

**Jaime
Cabeza
Pereiro**

**Universidad de
Vigo, España¹**

jcabeza@uvigo.es

Recibido: 3.10.16

Aceptado: 1.12.16

La sindicación y la acción sindical en las agencias privadas de empleo: ideas deducidas de la experiencia comparada²

Syndication and trade union action in private employment agencies: ideas deduced from comparative experience

Resumen: La conexión entre las agencias privadas de empleo y los sindicatos pone de manifiesto en términos muy expresivos los efectos que el crecimiento de estas entidades ha producido en los mercados de trabajo. Aunque puntualmente pueden encontrar puntos de interés comunes, la relación entre unas y otros va ser casi siempre de conflicto. Los sindicatos, en su acción de representación y defensa de los trabajadores, deben procurar la equiparación de condiciones entre los trabajadores de la agencia privada de empleo y los de la empresa cliente. O incluso desarrollar ellos mismos la actividad de intermediación laboral. En todo caso, las tendencias normativas ponen de manifiesto que el amplio reconocimiento que de ellas hizo el Convenio 181 OIT pone en peligro algunos de los paradigmas sobre el trabajo decente que esta organización preconiza.

Palabras clave: Sindicatos, agencias privadas de empleo, representación de los trabajadores, colocación de trabajadores.

Abstract: The connection between private employment agencies and trade unions shows in very expressive terms the effects that the growth of these entities has caused on labor markets. Although occasionally it is possible to find some points of common interest, the relationship between them will be usually conflictive. Trade unions in its activity of representation and support of workers, must seek the equalization of working conditions between the workers of the private employment agency and the employees of the customer company. Even to develop the intermediation activity themselves. Anyway, the regulatory trends highlight that the broad recognition that ILO Convention 181 granted to these entities endangers some of the paradigms about decent work that this organization advocates.

Keywords: Trade unions, private employment agencies, workers' representation, placement of workers.

¹ Quiero mostrar mi gran alegría y agradecimiento por poder sumarme a este proyecto de revista que ahora nace. Bien consciente soy de que está destinada a ser un referente en el Derecho chileno y latinoamericano. Hago votos para que así sea, pues percibo un entusiasmo colectivo del que, desde luego, soy partícipe.

² Este estudio se integra en el desarrollo del Proyecto de Investigación del MINECO "Retos de la gestión del cambio en la empresa desde la perspectiva laboral y social", Subproyecto "Los instrumentos de protección social privada en la gestión del cambio laboral" (Referencia DER2014-52549-C4-2-R).

1. Ideas preliminares

Se van a tratar en este estudio las complejas y difíciles relaciones entre las organizaciones sindicales —o, más en extenso, el hecho sindical— y las agencias privadas de empleo. El lugar que estas ocupan en el mercado de trabajo y las motivaciones de las empresas clientes o de las propias agencias han propiciado un terreno adecuado hacia la desconfianza, alimentada además por el carácter atípico que siempre ostenta el trabajo intermediado. Con todo, las estrategias de una y otra parte a veces producen intereses que se cruzan: de un lado, el de las agencias, de legitimar socialmente su actividad y, del otro, el de los sindicatos, de defender los derechos de los trabajadores cedidos y, también, los de los trabajadores de las empresas usuarias.

Asimismo, será objeto de análisis el problema de la representación de los trabajadores que se ponen a disposición, desde el punto de vista del carácter bifronte de una acción representativa que debe desarrollarse ante la empresa cedente y la empresa cesionaria. A tal efecto, el análisis de los modelos comparados pondrá de manifiesto las fortalezas y debilidades de unas y otras soluciones legales. Desde otra perspectiva, se describirá la hipótesis de intermediación en el empleo por parte de las organizaciones sindicales, como réplica a la actividad de las agencias de empleo. A tal efecto, la descripción del modelo de USA pondrá de relieve algunas de las contradicciones más evidentes.

Finalmente, la explícita actividad de las agencias de empleo como sustitutorias de trabajadores que ejercen el derecho de huelga servirá de ejemplo que explicita cómo el crecimiento de estas entidades cambia la correlación de fuerzas en los modelos de relaciones laborales y, en consecuencia, precipita cambios legales cuando dicha correlación ha sido fuertemente alterada.

La relación de las agencias privadas de empleo con la afiliación y la acción sindical es controvertida y difícil. Se ha puesto de relieve, desde la perspectiva de diversos sistemas de relaciones laborales, que las empresas recurren a estas entidades, entre otros motivos, con el objetivo de evitar la sindicalización o una mayor penetración de las organizaciones sindicales (Mitlacher, 2014). Sin duda alguna, dichas empresas usuarias utilizan muchas veces a las empresas de intermediación con el fin explícito de atacar a los sindicatos (Smith & Neuwirth, 2008), como agresiva táctica antisindical. Es más, la realidad tiende a demostrar que allá donde existe un grado de sindicalización más o menos elevado resulta más problemática la implantación y desarrollo de estas entidades intermediarias (Mitlacher, 2014) y se desarrollan estrategias de limitación al recurso al empleo a través de ellas (Holst, Nachtwey & Dörre, 2010). En efecto, en no pocas ocasiones se hace necesario recurrir a medidas de conflicto para disuadir a la empresa cliente de entablar relaciones —o para renunciar a las ya establecidas— con las mismas (Gonos & Martino, 2011).

Porque la densidad en la afiliación sindical de sus trabajadores es muy baja en todos los países (Håkansson et al 2012-13). En este sentido, se ha apreciado en no pocas realidades geográficas un retroceso de la acción sindical que coincide con un repunte del recurso al empleo intermediado (Böheim & Zweimüller, 2013), coincidencia sobre la que se ha propuesto una relación causa-efecto (Hatton, 2014). Como es previsible, un descenso global a nivel internacional de la afiliación sindical³ trae consigo un retroceso aún mayor en los sectores más refractarios a ella, entre los cuales, el del trabajo externalizado a través de relaciones triangulares es uno de los más claros exponentes.

³ Datos al respecto en cuanto a USA, en Befort, S.F. Revisiting the black hole of workplace regulation: A historical and comparative perspective of contingent work. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 24, no 1, 2003, p. 169.

