



Revista Latinoamericana de Derecho
Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

SERVAIS, Jean-Michel

LA EXTERNALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LOS PAÍSES EUROPEOS

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 10, enero-junio, 2010, pp. 263-324

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640265010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA EXTERNALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO EN LOS PAÍSES EUROPEOS

Jean-Michel SERVAIS*

Resumen. Los cambios tecnológicos, socio-económicos, políticos y culturales que hemos observado desde hace unos veinticinco años han afectado de manera profunda la organización de la producción y la fisonomía del mercado de trabajo. Ha aumentado en particular la competencia entre empresas a nivel global; este fenómeno las ha empujado a crear nuevas estructuras de producción, incluso su fragmentación, su deslocalización y su externalización. También han llevado a cabo una flexibilización interna que concierne a las condiciones de trabajo, o externa, con el recurso más y más frecuente de trabajadores independientes, de trabajo temporal y de teletrabajo. El objetivo de este artículo consiste en analizar la externalización de la relación de trabajo en los países europeos desde el punto de vista de los trabajadores y a esbozar la tendencia que identifique garantías que podrían constituir el embrión de un derecho nuevo. Además, se hacen algunas referencias, llegado el caso, a otras legislaciones nacionales.

I. INTRODUCCIÓN

1. *El significado de la palabra “externalización”*

A. *El concepto*

Las pequeñas y medianas empresas (Pymes) siempre han constituido una parte importante, y muchas veces mayoritaria, del mercado de empleo.

* Profesor invitado en las universidades de Girona y Lieja; presidente honorario de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; ex director en la Oficina

Sin embargo, la historia social, así como el derecho del trabajo que le acompañaba y trataba de corregir sus excesos, se han focalizado sobre las grandes firmas que agrupan un número sustancial de trabajadores, donde la relación de trabajo es más impersonal y donde, por estas razones, los sindicatos operan más fácilmente.

Las reestructuraciones —deberíamos hablar en muchos casos de “des-estructuraciones”— que han tenido lugar desde el fin del siglo pasado han cambiado el cuadro. Observamos dos tipos de descentralizaciones: de un lado, las estructuras de la producción se diversifican y, del otro, las firmas confían a suministradores externos parte de la producción o de los servicios logísticos. Los dos fenómenos corresponden a una misma lógica de racionalización, pero crean situaciones jurídicas diferentes y complejas, especialmente cuando la fragmentación de la producción y la utilización de una mano de obra externa se acumulan.

Por consiguiente, tomaremos la noción de “externalización” en un sentido amplio para cubrir todas las formas de organización del trabajo que se ubican fuera de la fórmula clásica de la relación de trabajo, integrada de una manera permanente en la empresa.¹

B. *Una diversidad de métodos de producción*

Desde el punto de vista de la organización de la producción de bienes y servicios observamos, al lado del método clásico de las actividades realizadas dentro de una sola empresa, una multiplicación de fórmulas:

- Contrato civil o comercial de prestación de servicios o de obra entre partes independientes (incluso figuras contractuales que se basan en el derecho privado, como el contrato de mandato, el contrato mercantil, etcétera).
- Cadenas (fragmentación), redes o grupos (agrupación) de empresas.

Internacional del Trabajo. Este artículo constituye una versión actualizada de una ponencia presentada por el autor en el curso avanzado de derecho del trabajo para posgraduados en la Universidad de Sevilla (2-3 de septiembre de 2009) (jeanmichelservais@sunrise.ch).

¹ Véase también el núm. 9: *La subcontratación y el teletrabajo*, de la *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, julio-diciembre de 2009.

- Subcontratación (terciarización), a la cual podemos adjuntar la franquicia o la concesión; la subcontratación puede realizarse en cascada. Muchas veces las personas que trabajan dentro de ese marco jurídico reciben en la práctica una protección disminuida en relación con los otros: la precarización de su situación los conduce a no defender sus derechos, incluso sobre cuestiones tan esenciales como la salud en el trabajo. No siempre se identifica fácilmente al verdadero empleador: ¿el intermediario o el beneficiario de las prestaciones realizadas? En ausencia de una disposición legal clara, la solución depende de una interpretación de la voluntad de las partes, del examen de la naturaleza y de las condiciones del trabajo, así como del contenido del contrato.

Encontramos tres tipos de subcontratación:

- 1) De bienes y servicios, sea por un individuo o por una empresa que utiliza su propio personal.
- 2) Con objeto exclusivo o esencial de prestar mano de obra: empresas que suministran la mano de obra, agencias de trabajo temporal, empresas que prestan personal (provisionalmente) o intermediario que recluta personal. En ciertos países, algunas formas de interposición están prohibidas.
- 3) Cooperativas de trabajo, existentes en varios países de América Latina (Argentina, Colombia, Perú y otros), cuyos miembros son trabajadores puestos a disposición de la entidad usuaria (sin tener una relación de empleo con ésta ni tampoco con su cooperativa).²

El cambio en la estructura de las empresas puede tomar la forma de una transferencia de empresas, figura que está regulada a nivel nacional y europeo.

C. *Una variedad de formas de empleo*

A esa diversidad en los procesos de producción corresponde una variedad de formas de empleo que tiene su fuente en la autonomía de las partes.

² Potobsky, G. von, “Modalidades laborales y su encuadramiento normativo (tendencias en Europa y en América Latina)”, *Documento de trabajo*, 2009, p. 6.

Sin embargo, esta concurrencia de voluntades aparece como muy teórica, toda vez que el trabajador está en una posición débil. En los casos extremos, las condiciones contractuales pueden hasta ser consideradas como leoninas.

La subordinación permite distinguir el contrato de empleo del trabajo independiente. Diversas situaciones se presentan:

- 1) Casos claros de trabajo asalariado o independiente; los métodos actuales de gestión de los recursos humanos conducen a las firmas a conceder más autonomía a su personal, evolución que puede ensombrecer los criterios de la distinción.
- 2) Dudas sobre la subordinación (autoridad, dirección, vigilancia): trabajo a domicilio o trabajo temporal (¿quién es el empleador?), *portage* (concepto que permite a un trabajador autónomo facturar sus servicios a través de una empresa intermediaria que se encarga de remunerarle como si fuera empleado suyo a cambio de una comisión), etcétera.
- 3) Falsos independientes (contrato de empleo oculto detrás de un contrato de obras o de servicios); el trabajador puede también considerar positivamente este fraude (o no resistirse) porque le permite escaparse de las cargas sociales.
- 4) “Para-subordinación”: personas económicamente dependientes, pero jurídicamente independientes.

