, o trabajadores temporeros; trabajadores en período de prueba; personas contratadas bajo las modalidades de convenios de formación, ya sean como aprendices o de otra tipo; trabajadores empleados en el marco de programas de lucha contra el desempleo; trabajadores a tiempo parcial; trabajadores de las zonas francas de exportación; trabajadores domésticos; trabajadores por cuenta propia; trabajadores del sector formal e informal; trabajadores de cooperativas; personas contratadas bajo otras formas de contratos, con independencia de la existencia de una relación laboral; y trabajadores migrantes, ya sea que se encuentren en situación regular o irregular.

Los órganos de control de la OIT han puesto de relieve la necesidad de garantizar que el uso sistemático de contratos temporales a corto plazo no se convierta en la práctica en un obstáculo al ejercicio de los derechos sindicales.

Igualmente, en cuanto a los trabajadores contratados temporalmente o aquéllos contratados a través de las agencias de empleo, los órganos de control han indicado que la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador, o la duración de sus contratos, no debería tener ningún efecto sobre el derecho de *afiliarse a sindicatos de su elección* y a participar en sus actividades.

En cuanto al *derecho de huelga*, incluida la huelga de solidaridad, no hay restricciones específicas para las categorías de trabajadores examinadas en este texto, más allá de aquéllas admitidas para cualquier trabajador. Estas restricciones se refieren principalmente a los funcionarios públicos que ejercen

funciones de autoridad en nombre del estado y a los trabajadores de los servicios esenciales. Los órganos de control han considerado que los trabajadores deben ser capaces de realizar actos de protesta en relación con los asuntos que les afectan, aunque, en algunos casos, el empleador directo no sea parte en la controversia. Este podría ser el caso, por ejemplo, que sobreviene como consecuencia de la organización estructural de las compañías matrices, subsidiarias o subcontratistas, que conduzca a una situación en la que los intereses de los trabajadores puedan no ser, necesariamente, resueltos con su empleador directo, a pesar de lo cual la participación en acciones laborales puede desembocar en la resolución de sus reclamaciones legítimas.

La protección adecuada y eficaz contra los *actos de discriminación antisindical* es crucial para los trabajadores precarios. En el caso de los trabajadores contratados bajo una forma de falsa subcontratación, que sirve para disfrazar lo que es en realidad una relación laboral, los órganos de control han solicitado que se elaboren mecanismos específicos destinados a fortalecer la protección de los derechos a la libertad sindical y la negociación colectiva de los trabajadores precarios, con el objeto de prevenir toda utilización abusiva de la subcontratación como medio de eludir en la práctica el ejercicio de sus derechos fundamentales. Esta solicitud para desarrollar “mecanismos específicos” para garantizar la protección efectiva de los trabajadores en una situación más vulnerable podría ser explorada por el movimiento sindical, con el fin de proteger a los trabajadores precarios a través de una regulación más estricta.

De acuerdo con el Convenio 98, los gobiernos tienen la obligación de promover la negociación colectiva para todos los trabajadores y empleadores. Las únicas exclusiones posibles a este derecho son los miembros de las fuerzas armadas y policiales y los funcionarios directamente al servicio de la administración del Estado. Por lo tanto, los órganos de supervisión de la OIT han subrayado que el derecho de negociación colectiva se aplica en particular a trabajadores contratados temporalmente; trabajadores temporeros; trabajadores a tiempo parcial; trabajadores autónomos; aprendices y otros trabajadores contratados exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena o de temporada; trabajadores en período de prueba; trabajadores en la economía informal; trabajadores domésticos; y trabajadores subcontratados.

En el caso de los trabajadores autónomos, los órganos de control han solicitado a un gobierno que desarrolle “mecanismos específicos” de negociación colectiva tomen en cuenta las particularidades de estos trabajadores. También ha sido enfatizada la necesidad de tomar todas las medidas pertinentes para promover los derechos de negociación colectiva de los trabajadores subcontratados, en particular mediante el desarrollo de la capacidad de negociación. Por lo tanto, la situación particular de los trabajadores precarios puede requerir igualmente de mecanismos y medidas especiales para garantizar el acceso efectivo de estos trabajadores a este derecho fundamental.

Además, de acuerdo con los órganos de control, las organizaciones de empleadores y de trabajadores deben ser consultadas sobre el alcance y la forma de las medidas adoptadas por las autoridades en cuanto a la flexibilidad laboral, ya que estos cambios tienen consecuencias importantes en el terreno social y sindical, considerando la mayor inseguridad en el empleo a la que pueden dar lugar.

Quejas más detalladas y bien documentadas podrían contribuir a desarrollar y fortalecer aún más la jurisprudencia existente. Sin duda, el reconocimiento legal de estos derechos no significa necesariamente que los trabajadores precarios podrán ejercerlos en la práctica. Sin embargo, en nuestra opinión, esta jurisprudencia constituye una base sólida para la acción sindical. La misma puede y debe ser utilizada para apoyar el desarrollo de una legislación nacional más adecuada, así como de otros mecanismos administrativos y judiciales que garanticen la protección efectiva de la libertad sindical y los derechos de negociación colectiva de los trabajadores precarios.