Más allá de las circunstancias y en el estricto plano de las intenciones, se ha descrito que los empresarios han recurrido a las agencias privadas de empleo cuando una organización sindical ha pretendido implantarse en la empresa, con el fin de reducirla o desmantelarla⁴. O también, para presionar a la baja en la negociación colectiva u obligar a los representantes de los trabajadores a hacer concesiones en la mesa, o reemplazar a huelguistas, en los sistemas en que ello es posible, o para intimidar a los trabajadores, en particular durante el desarrollo de una huelga. O incluso, para que los propios trabajadores cedidos desempeñen un trabajo sucio contrario a los intereses de los sindicatos. Es decir, hay una interesante interacción entre el recurso al empleo intermediado y la comisión de prácticas antisindicales⁵.

Para la agencia privada de empleo, resulta una tarea sencilla “verificar” las convicciones sindicales de los trabajadores que pueden ser cedidos a empresas clientes y penalizarlos con el expediente de no cederlos o hacerlo en unas condiciones desfavorables para ellos. Se ha expresado con frecuencia que los trabajadores de estas entidades de intermediación son imposibles de organizar sindicalmente. Porque su salario depende en última instancia de la aprobación continuada de las dos entidades que controlan la prestación de sus servicios. Por lo que respecta a las empresas de trabajo temporal, con frecuencia se verán en la tesitura de tener que estar a los requisitos que les impongan las empresas clientes, no siempre ajustados a la legalidad (Hatton, 2014).

Aunque también se ha apuntado que, en ocasiones, las organizaciones sindicales admiten de muy buen

grado la presencia de trabajadores cedidos cuando los permanentes de la empresa usuaria por ellas representados tienen garantizadas unas condiciones sustancialmente mejores. En tales situaciones, aquellos son percibidos, en la práctica, como una barrera o salvaguarda ante eventualidades de excedentes de mano de obra o despidos colectivos, pues serán sin duda los primeros afectados (Böheim & Zweimüller, 2013).

Todo ello es así porque, evidentemente, es mucho más difícil que los trabajadores de estas entidades se afilien y se involucren en la acción sindical a causa de su más precaria situación (Böheim & Zweimüller, 2013)⁶. La penetración sindical en las agencias intermediarias de empleo constituye una tarea muy difícil y problemática en todos los sistemas de relaciones laborales⁷ y la intermediación laboral complica considerablemente la acción sindical (Bartkiw, 2012). Los breves períodos a lo largo de los cuales los trabajadores son puestos a disposición constituyen, desde luego, una dificultad no menor. Por otra parte, sus particulares condiciones los disuaden de participar en la acción sindical, sobre todo en la más conflictiva y en la convocatoria y adhesión a huelgas (Ferreira, 2016). Pues experimentan un mayor miedo derivado de una percibida mayor exposición a las represalias por parte de ambas empresas si ejercen sus derechos colectivos (Håkansson et al 2012-13). Por ejemplo, la hipótesis de que no les ofrezcan nuevas colocaciones constituye una amenaza implícita bastante plausible. Como se ha expresado, la naturaleza esporádica y breve duración de sus puestas a disposición configura la antítesis más clara del principio de sindicación, la auténtica negación de este principio (Sukert, 1996).

⁴ En cuanto a USA, y con un espectro más general, se ha afirmado que, en el contexto del centro de trabajo, un ejemplo de la importancia primaria del control y del poder es la larga y recurrente historia de vehemente ideología anti-sindical entre los empresarios. Al margen de los beneficios económicos del negocio, los empresarios norteamericanos se implican en activas campañas contra los sindicatos para mantener el control unilateral sobre el centro de trabajo, incluyendo las materias de salarios, condiciones de trabajo y decisiones estratégicas.

Véanse estas afirmaciones en Lieberwitz, R.L. (2005) *Contingent Labor: Ideology in practice*, en M.A Fineman & T. Dougherty (Eds.). *Feminism confronts homo economicus*. Ithaca: Cornell University Press, p. 325. Sobre el propósito de evitar la sindicación insito en el recurso a agencias privadas de empleo, Gonos & Martino (2011), p. 506.

⁵ Hatton (2014), pp. 87 ss. Expresa este autor que los ataques de los empresarios a los sindicatos han sido muy amplios a partir de los años setenta. La misma idea en Sukert (2000), p. 440.

⁶ También, Berger (1997), p. 16. En el mismo sentido, Freeman & Gonos (2005), p. 305.

⁷ Enfatizando los problemas en USA, Bronfenbrenner (1988), p. 3.

En la práctica, las circunstancias que los rodean determinan que les sea negada una representación efectiva en el centro de trabajo (Theodore & Peck, 2014). Además, se produce un doble vacío de presencia sindical en ambos espacios en los que el trabajador cedido está implicado: en la empresa usuaria y en la propia agencia privada (Håkansson et al 2012-13).

La decisión de la empresa de recurrir a agencias es a veces reactiva de unas relaciones laborales conflictivas o, simplemente, de una situación de poder de la organización sindical que se percibe como excesivo (Böheim & Zweimüller, 2013).

Un elemento complementario consiste, desde luego, en la baja cobertura que, en general, la negociación colectiva

presta a estos trabajadores. Algunas excepciones son fáciles de explicar. Por ejemplo, en el caso de Alemania, la alta tasa de aplicación de convenios a los trabajadores cedidos se explica en la excepción al principio de igualdad de trato abierta por el art. 5.3 de la Directiva 2008/104/CE⁸ en observancia del modelo alemán. Es decir, como los convenios colectivos pueden excepcionar y no aplicar íntegramente el principio de igualdad de trato, existe un fuerte incentivo para que las empresas negocien sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores de las agencias privadas de empleo (Ferreira, 2016). Y, para eso, en alguna ocasión las agencias privadas han negociado convenios con una organización sindical especialmente “amigable”. Lo cual, de paso, ha obligado a la firma posterior de otros acuerdos asimismo a la baja (Holst, Nachtwey & Dörre, 2010).