La concepción bastante formal que la mayoría de los derechos nacionales posee en cuanto a la definición de subordinación contribuye a la dificultad de identificar el trabajo asalariado: los criterios son jurídicos y el carácter económico de la dependencia no es normalmente tomado en consideración; el pequeño subcontratista, cuyo trabajo consiste esencialmente en fabricar algunos artículos para una o dos empresas, que los revenderán, depende sin duda alguna de estas firmas para su sostén; puede, sin embargo, legalmente ser considerado como un trabajador independiente, al cual ni la legislación laboral ni muchas veces el régimen de la seguridad social o el fiscal para los asalariados se le aplican. En resumen, la posición dominante no se sanciona como tal en el derecho del trabajo cuando es castigado por el derecho de la competencia. Esta observación se debe matizar hoy porque varios países

extienden a las personas económicamente dependientes parte de la protección laboral. Además, los derechos del Reino Unido y de los Estados Unidos³ toman más significativamente en cuenta las circunstancias económicas, como el *test* de la realidad económica en Inglaterra.

2. El derecho social internacional como guía para el derecho comparado

Ante todo, el derecho comparado del trabajo consiste en descubrir las diversas opciones que los países han adoptado para resolver problemas muchas veces compartidos. El derecho social internacional, en particular el de la OIT, ayuda en la elaboración de conceptos y categorías comunes, así como en la identificación de estos problemas, y propone elementos de solución que la mayoría de Estados puede aceptar. No sugiere adoptar un sistema único, sino valores que pueden integrarse en regímenes jurídicos diferentes. En este sentido, las normas internacionales sirven como guía para el estudio del derecho comparado de la externalización.

Examinaremos hasta qué punto las normas de la OIT, el derecho europeo y las legislaciones nacionales cubren en Europa las diversas formas de trabajo (II) y la necesidad de completar estas disposiciones con otras, más específicas (III).

II. LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS GENERALES A LAS DIVERSAS FORMAS DE EMPLEO

El problema que se nos plantea es saber si las normas de trabajo cubren todas las formas de empleo, incluso las más precarias. Hay que dar una respuesta matizada, ni totalmente positiva ni completamente negativa. La redacción de cada disposición permite decidir a quiénes se extiende. En la práctica, sin embargo, una mayoría de trabajadores en situación precaria encuentra dificultades para hacer valer sus derechos.

Muchos instrumentos de la OIT se aplican solamente a los asalariados cuando trabajadores independientes pueden estar también, si no es que

³ Blanpain, R. *et al.* (dirs.), *Labour Law in Motion. Diversification of Labour Force and Terms and Conditions of Employment. Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 53, 2005. Véase también la monografía sobre Suecia (por Mía Rönnmar) en la primera parte de esta publicación.

más, en la precariedad. Varias veces, las excepciones y las cláusulas de flexibilidad insertadas en los convenios descartan precisamente de sus campos de aplicación a personas, incluso asalariadas, que trabajan en los sectores más pobres, como por ejemplo en las empresas familiares o en pequeñas empresas agrícolas. El Convenio núm. 138 de la OIT sobre la Edad Mínima de Acceso al Empleo constituye una ilustración característica de un instrumento en el cual se puede limitar concretamente la aplicación a las ramas modernas de la economía.

Algunas normas, no obstante, cubren a la totalidad de los trabajadores, e incluso contienen disposiciones a favor de los más vulnerables. El Convenio núm. 78 de 1946 sobre el Examen Médico de los Menores (trabajos no industriales) indica⁴ que “La legislación determinará... las medidas de identificación que deban adoptarse para garantizar la aplicación del sistema de exámenes médicos de aptitud a los menores dedicados, por cuenta propia o por cuenta de sus padres, al comercio ambulante o a cualquier otro trabajo ejercido en la vía pública o en un lugar público”. La Comisión de Expertos para el control de la aplicación de los instrumentos de la OIT ha tomado nota con satisfacción de la adopción de leyes que protegen expresamente a estos jóvenes.

En términos más sistemáticos, si examinamos las partes principales del derecho internacional y de los derechos nacionales del trabajo y de la seguridad social, constatamos que ya muchas disposiciones se aplican más allá de los asalariados.

1. *Las libertades públicas del trabajo*

Comencemos con las normas que consagran los derechos esenciales de la mujer y del hombre en el trabajo. Figuran de manera más o menos completa y detallada en la mayor parte de las Constituciones de los países industrializados y en desarrollo. Se refieren, en particular, a la igualdad de oportunidades y de trato; a la supresión de todas las discriminaciones, legislativas y prácticas; a la abolición del trabajo forzado e infantil, así como al derecho de asociarse, palanca esencial para un reequilibrio de la relación de empleo.

⁴ Artículo 7o. (2).

Los convenios núms. 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, de 1948; 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, de 1949; 141 sobre las Organizaciones de Trabajadores Rurales, de 1975 y los otros instrumentos de la OIT relativos a los derechos sindicales, se aplican en principio a todos los trabajadores de cualquier tipo de empleo. Se extienden a los asalariados a domicilio o temporales y a los autónomos. Lo mismo se puede decir normalmente de las legislaciones europeas.