2. Postura de las organizaciones sindicales

Las organizaciones sindicales, con razón, han contemplado tradicionalmente el crecimiento de todas las formas de externalización como una amenaza de erosión de su posición en las relaciones laborales (Cotton, 2015). Se ha dicho gráficamente, en cuanto al marco de relaciones laborales de USA y a la emergencia de las agencias privadas de empleo, que la sindicalización ha sido el chivo expiatorio de la obsesión americana por la competitividad (Smith & Neuwirth, 2008). Debe reconocerse que la afiliación de los trabajadores cedidos no ha sido, y no sigue siendo en la mayoría de los marcos de relaciones laborales, una de las prioridades de las organizaciones sindicales (Håkansson et al 2012-13). Aunque también es verdad que algunas de ellas resultan, por razón de su ámbito funcional, especialmente propicias para incluir a trabajadores de agencias privadas de empleo, como es el caso de los sindicatos de comunicaciones⁹.

Pero, en términos generales, un paradigma actual de las relaciones laborales produce que las organizaciones sindicales se vuelquen más en los trabajadores de las agencias privadas de empleo¹⁰. Por ejemplo, los sindicatos alemanes se han concentrado en la negociación de convenios colectivos adecuados que no se aparten —o lo hagan del menor modo posible— del principio general de igualdad de trato e iguales condiciones de trabajo predicado por la Directiva 2008/104/CE, en la disminución de la utilización del trabajo intermediado y en campañas de afiliación de trabajadores de agencias privadas de empleo (Ferreira, 2016). Es, en la práctica, una estrategia dual, basada en una oposición a la presencia de estas entidades, pero matizada por el intento de afiliar a sus trabajadores. Igualmente, los sindicatos suecos han pugnado, para evitar la devaluación salarial, por introducir en los convenios cláusulas que equiparan el salario de los trabajadores cedidos con el promedio del que disfrutaban

⁸ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Dispone dicho precepto que “los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles, al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados miembros, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes de los contemplados en el apartado 1”. Esto es, se trata de exceptuar la aplicación del principio de igualdad de trato a través de los convenios colectivos.

⁹ Así lo destacan en relación con el Reino Unido Håkansson, Isidorsson, Pond, Sol, E.; Teissier, Unterschütz, Warneck (2009), p. 74.

¹⁰ Así ha sucedido en Alemania a partir de 2007, como expresa Ferreira (2016), p. 125.

los trabajadores de la empresa usuaria que desarrollan una tarea similar (Håkansson & Isidorsson, 2014). Por su parte, en el Reino Unido el *Trade Union Congress* (TUC) ha recomendado a sus entidades e individuos asociados que no firmaran convenios colectivos con las agencias, pero más tarde ha matizado esta postura ante el fuerte desarrollo que han experimentado (Böheim & Zweimüller, 2013)¹¹.

La evolución de la postura de los sindicatos denota una progresiva percepción de que las agencias de empleo no son elementos coyunturales, sino estructurales del mercado de trabajo a lo largo y ancho de la economía globalizada. El objetivo estratégico consiste, pues, en combatir la explotación o las malas condiciones de trabajo y defender, con ello, la postura de todos los trabajadores afiliados, ya los contratados directamente por la empresa usuaria, ya los cedidos a través de puestas a disposición. Se ha dicho, en este sentido, que priorizar la organización y la afiliación de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal constituye una cuestión de supervivencia y futuro para las organizaciones sindicales (Cotton, 2015). Pero, con esta postura, en el fondo se ha producido una aceptación de los sindicatos hacia este tipo de entidades (Håkansson et al 2012-13)¹². Incluso en algunos escenarios se ha admitido que son necesarias para abrir espacios de flexibilidad en el medio y largo plazo (Håkansson et al 2012-13).

La doctrina ha puesto de manifiesto, en este sentido, que los sindicatos, al menos en el espacio europeo y sin perjuicio de las distintas culturas de relaciones laborales de cada marco interno, se muestran como

entidades inclusivas, que pretenden atraer también a los trabajadores precarios y vulnerables. Cuestión distinta es que cuenten con la fuerza negociadora suficiente como para representar eficazmente a los trabajadores de las agencias privadas de empleo (Benassi, Ch. y Vlandas, 2016). Con todo, no cabe duda de que las mismas condiciones conseguidas para los *insiders* deben servir de guía y referencia para negociar las de los trabajadores puestos a disposición.

Ahora bien, la penetración sindical en este sector tan particular no hace aventurar una fluida relación con las partes patronales. La postura de los sindicatos solo puede ser preludio de una limitada acción común. Así, se ha expresado que la relación entre ambos interlocutores no puede ser más que un matrimonio de conveniencia (Cotton, 2015). Bien es cierto que, en el ámbito europeo, todas las transacciones previas a la aprobación de la Directiva 2008/104/CE podrían hacer pensar lo contrario. Y en diversos sistemas se han desarrollado unas prácticas negociadoras bastante considerables entre los sindicatos y las agencias privadas de empleo¹³.

Por lo que respecta a la parte empresarial, su situación es diversa atendiendo a las distintas realidades. Hay modelos en los que no se involucra de forma apreciable en las negociaciones colectivas, sino que más bien funciona como grupo de presión ante las instituciones públicas y privadas, como es el caso del Reino Unido (Håkansson et al 2012-13). Pero, en términos generales, puede apreciarse una campaña hacia la mejora de su consideración social frente a empresas y trabajadores (Smith & Neuwirth, 2008).

¹¹ La actuación del TUC puede calificarse como realista: de ignorar a estas entidades, ha pasado a postular que se cumplan en ella los estándares laborales y a promover una cierta labor de vigilancia por parte de todos los actores sociales. Consecuentemente, las organizaciones sindicales han suscrito acuerdos con las agencias privadas más importantes, como han sido los casos de los firmados con Manpower y con Addeco, por los cuales ambas entidades reconocen al sindicato Unite. Aunque también hay que apreciar un claro interés de aquéllas hacia el reforzamiento de su responsabilidad social corporativa. Claramente, todos estos acuerdos pueden calificarse, en todo caso, de parciales e insuficientes.