Las normas nacionales e internacionales sobre las relaciones profesionales enfocan esencialmente la situación de los trabajadores empleados en establecimientos industriales, comerciales y agrícolas. Nada impide evidentemente llevar a cabo discusiones y concluir acuerdos consagrados a categorías de trabajadores de los cuales nos ocupamos; esto permitiría a la vez llenar lagunas en las legislaciones y adaptar las disposiciones nacionales en vigor a las necesidades específicas de los interesados. Sin embargo, no es cómodo integrar al movimiento sindical o a otras estructuras asociativas (como las cooperativas) a trabajadores dispersos que flotan de un empleo a otro. El carácter casi familiar de ciertas relaciones de trabajo en las Pymes agrega otra dificultad: refrena el recurso a un tercero, delegado sindical u otra instancia exterior al establecimiento. Además, las legislaciones nacionales prevén muchas veces un marco que facilita las relaciones sindicales pero que no toma en cuenta la situación particular de los trabajos precarios, y aún menos de los autónomos.⁵

De la misma manera, difícilmente se puede concebir, en la práctica, una huelga para impedir la decisión de descentralizar la producción,⁶ y mucho menos imaginar una acción colectiva iniciada por parte de los trabajadores en situación de empleo precario.

Existen ejemplos de agrupaciones de trabajadores desfavorecidos que han tenido éxito incluso en la economía informal de los países en vías de

⁵ Véase, por ejemplo, en Canadá: Coiquaud, U., “La loi et l'accès à la syndicalisation de certains travailleurs non salariés vulnérables : une relation pathologique ?”, *Les Cahiers du droit*, vol. 48 (1-2), marzo-junio de 2007, pp. 65-92; “Le difficile encadrement juridique des travailleurs autonome en situation précaire : le cas des chauffeurs locataires de taxi”, *Relations industrielles / Industrial Relations*, vol. 64 (1), 2009, pp. 95-111.

⁶ Yanpelda, V., *Décentralisation productive et droit du travail. Réflexions à partir du droit camerounais*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2009.

desarrollo. Uno de los más famosos es la *Self-Employed Women's Association* (SEWA) en India. Su rol no se limita a la reivindicación tradicional; provee a sus miembros (o los ayudan a obtener) facilidades de créditos, consejos para la creación y la gestión de su establecimiento y para el marketing o el acceso a ciertas técnicas, etcétera. Aquí, las cooperativas tienen igualmente un papel evidente. Los sindicatos tradicionales también buscan cada vez más la afiliación de esos trabajadores.

Esas organizaciones les aportan información y consejos sobre la legislación vigente y se esfuerzan por elevar la protección mediante reformas a las leyes o a través de la firma de convenios colectivos. No obstante, su poder de negociación es muy débil. Pueden más fácilmente ayudar a la creación de mecanismos de participación o de consulta con las partes en la relación de empleo o con las autoridades públicas. Contribuyen también al mejoramiento de las relaciones de trabajo (con sus consecuencias, a la vez, sobre la calidad del empleo y sobre el rendimiento) y comprometen a los poderes públicos a una política más activa de apoyo (por no decir nada de los frenos puestos a ciertas medidas autoritarias, tales como el traslado discrecional del lugar de trabajo).

Más generalmente, esas agrupaciones pueden suscitar o estimular los esfuerzos de las administraciones nacionales para crear una infraestructura favorable al desarrollo cualitativo de esas ramas de actividad.

Se trata de eliminar los reglamentos y las prácticas restrictivas (en materia de registro, de permiso, etcétera) y de promover el acceso a las facilidades ofrecidas: créditos, locales, enlace a los sistemas de agua, electricidad y cloacas; servicios de salud, educación de base y formación; suministro de materias primas y de equipos de base, así como asesoramiento en marketing. Se trata también de las subvenciones públicas (y de lucha contra los préstamos usurarios) o de las ventajas fiscales. Se trata además de la clarificación de los derechos (especialmente de propiedad) y de las obligaciones de los interesados. Los empresarios deben ser alentados para ofrecer, en los lugares de trabajo, instalaciones sanitarias y facilidades de restauración mínima.⁷

⁷ Véase, sobre ese tema, Servais, J. M. (dir.), "Relaciones laborales, democracia y cohesión social", *El trabajo en el mundo 1997-98*, Ginebra, OIT, 1997, pp. 185-234; Feldman, S., *La organización y la representación de quienes desarrollan actividades en el sector informal en Argentina, Brasil y Perú*,

Las mismas observaciones valen para las negociaciones colectivas y las relaciones sindicales en la empresa o a un nivel más alto. No es fácil poner en práctica los principios de la concertación social, aunque nada impide llevar a cabo discusiones y concluir acuerdos que protegen las categorías no tradicionales de trabajadores. Veremos qué convenios colectivos se firman, por ejemplo, a favor de los trabajadores temporales o los teletrabajadores. Sin embargo, los ejemplos no son numerosos. Ningún país ha logrado integrar realmente en el diálogo social nacional a las categorías de las personas más vulnerables. La prohibición del *trabajo forzoso u obligatorio* también se extiende a todos los grupos de trabajadores. Lo mismo se puede decir del trabajo de los niños.

Los instrumentos internacionales y las reglamentaciones nacionales formulan las reglas sobre la *igualdad de oportunidades y de trato* en términos generales, sin limitar su campo de aplicación personal o profesional. Aún recalcan algunas veces la necesidad de proteger especialmente a las personas más débiles, como lo hace la recomendación núm. 165 de la OIT, de 1981, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.⁸

La protección de la vida privada del trabajador constituye otra libertad consagrada por casi todas las Constituciones europeas o por instrumentos equivalentes que cubre la protección de los datos personales y que se aplica igualmente a todas las personas, asalariadas o no.

2. Empleo

Las leyes sobre la promoción del empleo tienen un alcance muy general. Al nivel de la OIT, el Convenio núm. 122 sobre la Política del Empleo, de 1964, concierne a “todas las personas disponibles y que busquen trabajo”;⁹ contiene disposiciones que se refieren específicamente a diversas formas de actividades (de temporada, familiar, autónomo, etcétera). De la misma manera, una política activa al respecto no se concibe sin orientación y formación profesional de alta calidad, que atañe una vez más a toda la población acti-

documento de trabajo, Ginebra, OIT, 1997; véase *Labour Conditions in Indochina*, Ginebra, ILO, 1938, pp. 189 y 195.

⁸ Párrafo 21.

⁹ Artículo 1o., párrafo 2.

va. El Convenio núm. 181 sobre las Agencias de Empleo Privadas, de 1997, se aplica a todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de la actividad económica, salvo la de la gente de mar.¹⁰ El Convenio intenta proteger a los interesados contra los abusos, como lo hace la directiva europea núm. 2008/104 del 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo prestado a través de empresas de trabajo temporal y a las legislaciones nacionales.