Véase, en tal sentido, Arbitration Conciliation and Advisory Service (2011) p. 8.

¹² Ponen de manifiesto que en Holanda, vg., los sindicatos dejaron de hacer campaña contra las agencias privadas de empleo a partir de los años ochenta del siglo pasado.

¹³ Describiendo la experiencia canadiense, Bartkiw (2012), p. 471.

3. Modelos de representación de los trabajadores de agencias privadas de empleo

Los trabajadores de las agencias privadas de empleo se encuentran en una posición bifronte también a efectos representativos. Aparentemente, sus condiciones de trabajo deberían de estar más ligadas a las que corresponden en la empresa usuaria, de acuerdo con un elemental principio de equidad. De tal modo que sería necesaria la proximidad representativa, en el centro de trabajo en el que prestan servicios. Sin embargo, algunos aspectos deberían de negociarse con la agencia privada de empleo (Håkansson et al 2012- 13).

Los modelos se basan en todo caso en las particularidades de cada sistema de relaciones laborales. En el modelo de Suecia, por ejemplo, los sindicatos se organizan con base en los sectores productivos. De tal modo que todos los trabajadores del centro de trabajo están afiliados a la misma organización, aunque hay una diferencia muy arraigada entre empleados de mano de obra directa por un lado y empleados cualificados y de oficina por el otro. Pero, en el caso de los trabajadores cedidos, como prestan servicios en diversos centros de trabajo y actividades productivas, no es sencillo precisar las reglas sobre qué sindicato debe afiliarlos. En la especialidad que envuelve su realidad laboral, tampoco es claro que puedan ser representados por el sindicato que corresponde en la empresa usuaria. En consecuencia, las organizaciones sindicales se ven en la tesitura de explorar nuevos caminos para representar a dichos trabajadores (Håkansson & Isidorsson, 2014). Es, pues, la organización sindical característica del sistema sueco la que dificulta la acción representativa en las empresas de trabajo temporal (Håkansson & Isidorsson, 2014). La cual, unida a la poco consolidada vocación del sindicato de desplegar su actividad en estos ámbitos, explica la baja sindicación en los mismos. Se hace difícil organizar reuniones y actividades para los trabajadores de agencias privadas. Además, en una misma agencia es posible que confluyan afiliados a diversos sindicatos. Y, por lo general, los sindicatos de la empresa usuaria no están en condiciones de representar a los trabajadores cedidos (Håkansson et al 2012-13).

Por lo que respecta a Francia, los trabajadores cedidos computan en la empresa cliente a los efectos de la elección de los órganos de representación de los trabajadores. Además, votan en las elecciones de la agencia de empleo siempre que puedan acreditar un período mínimo de tres meses de antigüedad en los últimos doce anteriores a la confección de las listas electorales. Y para poder presentar su candidatura se requieren seis meses de prestación de servicios. Por lo demás, la negociación colectiva aborda temas como la utilización del crédito de horas o el período máximo entre cesiones que no extingue el mandato representativo de los trabajadores de estas agencias. Incluso se observa la posibilidad de que se utilicen horas de representación durante los periodos entre puestas a disposición. Adicionalmente, se contempla en algún caso una presunción de extinción de mandato cuando no haya habido cesiones durante un período de tres meses. Y, de nuevo en cuanto a la normativa legal, se les aplican las reglas sobre protección en caso de despido establecidas para los representantes en las empresas ordinarias (Håkansson et al 2012-13).

En el sistema holandés, las partes sociales se han organizado en las agencias privadas de empleo como un sector diferenciado más, y han llegado a un acuerdo de eficacia estrictamente obligacional de no competir con bajos salarios y *dumping social*. Ahora bien, no hay sindicatos específicos para las empresas cedentes, aunque sí una organización empresarial que defiende sus intereses específicos. Existe un convenio colectivo de sector que cubre a la inmensa mayoría de los trabajadores, que concurre con otro de más limitada aplicación. En cuanto a la representación a través de los comités de empresa, han de existir en las empresas de cincuenta o más trabajadores. En la empresa usuaria, los trabajadores cedidos ostentan los derechos de participación, información y consulta siempre que alcancen veinticuatro meses de prestación de servicios en ella. De tal modo que deben distinguirse los derechos de representación en la empresa cedente y en la cesionaria. En aquélla, existen comités que representan tanto a los trabajadores

de oficina como a los que son puestos a disposición de las entidades usuarias, aunque separados para ambos colectivos. Y votan quienes tengan una antigüedad de seis meses (Håkansson et al 2012-13). En esta, además de los 24 meses antes referidos, se requieren tres años de servicios para ser elegible y 30 meses para votar. Pero computan a los efectos de la constitución de un comité de empresa una vez cumplidos dichos 24 meses¹⁴.

En cuanto al modelo de USA, ha habido una polémica muy fuerte en torno a la conformación de unidades de negociación que reunieran a los trabajadores de la agencia privada de empleo y a los de la empresa cliente. En principio, debería reconocerse que una unidad conformada solo por los trabajadores de la agencia privada sería poco realista, pues todos ellos ostentan diversas condiciones de trabajo en función de las empresas clientes para las que prestan servicios (Van Jaarsveld, 2005-6). Hay que partir de la hipótesis de que, desde la perspectiva del modelo norteamericano, los trabajadores de la agencia privada de empleo pueden ser también trabajadores de dicha cliente¹⁵. No obstante, se ha planteado el arduo debate acerca de si una unidad que cubriera simultáneamente a los trabajadores directamente contratados y a los destacados por la agencia merecía o no el calificativo de unidad multiempresarial. Lo cual tiene una gran importancia, pues, si así fuera, y no una unidad de empresa, la negociación conjunta para ambos colectivos requeriría de la voluntad de las empresas implicadas y no podría ser decidida unilateralmente por el sindicato.

La respuesta ofrecida al respecto por el *National Labor Relations Board* (NLRB) ha sido bastante cambiante. Sin retrotraerse a antecedentes más remotos (Vaccaro, 2002), hay que hacer referencia al asunto *Sturgis (M.B. Sturgis Inc.* 331 NLRB nº 173/2000), en el que se declaró que no era necesario el consentimiento empresarial para reunir en una unidad de negociación a trabajadores empleados tan solo por el empresario y a trabajadores

empleados por el mismo y por una agencia de suministro de mano de obra. Pues todos desarrollan servicios para la misma entidad y están empleados por ella, en la que desempeñan tareas parejas y observan las mismas reglas organizativas y de seguridad y salud. En definitiva, donde estriban las diferencias es en materia salarial, contratación y promoción profesional¹⁶. Sin embargo, ese criterio fue revocado cuatro años más tarde en el asunto *Oakwood (Oakwood Care Centre 343, NLRB, nº 659/2004)*, en el que se optó por la solución contraria: la unidad que combina a ambos tipos de trabajadores constituye una unidad multi-empresa, que solo es apropiada si media el consentimiento de las entidades empleadoras¹⁷. No obstante, recientemente el NLRB ha vuelto al criterio de *Sturgis*, en el reciente asunto *Miller & Anderson (Miller & Anderson, caso 05-RC-079249, de 11 julio 2016)*. Como explica en su fundamentación jurídica, este punto de vista permite que los trabajadores temporales de la agencia se organicen conjuntamente con sus compañeros de la entidad cliente si reúnen intereses comunes, o que lo hagan por separado en caso contrario. Pone de manifiesto que, de conformidad con el anterior criterio, se limita potencialmente la capacidad de negociación de los trabajadores cedidos. Porque recuerda que muchas agencias privadas tienen diversas empresas clientes, de tal modo que los trabajadores de aquellas están divididos en varias localizaciones y sectores. Y, sobre todo, limita sus derechos de sindicación y negociación colectiva al imposibilitarles asociarse con los trabajadores de la empresa cesionaria, por más que puedan constituir —y casi siempre constituyen— una fuerte comunidad de intereses con ellos.

Por lo demás, algún órgano judicial inferior, en seguimiento de la doctrina del asunto *Sturgis* declaró que una empresa cliente estaba obligada a incluir en la unidad de negociación a los trabajadores de la agencia privada de empleo y a negociar sobre ellos con el sindicato elegido en ésta sobre sus condiciones de trabajo (Freeman & Gonos, 2005).

¹⁴ Hay otros modelos que no contemplan la posibilidad de que los trabajadores cedidos computen para los órganos representativos en la empresa usuaria y que prevén que la organización sindical representativa debe constituirse en la empresa de trabajo temporal, como es el caso polaco (Håkansson, et al, 2012-13., p. 58). Aunque apuntan la posibilidad de configurar representaciones multi-establecimiento, que se constituyan al margen de las empresas. Pero en tal caso carecerían de cualquier tipo de prerrogativas y, además, irían contra-corriente de un modelo basado en la negociación colectiva de empresa (Håkansson, et al, 2012-13, p. 59).

¹⁵ A partir del muy importante asunto *Vizcaino v. Microsoft*, 97 F.3d 1187 (9th Cir. 1996). Sobre él, Freeman & Gonos (2009), pp. 339 ss.

¹⁶ Destacando la importancia de este pronunciamiento, Vaccaro (2002), pp. 489 ss.

¹⁷ Un comentario muy crítico con esta sentencia en Recht (2005), pp. 565 ss.

4. Los pactos de *hiring hall* y su relación con las agencias privadas de empleo

Se ha expresado, como máxima de evidencia, que las agencias privadas de empleo progresivamente monopolizan los accesos, los “puertos de entrada” a muchas ocupaciones (Theodore & Peck). Pero también podrían hacer este papel cierto tipo de acuerdos que, en la práctica, tienen una funcionalidad similar. Se trata de los pactos de *hiring hall*, de gran tradición en el sistema de relaciones laborales de EEUU. De hecho, el declive de las agencias privadas de empleo coincidente con la 2ª Guerra Mundial tiene bastante que ver con el desarrollo y auge de este tipo de pactos entre la organización sindical y la empresa. Pactos que sí establecían sistemas transparentes de colocación y sistemas de formación y promoción profesionales. En ese sentido, se ha dicho que constituyen la antítesis y la némesis de las agencias privadas de empleo (Freeman & Gonos, 2009). Han constituido la respuesta sindical a los abusos cometidos por ellas (Freeman & Gonos, 2005).

Se han desarrollado sobre todo en dos ámbitos tan característicos como la construcción y los trabajos portuarios¹⁸. En aquella, la intermitencia del trabajo, ligada frecuentemente a la finalización de la obra, provoca, como en cualquier otra parte del mundo, que los contratos de trabajo permanentes sean la excepción y no la regla. Más en general, allá donde los trabajos son casuales, de corta duración o irregulares, esta institución ha tenido una apreciable incidencia, y ha actuado en beneficio de ambas partes del contrato, y también del sindicato pactante (Fick, 1987). La intermediación laboral tiene en estos escenarios una importancia muy evidente, sobre todo si se tiene en cuenta la distinta localización geográfica de unas y otras actividades (Bailey, 1977). A los empresarios les garantiza la mano de obra necesaria, y a los trabajadores, les facilita el tránsito de un contrato de trabajo a otro. A causa de estas funcionalidades, y a

la vista de las precarias condiciones de empleo que se producen en las agencias privadas de empleo, algunos autores han propuesto la creación de acuerdos de *hiring hall* como alternativa al recurso a aquellas¹⁹.

En este contexto, a través de convenios colectivos de duración variable, las organizaciones sindicales pueden obtener de la empresa la exclusividad o la prioridad para proveerla de los trabajadores necesarios. Y la parte empleadora dispondrá en todo caso de un colectivo de trabajadores cualificados a los que recurrir en caso necesario. Debe precisarse que no siempre se pacta por convenio, e incluso puede producirse un *hiring hall* tácitamente acordado, y puede incorporar o no un pacto de exclusividad (Fick, 1987). En todo caso, el sindicato asume con él el doble papel de representante de los trabajadores y empresario, obligado a gestionar adecuadamente la colocación en la empresa (Freeman & Gonos, 2005).