Por otro lado, el Convenio núm. 158 de la OIT sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, de 1982, se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas, pero contiene excepciones que se encuentran también en las legislaciones nacionales respecto de los trabajadores bajo un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar una tarea determinada, los que desempeñen un periodo de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido y los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un periodo de corta duración.¹¹

3. *La administración del trabajo*

El Convenio núm. 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo, de 1978, se refiere principalmente a los asalariados, pero prevé la posibilidad de ampliar las funciones a fin de incluir actividades que se llevarían a cabo en colaboración con otros organismos competentes, relativas a las condiciones de trabajo y de la vida profesional de determinadas categorías de trabajadores que, para efectos jurídicos, no se pueden considerar personas en situación de empleo.¹² El Convenio núm. 160 sobre Estadísticas del Trabajo, de 1985, y la Recomendación núm. 170 que lo completa cubren igualmente a toda la población activa. Las normas sobre la inspección del trabajo enfocan en primer lugar la situación de los asalariados de los establecimientos industriales y agrícolas comerciales y no comerciales y a los de servicios no comerciales.¹³ No obstante, el artículo 5o. del Convenio núm. 129 sobre

¹⁰ Artículo 2o.

¹¹ Artículo 2o.

¹² Artículo 7o.; véase también el artículo 6o. (2), inciso b.

¹³ Convenio núm. 81 sobre la Inspección del Trabajo, de 1947, y Protocolo 81 de 1995; Convenio núm. 129 sobre la Inspección del Trabajo (Agricultura), de 1969. En el protocolo 81 se entiende como servicios no comerciales, "...las actividades llevadas a cabo en todas las cla-

la Inspección del Trabajo (Agricultura), de 1969, prevé la extensión del sistema de control a los arrendatarios que no empleen mano de obra externa; aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas; a las personas que participen en una empresa económica colectiva, como los miembros de cooperativas, y a los miembros de la familia del productor. Las legislaciones nacionales siguen las mismas consideraciones.

4. *Las condiciones de trabajo*

Las normas sobre las condiciones de trabajo están formuladas ante todo para las personas empleadas en empresas industriales, comerciales e incluso agrícolas. Sin embargo, el análisis del texto algunas veces permite concluir que cubre otras formas de trabajo, incluso el de por cuenta propia. La observación se verifica especialmente en el campo de la salud en el trabajo, en el cual la extensión se hace más fácilmente, lo cual se dice expresamente en algunas recomendaciones de la OIT.¹⁴ En el plano nacional, el Código del Trabajo francés impone a los trabajadores independientes la obligación de aplicar los principios de prevención para evitar los accidentes de trabajo.¹⁵ De la misma manera, las legislaciones australiana, británica y sueca sobre la seguridad y la salud en el trabajo se aplican total o parcialmente a ciertas categorías de trabajadores independientes.

Aquí se toca otro punto esencial. Poner en marcha una reglamentación sobre la duración u otras condiciones de trabajo para actividades a domicilio, por ejemplo, que parece imposible. De igual forma, se intenta razonar a

ses de lugares de trabajo que no se consideren industriales o comerciales a los efectos del Convenio 81”.

¹⁴ Véanse las recomendaciones núms. 156 sobre el Medio Ambiente de Trabajo (Contaminación del Aire, Ruido y Vibraciones), de 1977, párrafo 1(1); 164 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, de 1981, párrafo 1(1); 171 sobre los Servicios de Salud en el Trabajo, de 1985, párrafo 2(2); 172 sobre el Asbesto, de 1986, párrafo 1(2); 175 sobre Seguridad y Salud en la Construcción, de 1988, párrafo 2(2), inciso *d*; 177 sobre los Productos Químicos, de 1990, párrafo 4.

¹⁵ Aubert-Montpeyssen, Th., “Les frontières du salariat à l’épreuve des stratégies d’utilisation de la force de travail”, *Droit social*, núm. 6, junio de 1997, pp. 616-625; Véase J-Ch. Tham, “Australia”, Mía Rönnmar “Sweden”, C. Barnard “United Kingdom”, todos en la primera parte de Blanpain, R. *et al.* (dirs.), *Labour Law in Motion...*, *cit.*

propósito de la seguridad y de la higiene del trabajo, pero entonces deben intervenir otras consideraciones, en particular la incidencia de ciertas prácticas sobre la salud o la vida misma del trabajador, de su cónyuge, de sus hijos. Importa, en consecuencia, identificar los lugares, las operaciones o las sustancias peligrosas e imponer un mínimo de protección. Se imponen reglas elementales de espacio y de higiene para el uso de locales con fines profesionales (y aún más si también sirven de habitación). El control aparece aquí más cómodo en la medida en que la autoridad local pueda efectuarlo. La obligación general de seguridad a cargo del empleador puede además imponerle, en beneficio de los que trabajan para él, la contratación de un seguro que libere su responsabilidad y que garantice el pago de indemnizaciones en caso de enfermedad o accidente.

Las mismas reflexiones se aplican a la edad mínima de acceso al empleo y a la protección del trabajo de los adolescentes.

¿Se puede prever un mecanismo de fijación de un salario mínimo para los trabajos precarios? La pregunta no surge teóricamente. Las obligaciones de ofrecer una remuneración decente existen en varios casos, incluso, como lo veremos, para los trabajos autónomos.

La legislación internacional del trabajo, como muchos derechos nacionales, refuerza la protección de ciertos trabajadores en razón de su sexo (prohibición para las mujeres de ciertos trabajos; garantías de la maternidad) o de su edad (trabajadores jóvenes o mayores de edad). Las normas que conciernen a las trabajadoras están esencialmente concebidas para el trabajo subordinado. Por el contrario, la mayor parte de los instrumentos de la OIT consagrados a los trabajadores jóvenes (edad mínima de admisión al empleo, prohibición del trabajo de noche, examen médico, trabajos subterráneos en las minas), así como la Recomendación núm. 162 sobre los Trabajadores de Edad, de 1980, se refieren expresamente al empleo asalariado y al trabajo independiente.