Ahora bien, la legislación y el Tribunal Supremo Federal han puesto varias cortapisas a este tipo de acuerdos, con el fin de no menoscabar en exceso la libertad de los trabajadores a la hora de seleccionar su agencia de contratación y de establecer criterios objetivos que no impliquen discriminaciones indebidas para los trabajadores. En efecto, se habían detectado no pocos abusos y prácticas discriminatorias (Freeman & Gonos, 2009) de las que quiso salir al paso la Ley Taft-Hartley (*Labor Management Relations Act*) de 1947, diseñada, entre otros objetivos, para limitar el “excesivo poder” de las organizaciones sindicales. La ley afectó de forma considerable los pactos de *hiring hall*, al exigir claridad y transparencia y poner en cuestión muchos de los acuerdos alcanzados que pretendían favorecer la afiliación sindical. Además, como quiera que se prohibió

¹⁸ Sobre cómo surge y se desarrolla en el trabajo portuario, Freeman & Gonos (2009), pp. 319 ss. Y, en la construcción, pp. 324 ss.

¹⁹ Así lo proponen Gonos & Martino (2011), p. 500.

el pacto de *closed-shop* del que en muchas ocasiones era instrumental, también por esta vía se debilitó, pues, salvo en el sector de la construcción, los acuerdos que exigían al empresario contratar a través de este sistema se consideraron ilegales. Por otra parte, creó nuevos ilícitos (*unfair labor practices*) de favorecimiento o disuasión para la pertenencia a un sindicato, de tal modo que el *hiring hall* ya no podría utilizarse con esta finalidad.

Por su parte, la Ley Landrum-Griffin (*Labor-Management Reporting and Disclosure Act*) de 1959 introdujo exigencias informativas y de transparencia que implicaron mayores exigencias para este tipo de pactos. De tal modo que las organizaciones sindicales están más sometidas a escrutinio y expuestas a sanciones —además, reguladas por legislación federal— de lo que lo están las agencias privadas de empleo (Freeman & Gonos, 2009). Puede decirse que hay un progresivo proceso de control y limitación de los pactos de *hiring hall* que, a modo de vasos comunicantes, va liberando de regulación las agencias privadas de empleo. Las cuales, en realidad, llegan a pactos con las empresas muy próximos a un auténtico *closed-shop* (Gonos & Martino, 2011). O, más claramente, hay una fuerte y coercible legislación que controla los pactos sindicales a nivel federal y una legislación débil y a menudo ignorada sobre las agencias privadas de empleo, diseñada a nivel estatal (Freeman & Gonos, 2009).

En concreto, en el asunto *Local 357, International Brotherhood of Teamsters v. NLRB* (365 US 667, 1961), el Tribunal Supremo declaró que no había ninguna prohibición legal hacia los *hiring hall*, siempre que no se discrimine por la pertenencia o no a un sindicato o se condicione con ellos la afiliación o el mantenimiento de la misma. Además, sobre la base de la sección 8(f)(4) de la *National Labor Relations Act* de 1935, se han considerado admisibles las preferencias que un sindicato otorga con base en la experiencia o en los años de servicio, o en

la formación acreditada, o en sistemas rotatorios. Se trata de que la prioridad en la puesta a disposición de trabajadores se base en criterios objetivos.

Aunque sirven a finalidades similares, agencias privadas y pactos de *hiring hall* guardan fuertes diferencias y contradicciones. Con estos no se trata de promover los beneficios empresariales, sino el interés común y perseguir la mejora de las condiciones de los trabajadores en empleos eventuales u ocasionales (Gonos & Martino, 2011). Los trabajadores regulados por un *hiring hall* difícilmente podrán ser considerados como vulnerables, al menos al mismo nivel que los cedidos por agencias privadas de empleo, pues tienen un mayor nivel de estabilidad laboral e ingresos que estos, salvo algunos profesionales que en las empresas intermediarias puedan disfrutar de condiciones especialmente privilegiadas. Añadiéndose además que gozar de la protección de uno de estos acuerdos entre la empresa y el sindicato y tener la cobertura de un convenio colectivo normalmente van de la mano. En este sentido, tiene cierto grado de hipocresía por parte de los empresarios el argumento de rechazar el *hiring hall* porque impide la relación directa con los trabajadores (Freeman & Gonos, 2009), a la vez que se abrazan con entusiasmo los contratos con las agencias privadas de empleo.

A partir de los años setenta del siglo pasado, la importancia del *hiring hall* se fue difuminando, totalmente superada por el rápido crecimiento de las agencias privadas de empleo. Quizá uno de los “pecados” que haya que atribuirles a las organizaciones sindicales haya sido el de no expandir estos acuerdos en el ámbito del trabajo no cualificado, en el que dichas agencias siempre encontraron el camino expedito (Gonos & Martino, 2011). Aun así, persisten no pocos acuerdos de este tipo, aunque fundamentalmente concentrados en ciertas actividades, como construcción, tráfico portuario e industria del entretenimiento (Freeman & Gonos, 2005).

5. La cuestión de la sustitución de los huelguistas

Aunque el Convenio 181 OIT, de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, guarda silencio al respecto, la Recomendación homónima 188, también de 1997, expresa en su párrafo 6 que “*las agencias de empleo privadas no deberían poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga*”.

Por supuesto, la mayoría de los sistemas de relaciones laborales se mantienen en el principio de prohibir la sustitución de huelguistas con trabajadores de agencias privadas de empleo²⁰, incluso algunos de marcado corte liberal. Donde ello no es así, las prácticas han variado a lo largo del tiempo, aunque existen también prohibiciones establecidas por convenio colectivo (Spattini, 2012). Un ejemplo característico de sistema no prohibitivo es el de USA. En él, la postura tradicional de la organización empresarial de agencias de empleo consistió en prohibir formalmente que las empresas asociadas a ella cedieran a trabajadores para sustituir a huelguistas, con el evidente propósito de ganar legitimidad social y evitar el rechazo sindical. Pero a partir de mediados de los años ochenta, con el cambio en la correlación de fuerzas, dicha organización optó por una postura mucho más permisiva, que desde luego atizó el conflicto con los sindicatos (Hatton, 2014). E incluso se produce la sustitución a través de agencias en casos de cierre patronal (Hatton, 2014). Es más, algunas agencias suministradoras de mano de obra se han especializado en sustituir a trabajadores en caso de conflicto, en particular en sectores en los que la huelga crea importantes problemas organizativos. A modo de ejemplo, así ha sucedido en el ámbito sanitario, en relación con el personal de enfermería o de vigilancia de seguridad (Hatton, 2014)²¹.

En realidad, el Tribunal Supremo Federal ya había expresado desde 1938, el derecho de las empresas de sustituir permanentemente a los huelguistas, hasta el

punto de que esa sustitución exceptuaba la obligación de reintegrarlos a sus puestos de trabajo, salvo que dicha práctica se dirigiera específicamente a contravenir la ley (*NLRB v. MacKay Radio & Telegraph Co.*, 304 U.S.333, 345–346, 1938) En particular, sería ilegal cuando persiguiera un ánimo discriminatorio o favorecer o disuadir de la afiliación a un sindicato. En este sentido, de acuerdo con la reciente doctrina del NLRB, el ánimo de la empresa de penalizar a los huelguistas o de evitar futuras huelgas, conduce a la ilegalidad de la conducta sustitutoria (*American Baptist Homes of the West*, caso 32–CA–025247 y otros, 2016) Con una y otra intención, se represalia a los actuales huelguistas y se interfiere con la organización de un derecho protegido legalmente. Es decir, la empresa solo puede justificar el reemplazo en la necesidad de continuar normalmente con su actividad empresarial.

Lo cual tiene una importancia esencial en la sustitución a través de agencias privadas de empleo, en realidad la más amenazadora cuando se trata de sustituir a un amplio número de trabajadores. Con todo, resulta claro que con la sustitución, en particular cuando es permanente, se produce un fuerte efecto intimidatorio hacia los trabajadores huelguistas y un importante bloqueo en la organización de actividades sindicales (Hatton, 2014). Desde el punto de vista de la empresa, el recurso de agencias privadas de empleo constituye una técnica bastante más factible que la contratación directa en un momento tan concreto como es el de la convocatoria de una huelga. De modo tal que la admisión del esquirolaje a través de empresas de trabajo temporal tiene un efecto más perturbador del ejercicio del derecho de huelga (Hatton, 2014). Porque con esta técnica pueden abordarse sustituciones a gran escala. E incluso es posible bloquear a través de trabajadores de las agencias privadas la búsqueda de empleo de los huelguistas reemplazados.

²⁰ Así es, vg., en Holanda, como ponen de manifiesto Håkansson, et al (2012-2013), p. 37. O en Alemania, como destacan Antoni & Jahn (2009), p. 229.

²¹ Un testimonio al respecto en Fidan (2010), p. 121.

Por lo demás, debe puntualizarse que determinadas legislaciones estatales de USA incluyen alguna garantía adicional. Por ejemplo, en algún caso prohíben la publicidad engañosa de las agencias de empleo e imponen que se les informe a los trabajadores la existencia de un conflicto, para que puedan evitar sustituir a huelguistas de las empresas clientes (Freeman & Gonos, 2005).

En cuanto al Reino Unido, con ocasión de la última reforma de la legislación sindical se planteó la posibilidad de remover la prohibición de sustituir a huelguistas a través de agencias privadas de empleo

y así se incluyó en el proyecto del Gobierno²², después de una consulta pública al respecto (Department for Business, Innovation & Skills, *Recruitment sector. Hiring agency staff during strike action: reforming regulation*, 15 julio 2015). Sin embargo, la fuerte oposición a esta propuesta, en particular por parte del *Trade Union Congress*, produjo que la versión final de la *Trade Union Act* de 1916 (*An Act to make provision about industrial action, trade unions, employers' associations and the functions of the Certification Officer*", 2016) no eliminara dicha prohibición, aunque este silencio no suponga que el Gobierno conservador haya abandonado su objetivo (Bogg, 2016).

6. Someras ideas de conclusión

La clásica relación de negociación y conflicto que es propia del ejercicio del derecho de sindicación se reproduce cuando la contraparte es una agencia de empleo. No obstante, los perfiles propios de esta actividad, que en esencia consiste en la propia prestación de servicios de los trabajadores, amplía los elementos de contradicción y reduce los de consenso. Por más que las organizaciones sindicales se vean en la necesidad de defender los derechos de los trabajadores sometidos a intermediación laboral, es razonable pensar que, en la balanza propia de la acción que desarrollan, el consenso cederá las más de las veces el paso a la acción colectiva de confrontación.

En sus aspectos más estratégicos, la representación de los trabajadores debería aunar, unitariamente, a los trabajadores de la empresa cliente y los de la agencia de empleo. Por supuesto, los de ésta oponen frente a ella intereses específicos, pero el objetivo de equiparación entre las condiciones de ambos colectivos, los cedidos y los empleados directamente por la usuaria, exige de una actividad representativa conjunta. De modo tal que los modelos legales deberían orientarse en esta dirección.

Sin duda, la intermediación laboral y la puesta a disposición no debieran ser un terreno monopolizado por determinadas entidades. En este territorio impreciso convergen agencias con ánimo de lucro y organizaciones del tercer sector. Los sindicatos, ya sea ellos mismos o de forma paritaria con las organizaciones de empleadores, deberían tener cierto papel. No obstante, el ejemplo comparado de USA enseña que los grupos de presión tienden a arrinconarlos a un protagonismo prácticamente testimonial.

Finalmente, y no menos importante, una corriente normativa que va haciéndose paso en algunos sistemas de relaciones laborales especialmente liberales tiende a cuestionar la prohibición de sustituir a los huelguistas mediante el recurso a las agencias privadas de empleo. Constituye una tendencia muy elocuente de que el Convenio 181 de OIT, a pesar de las admoniciones de su Recomendación homónima, apostó demasiado fuerte cuando dio luz verde a una expansión definitiva de estas entidades. Las cuales, contextualizadas en los sistemas de relaciones laborales, llevan en su código genético el aumento de la precariedad y de las situaciones de abuso a menos que las legislaciones internas, regionales e internacionales las sometan a un férreo control y supervisión de su actividad.