Más allá de eso, es una difícil tarea verificar la aplicación de la legislación sobre las condiciones de trabajo a los trabajos precarios en virtud de que los textos en vigor no fueron concebidos, en la mayoría de los casos, para estos tipos de actividades.

5. *Seguridad social*

Los convenios de seguridad social adoptados por la OIT desde 1952 se dirigen, según fórmulas que varían, a categorías sean de asalariados o, más ampliamente, de la población activa o de los residentes.¹⁶ Algunos instrumentos precisan la cobertura de los aprendices. En realidad, los trabajadores de los cuales nos ocupamos experimentan muchas dificultades para integrarse a los regímenes nacionales de seguridad social, y cuando existen, esos trabajadores figuran entre los que pueden ser excluidos de los beneficios. Es a veces el caso de los trabajadores ocasionales, como también de los trabajadores a domicilio según se establece en el Convenio núm. 121 de la OIT sobre las Prestaciones en Caso de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, de 1964.¹⁷ En estos casos, las recomendaciones complementarias sugieren frecuentemente levantar esas restricciones, eventualmente, de manera progresiva.

Además, los prestadores de trabajos precarios no cumplen convenientemente las condiciones requeridas para recibir las prestaciones, en particular la obligación de cumplir con un periodo mínimo de empleo (o un número mínimo de horas de trabajo) o de cotizaciones (o de haber pagado un monto mínimo de cotizaciones). El Convenio núm. 102 sobre la Seguridad Social (Norma Mínima), de 1952, el instrumento básico en esta materia, lo mismo que los convenios más recientes, permiten imponer periodos de actividad. Las reglamentaciones nacionales contienen, algunas veces, ajustes a las condiciones laborales particulares de ciertos grupos, como cuando ofrecen prestaciones de desempleo a los trabajadores estacionales.¹⁸

Otra dificultad es el importe de los beneficios de la seguridad social que muchas veces depende del salario anterior de los interesados, que en el caso de los trabajadores “atípicos” puede ser, por consiguiente, bastante limitado. Este método de cálculo no es sin embargo el único: otras técnicas no están directamente vinculadas a las remuneraciones recibidas.

¹⁶ Véanse los convenios núms. 121 (artículo 4o.), 128 (artículos 9o. y 22) y 130 (artículo 10).

¹⁷ Artículo 4o. (2), inciso b.

¹⁸ En la línea del Convenio núm. 102, artículo 24, párrafo 4.

Aquí se toca un problema esencial: la adaptabilidad de la seguridad social —que es una garantía de los beneficios— para categorías importantes de trabajadores que, en razón de su pobreza y de la precariedad de su empleo, se integran particularmente mal a los sistemas de protección social que se basan en contribuciones individuales.

III. NORMAS ESPECÍFICAS

Las normas particulares para ciertas categorías de personas se encuentran en temas que interesan especialmente a los respectivos trabajadores, como los salarios, la seguridad social, los riesgos laborales o la estabilidad en el empleo. Temas que se refieren a la extensión o a la adaptación de las reglas generales de trabajo a situaciones en las cuales se considera que no pueden aplicarse como tales por razones económicas, técnicas o sociales. Enfoquemos sucesivamente las técnicas de extensión de las relaciones de trabajo o de asimilación (1) a la llamada parasubordinación (2) y a las protecciones particulares (3).

1. *Extensión de las relaciones de trabajo o de asimilación*

Cuando se multiplicaron por primera vez las formas atípicas de trabajo se observó en varios países europeos una tendencia a utilizar una amplia definición de la subordinación (España, Francia) y a identificar una serie de indicios que confirman la dependencia (Alemania, Francia, Irlanda). Recientemente, sin embargo, la jurisprudencia ha adoptado a veces una concepción más restrictiva del asalariado (Reino Unido) y reconoce la especificidad de estas figuras de empleo.¹⁹ Comparando las jurisprudencias nacionales se puede observar, además, que los criterios e indicios para establecer la subordinación se basan en la historia social propia de cada país.²⁰

¹⁹ Véase OIT, *La relación de trabajo*, Informe V (1), Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 95a. reunión, 2006; Supiot, A. (dir.), *Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Informe de la Comisión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

²⁰ Véase sobre este tema: Deakin, S., “The Comparative Evolution of the Employment Relationship”, en Davidov, Guy y Langille, Brian (dirs.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford-Portland, Oregón, International Institute for Labour Studies, 2006.

En Bélgica, una ley del 27 de diciembre de 2006 creó una comisión administrativa que es la que decide si hay una relación de trabajo asalariado o subordinado, reservando un recurso ante los tribunales. Su objetivo es eliminar las incertidumbres y determinar rápidamente el tipo de relación de que se trata. Mecanismos parecidos existen en África del Sur y en la provincia canadiense de Québec. En Italia, organismos paritarios, públicos o académicos son los que proceden a tal certificación.²¹ La directiva europea núm. 91/533 del 14 de octubre de 1991 trata sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Este instrumento indirectamente obliga al empleador a pronunciarse desde el principio sobre la condición que atribuye al trabajador, sea dependiente o independiente, pues sólo en el primer caso le enviará la información requerida y el trabajador que no la reciba y que se considere dependiente podría recurrir ante el tribunal nacional competente.²²

La Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la Relación de Trabajo intenta facilitar la identificación de las relaciones de trabajo. Una forma evidente consiste en reconocer el fraude en la formulación de la relación; otras consisten en técnicas de asimilación al trabajo asalariado.

La OIT adoptó la Recomendación núm. 198, de 2006, sobre la Relación de Trabajo después de ásperas discusiones. Esta recomendación se dirige a la determinación del trabajo asalariado de una manera opuesta a las relaciones profesionales independientes. Las asociaciones empresariales han mantenido reservas sobre este instrumento, aunque, como se sabe, no tiene un carácter obligatorio.

El texto insiste sobre la necesidad de proteger a todas las personas que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo, así como la aplicación efectiva de las normas a las cuales tienen derecho. La existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y a la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cual-

²¹ OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe V, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 91a. reunión, 2003; Conte, M. del y Tiraboschi, M., "Italy", en Blanpain, R. *et al.* (dirs.), *Labour Law in Motion...*, *cit.*

²² Sobre el caso particular de Finlandia véase OIT, *op. cit.*

quier arreglo contrario que se haya convenido por las partes, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza. Los Estados deben establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

La recomendación citada intenta facilitar la identificación de la relación de trabajo cuando ésta está encubierta en el contexto de una falsa independencia (a causa de una simulación) o cuando los trabajadores no tienen un estatuto jurídicamente claro (a causa de una situación ambigua). A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, sugiere métodos que hoy se han adoptado por varios países. Es decir, que existe la posibilidad de: *a)* admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; *b)* consagrar la presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se presentan uno o varios indicios, y *c)* determinar qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

La lucha contra el uso fraudulento del contrato de derecho privado

En los años de 1980 en Portugal se crearon los “recibos verdes” para los trabajadores autónomos y las profesiones liberales que se transformaron poco a poco en el destino de un trabajador de cada cinco. Hoy, los falsos “recibos verdes” se han convertido en el símbolo de la precariedad social de un país muy afectado por la crisis económica.²³ Sabemos que el uso de contratos mercantiles o de falsas cooperativas de trabajo constituye una extendida práctica en Europa del Este o en América Latina, por ejemplo, para evitar la aplicación de la legislación social. La sanción consiste normalmente en restablecer retroactivamente la verdadera situación y/o en imponer una indemnización, llegado el caso.

En algunos países ciertas actividades *se asimilan legalmente*, total o parcialmente, *al trabajo subordinado*, a través de dos técnicas muy cercanas:

La primera es una “presunción de subordinación” (Alemania, Bélgica, Francia, Portugal y también África del Sur). Las disposiciones legislativas

²³ *Le Monde*, París, 3 de junio de 2009.

admiten o no la prueba contraria, lo que depende del nivel de protección que el legislador desea imponer. En Bélgica, la presunción es irrefutable para los trabajadores reclutados por las agencias de trabajo temporal o para los deportistas profesionales; en cambio, es refutable para los representantes de comercio, en tanto que el código francés de trabajo no admite prueba contraria en este caso. La presunción es rebatible en Francia para los periodistas profesionales, los artistas de espectáculo y los modelos.

En Francia existe igualmente una presunción de trabajo independiente expresada en una ley que intenta promover la creación de pequeñas empresas.²⁴ Hay otras leyes que han intervenido para consagrar el carácter independiente de la relación como para los transportistas en España o los taxistas en Francia.²⁵

Otra técnica es la extensión de la protección del derecho del trabajo más allá de los asalariados (Alemania, Francia, Países Bajos —para los despidos económicos— y Suecia). En Francia, la extensión se refiere a categorías como los trabajadores a domicilio, los gerentes de las sucursales de los almacenes y tiendas de alimentos, asistentes maternos, algunos distribuidores y suministradores de servicios. Recordemos que Francia conoce el concepto de *portage* que permite a una persona facturar sus servicios a través de una empresa intermediaria que se encarga de remunerarle como si fuera empleado suyo a cambio de una comisión;²⁶ desde hace poco, estos trabajadores se consideran asimilados a trabajadores temporales.

En Canadá, algunas leyes provinciales y la legislación federal asimilan a ciertos trabajadores económicamente dependientes, como los conductores de un camión, a los asalariados, para los fines de las relaciones colectivas de trabajo.²⁷

Dinamarca conoce la categoría de los trabajadores “freelance”, que se encuentra en particular en los sectores de la informática, de la contabilidad y

²⁴ Vericel, M., “Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1^{er} août 2003 pour l’initiative économique)”, *Droit social*, núm. 3, marzo de 2004, pp. 297-300.

²⁵ Supiot, A., “Les nouveaux visages de la subordination”, *Droit social*, núm. 2, febrero de 2000.

²⁶ Jamoulle, M. *et al.*, *Le portage salarial : mise à disposition, sous-traitance ou intérim ?*, Bruselas, Kluwer, 2005.

²⁷ Verge, P., *Configuration diversifiée de l’entreprise et droit du travail*, Saint Nicolas, Québec, P U Laval, 2003.

de la distribución, que se benefician de una extensión de las protecciones en materia de salud en el trabajo y de la maternidad.

A la inversa, la legislación puede precisar que ciertas formas de empleo no son relaciones de trabajo, o excluir ciertas categorías de trabajadores de su ámbito de aplicación, mientras otras leyes autorizan al gobierno a hacer tales exclusiones. En España, la legislación excluye a los consejeros o miembros de los órganos de administración de empresas bajo formas de sociedades, a que actúen como tales; a quienes realizan trabajos a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, actividades mercantiles y trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariado de quienes los llevan a cabo.²⁸

2. *Parasubordinación*

La Recomendación núm. 198 sobre la Relación de Trabajo, adoptada en 2006, se centra en la determinación del trabajo asalariado de una manera opuesta a las relaciones profesionales entre personas independientes. No trata de situaciones al margen donde no se puede demostrar legalmente la subordinación como el trabajo jurídicamente autónomo pero económicamente dependiente, que ha recibido un tratamiento específico de parte de varios derechos nacionales, incluidos el alemán, el español, el italiano y el británico, países que ofrecen garantías limitadas para estos trabajadores “parasubordinados” o cuasi-subordinados.

A. *Los criterios de la parasubordinación*

Se trata de personas que trabajan por cuenta propia pero que dependen económicamente del otro contratante. Elaborar una categoría particular exige que se definan los criterios de esta categoría de personas.

La Ley española núm. 20/2007 del 11 de julio de 2007 sanciona el “Estatuto del Trabajo Autónomo”, el cual consagra en el capítulo III del título II al trabajo económicamente dependiente y enumera las notas características que lo definen: la realización de una actividad económica o profesional a tí-

²⁸ OIT, *La relación de trabajo*, cit.

tulo lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica (cliente), de la que depende económicamente por percibir al menos el setenta y cinco por ciento de sus ingresos. Al mismo tiempo se le imponen varias condiciones: no tener asalariados ni subcontratar su actividad; no ejercer tal actividad “de manera indiferenciada” con los demás trabajadores ocupados con el cliente; disponer de infraestructura y material propios; desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, aunque reciba instrucciones técnicas del cliente, y percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad. En Alemania, el porcentaje de los ingresos es de cincuenta por ciento para el cuasi-asalariado (*Arbeitnehmerähnliche Person*).