²² Un comentario muy crítico a este proyecto, en Ford & Novit (2015), pp. 522 ss. Por lo que interesa a este tema, pp. 538 ss.

Referencias

- Antoni, M. & Jahn, E.J. (2009). Do changes in regulation affect employment duration in temporary help agencies? *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 62, nº 2, 226-251.
- Arbitration Conciliation and Advisory Service (2011). *What role for trade unions in future workplace relations?* London.
- Bailey, L.W. (1977). Construction union hiring halls: Service under a collective bargaining agreement as a prerequisite to high priority referral. *William & Mary Law Review*, vol. 19, nº 2, 203-216.
- Bartkiw, T. (2012). Unions and temporary help agency employment. *Relations Industrielles*, vol. 67(3), 453-476.
- Befort, S.F. (2003). Revisiting the black hole of workplace regulation: A historical and comparative perspective of contingent work. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, vol. 24, nº 1, 153-178.
- Benassi, C. & Vlandas, T. (2016). Union inclusiveness and temporary agency workers: The role of power resources and union ideology. *European Journal of Industrial Relations*, vol. 22 (I), 5-22.
- Berger, M., (1997). Unjust dismissal and the contingent worker: restructuring doctrine for the restructured employee. *Yale Law & Policy Review*, vol. 16. nº 1, 1-57.
- Bogg, A. (2016). Beyond neo-liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State. *Industrial Law Journal*, vol. 45, Nº 3, 299-336.
- Böheim & Zweimüller, M. (2013). The employment of temporary agency workers in the UK: For or against the trade unions? *Economica*, vol. 80, 65-95.
- Bronfenbrenner, K. (1988). Unions and the contingent work force. *Interface*, vol. 17, nº 4, 1-3.
- Cotton, E. (2015). Transnational regulation of temporary agency work compromised partnership between Private Employment Agencies and Global Union Federations, *Work, Employment and Society*, vol. 29 (I), 137-153.
- Ferreira, J. (2016). The German temporary staffing industry: growth, development and resistance. *Industrial Relations Journal*, vol. 47, nº 2, 117-143.
- Fidan, E. (2010). Producing precarity: The temporary staffing agency in the labor market. *Qualitative Sociology*, vol. 33, 117-136.
- Fick, B.J. (1987). Political abuse of hiring halls: Comparative treatment under the NLRA and the LMRDA. *Industrial Relations Law Journal*, vol. 9, nº 3, 339-409.
- Fineman, M.A. & Dougherty, T. (Eds.). (2005). *Feminism confronts homo economicus*. Ithaca: Cornell University Press
- Ford, M. & Novitz, T. (2015). An absence of fairness...restrictions on Industrial Action And Protest in the Trade Union Bill 2015. *Industrial Law Journal*, vol. 44, nº 4, 522-550.

- Freeman, H. & Gonos, G. (2005). Regulating the employment sharks: Reconceptualizing the legal status of the commercial temp agency. *Working USA: The journal of labor and society*, vol. 8, 293-314.
- Freeman, H. & Gonos, G. (2009). Taming the employment sharks: The case for regulating profit-driven labor market intermediaries in high mobility labor markets. *Employment rights and employment policy journal*, vol. 13, 285-361.
- Fudge, J. & Strauss, K. (Eds.). (2014). *Temporary work, agencies and unfree labour. Insecurity in the New World of work*. New York: Routledge.
- Gonos, G. & Martino C. (2011). Temp agency workers in New Jersey's logistic hub: The case for a union hiring hall. *Working USA: The Journal of Labor and Society*, vol. 14, 499-525.
- Håkansson, K. & Isidorsson, T. (2014). The trade union response to agency labour in Sweden. *Industrial Relations Journal*, vol. 45, nº 1, 22-38.
- Håkansson, K.; Isidorsson, T; Pond, R.; Sol, E.; Teissier, C., Unterschütz, J; Warneck, F. (2009). Representation of agency workers. The representation of agency workers in Europe at national and local level in France, Netherlands, Sweden, Poland and the UK, final report, Department for Work Science. Gothenburg: University of Gothenburg.
- Hatton, E. (2014). Temporary weapons: Employers' use of temps against organized labor. *Industrial Labor Relations Review*, vol. 67 (1), 86-110.
- Holst, H., Nachtwey, O & Dörre, K. (2010). The strategic use of temporary agency work-Functional change of a non-standard form of employment. *International Journal of Action Research*, vol. 6, nº 1, 108-138.
- Mitlacher, L.W. (2007). The role of temporary agency work in different industrial relations systems –a comparison between Germany and the USA. *British Journal of Industrial Relations*, vol. 45, nº 3, 581-606.
- Recht, D. A. (2005-2006). Neither mutual aid nor protection: How current National Labor Relations Board practice denies to temporary workers their right to organize. *Connecticut Law Review*, vol. 38, Nº 3, 565 ss.
- Smith, V. & Neuwirth, E.B. (2008). *The good temp*, Ithaca: Cornell University Press.
- Spattini, S. (2012). Agency work: A comparative analysis. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, vol. 1, nº 3-4, 169-210.
- Sukert, A. B. (2000). Marionettes of globalization: A comparative analysis of legal protections for contingent workers in the International community. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 27 (2), 431 ss.
- Sukert, A. B. (1996) Temporary employment and the imbalance of power, Developments in the Law-Employment Discrimination. *Harvard Law Review*, vol. 109, nº 7, 1568-1692.
- Vaccaro, J. (2002). Temporary workers allowed to join the unions: A critical analysis of the impact of M.B. Sturgis Decision. *St John's Journal of Legal Commentary*, vol. 16, 489-528.

Van Jaarsveld, D.D. (2005-06). Overcoming obstacles to worker representation: Insights from the temporary agency workforce. *New York Law School Law Review*, vol. 50, 355-384.

Waas, B. (2012-13). A quid pro quo in temporary agency work: Abolishing restrictions and establishing equal treatment: Lessons to be learned from European and German Labor Law. *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 34, 47-62.