La debilidad del trabajador frente a su cliente depende de la duración de la relación con él. El tiempo constituye un elemento característico de la parasubordinación, como lo manifiesta la dependencia de la organización productiva del parasubordinado frente a las actividades del comitente.²⁹

B. *Las protecciones ofrecidas*

El Estatuto español del Trabajo Autónomo establece, por una parte, un régimen profesional común para todos los trabajadores autónomos (derechos profesionales; garantía de los derechos fundamentales, incluso a la no discriminación; protección de menores; forma y duración del contrato; prevención de riesgos laborales; deberes profesionales básicos y responsabilidad para sus deudas; derechos colectivos y seguridad social). Según el artículo 10, los trabajadores autónomos tienen derecho a la percepción de la contraprestación económica por la ejecución del contrato en el tiempo y la forma convenidos. Cuando el trabajador autónomo ejecute su actividad profesional para un contratista o subcontratista, en principio tendrá derecho a una acción en contra del empresario principal hasta por el importe de la deuda que éste le deba a aquél al momento de la reclamación. Por otra parte, la ley prevé reglas particulares para los trabajadores económicamente dependientes (contrato escrito; jornada de la actividad profesional; extensión contrac-

²⁹ Antonmattei, P. H. y Sciberras, J. C., *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, noviembre de 2008.

tual; extinción contractual de la actividad profesional; acuerdos de interés profesional; competencia jurisdiccional; procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos). Se debe observar que los acuerdos colectivos sólo tienen en este caso la eficacia limitada del derecho común (artículo 13), lo que limita las posibilidades ofrecidas por el derecho colectivo para reforzar la protección de esta categoría de trabajadores.³⁰

El concepto de parasubordinación también ha sido reconocido en el Reino Unido a través de una distinción entre el trabajador asalariado (*employee*) y el autónomo (*worker*), quien es diferente del independiente (*self-employed*). Los trabajadores autónomos reciben una protección menos extensa que los asalariados, pero superior a la de los independientes. Por ejemplo, la ley británica de 1998 sobre el salario mínimo se aplica no solamente a los asalariados sino también a los otros trabajadores (*workers*) que prestan servicios personales, aunque no están legalmente en la misma posición. Y también se benefician de una cierta protección en materia de tiempo de trabajo (duración y descansos).³¹

Más allá de asimilaciones a los asalariados para el beneficio de normas de protección social, el derecho alemán aplica al trabajador en situación de dependencia económica (*Arbeitnehmerähnliche Person*) varias disposiciones relativas a los convenios colectivos, a las condiciones de empleo (descansos, salud en el trabajo, acoso laboral) y a los conflictos de trabajo. Los agentes comerciales económicamente dependientes pueden presentar una acción ante los tribunales laborales.³²

La legislación italiana ofrece a los parasubordinados con *collaborazione coordinata e continuativa* un estatuto que se acerca al estatuto de los asalariados. Dis-

³⁰ Ojeda Avilés, A., “La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial del estatuto autónomo”, *Aranzadi Social*, núm. 4/2009 (Tribuna).

³¹ Melann, D., *Regulating Flexible Work*, Oxford University Press, 2006; Bronstein, A., *Current Challenges of the Labour Law*, Ginebra, OIT- Palgrave, 2009; Antonmattei, P. H. y Sciberras, J. C., *op. cit.*; Barnard, C., *op. cit.*

³² Véase Körner, M., “La transformation du contrat de travail”, *Tendances actuelles du droit social allemand. Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1998, pp. 29 y 30; Wank, R., “Germany”, en Blanpain, R. et al. (dirs.), *Labour Law in Motion...*, cit.; Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., “Derecho del trabajo (en sus dimensiones individual y colectivo) y descentralización de la producción”, *Informe general* al 18o. Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, septiembre de 2006.

tingue entre los contratos de colaboración coordinada y continua (“co-co-co”), de una parte, y los contratos de colaboración de proyecto (“co-co-pro”), de la otra. Todos reciben ciertas garantías en términos de conclusión del contrato (por escrito), de remuneración proporcionada y de causa justa para la terminación de la relación; también tienen un deber de reserva. Los últimos se benefician de una protección superior en materia de remuneración, de protección social (incluso las cotizaciones del co-contratante) y de formación.³³ Las tres grandes confederaciones sindicales tienen organizaciones específicas para esta categoría de trabajadores.

3. *Protecciones particulares*

Desde un punto de vista puramente técnico, no es siempre fácil extender simple y llanamente el código de trabajo o las leyes equivalentes a categorías de empleo, como el trabajo a domicilio o temporal, y aún más al trabajo autónomo. Muchas veces estos ajustes parecen indispensables para tomar en consideración sus necesidades específicas.

Una solución consiste en la adopción de normas particulares. La OIT, la UE y los Estados han elaborado normas particulares sobre el trabajo temporal o a domicilio y recientemente han tratado de adaptar las normas generales en materias como la seguridad y la higiene profesionales a las propias necesidades de estas personas.

La medida de sus garantías variará según las condiciones propias de cada país y el contexto político, y representará al final un punto de equilibrio entre exigencias opuestas: la igualdad de trato, las protecciones mínimas para la vida, la salud, el bienestar de esos trabajadores y de su familia, las coacciones macro y microeconómicas, el deseo de promover empleo.

La aplicación de las normas del trabajo da lugar a controles llevados a cabo por inspectores del trabajo que deben integrar un cuerpo de funcionarios bien formados y en número suficiente. Si las leyes, cualesquiera que ellas sean, no son jamás totalmente respetadas, en el ámbito laboral rápidamente se llega a los límites de la obligatoriedad de las reglas estatales. La ve-

³³ Ojeda Avilés, A., “La ‘externalización’ del derecho del trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 148, núm. 1-2, 2009; Antonmattei, P. H. y Sciberras, J. C., *op. cit.*

rificación de la norma se complica especialmente en el caso de externalización del trabajo. Además, a juicio de algunos, las dificultades económicas actuales parecen justificar todas las infracciones; las violaciones se hacen frecuentes y se hace dudar del valor jurídico y de la utilidad de estas normas del trabajo; entonces su credibilidad está en tela de juicio.

Las empresas multinacionales que subcontratan todo o parte de su producción en países de bajos salarios encuentran cada vez más dificultades debido al comportamiento de los empresarios escogidos con su personal. Además de las cuestiones éticas que la situación plantea, estas grandes sociedades comerciales se preocupan de su imagen de marca y de las amenazas de boicot impulsadas en distintos lugares a instigación de sindicatos o de organizaciones de defensa de los derechos humanos. Si lo saben, los consumidores estarán en contra de que tal vestimenta sea fabricada o tal fruta recogida por niños en condiciones de higiene y seguridad deplorables, o los obreros privados de derechos elementales de sindicalización y de negociación colectiva. Lo anterior ha conducido —progreso significativo— a ciertas empresas multinacionales a imponer a sus subcontratistas un código de buena conducta social, más o menos detallado; un código controlado por organizaciones no gubernamentales o por verdaderos inspectores privados, contratados al efecto por estas multinacionales. Así, el sector privado mitiga, él mismo, la ausencia de una legislación protectora suficiente, o la falta de controles ejercidos a nivel nacional.

Hemos distinguido al principio de este documento la diversidad de métodos de producción y de formas de trabajo: normas específicas que son adoptadas con objetivos que se deben sobre todo a las modalidades del empleo (A) o al modo de organización de la producción (B) que se entrelazan íntimamente para dar un tratamiento jurídico específico en cada situación.

A. Según las modalidades del empleo

a. El trabajo autónomo

Como es sabido, el derecho del trabajo y el de la seguridad social se construyeron para ofrecer una protección a los asalariados, y al principio no se aplicaba fuera de las relaciones de trabajo subordinadas. No obstante,

una situación aparente de autonomía puede ocultar una verdadera relación asalariada. Hemos examinado las medidas que utilizan los derechos nacionales con el fin de atravesar el velo de la ficción.

También hemos subrayado el interés de extender a los trabajadores autónomos una parte, al menos, de las garantías previstas en las leyes sociales, incluso más allá de los “parasubordinados”. Hoy día, a menudo se encuentra más pobreza en el trabajo independiente que en el trabajo subordinado (a pesar del fenómeno de los pobres trabajando o *working poors*), porque el salario constituye aún la mejor protección que conocemos contra la miseria. Esta observación corresponde a un verdadero cambio en la visión que la gente tiene de la situación social de los distintos grupos sociales: anteriormente las profesiones independientes eran consideradas como superiores en términos de estatuto social, cuando ahora cada uno busca la protección del asalariado.

La aplicación, o no, de una norma a los trabajadores autónomos depende de su formulación, así como de su objetivo: varias reglas no tienen que ver con los trabajadores por cuenta propia.

Muchas disposiciones, incluso instrumentos de la OIT, los cubren implícitamente, en particular cuando utilizan el término “trabajador” sin otra calificación, es decir sin restringir su sentido solamente a los asalariados.³⁴ Otros textos, como el Convenio núm. 141 sobre las Organizaciones de Trabajadores Rurales, de 1975, mencionan claramente a las personas por cuenta propia. De la misma manera, el título mismo del Convenio núm. 111 sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), de 1958, indica que se extiende a estos trabajadores.

Sin excluir formalmente a los trabajadores independientes y sin resultar completamente inaplicables, numerosos textos no son concebidos para estos tipos de actividades. La administración y la inspección del trabajo figuran como ejemplos de esta categoría de leyes, aunque algunas disposiciones prevén la extensión progresiva de su campo de aplicación incluso a personas por cuenta propia, en la línea del Convenio núm. 150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo de 1978³⁵ o del Convenio núm. 119 sobre la

³⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, *Promoción del trabajo independiente*, Informe VII, Ginebra, OIT, 1990.

³⁵ Artículo 7o.

Protección de la Maquinaria de 1963.³⁶ La Recomendación núm. 192 de la OIT sugiere la extensión progresiva del Convenio 184 sobre la Seguridad y la Salud en la Agricultura, de 1996, a los agricultores por cuenta propia.

Si las normas que tratan sobre las relaciones industriales en la empresa o en niveles más altos corresponden a los trabajadores asalariados, el reconocimiento general de la libertad de asociación permite normalmente a los trabajadores por cuenta propia constituir grupos profesionales y afiliarse a los mismos, sin beneficiarse necesariamente de la protección especial de la libertad sindical. Se encuentran casos en los cuales se firman verdaderos convenios colectivos para ciertas categorías de trabajadores autónomos, como para los pescadores en Francia.³⁷ Se continúa por beneficiar con otras garantías derivadas del derecho propio a cada profesión, como existe en muchos países, incluso con contratos-tipo en la agricultura o en la distribución comercial.³⁸ Canadá también conoce regímenes especiales de representación colectiva para algunas categorías de trabajadores independientes, como los artistas.

En España, los trabajadores autónomos son representados por asociaciones afiliadas, en particular, a la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA), a la Unión General de Trabajadores (UGT) y a la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA).³⁹ El artículo 22 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo instituye un consejo del trabajo autónomo integrado por representantes de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, cuyo ámbito de actuación sea intersectorial y estatal; por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y por representantes de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de la asociación más representativa de entidades locales en el ámbito estatal. A pesar de eso, las posibilidades de acción de las asociaciones de autónomos están más restringidas que en el caso de los asalariados,

³⁶ Artículo 13.

³⁷ Véanse Lyon-Caen, G., *Le droit du travail non salarié*, París, Sirey, 1990; Supiot, A., “L’avenir d’un vieux couple : travail et sécurité sociale”, *Droit social*, núm. 9-10, septiembre-octubre de 1995, pp. 823-831; Boissonat, Jean, *Le travail dans vingt ans*, París, O. Jacob – La Documentation française, 1995, pp. 298 y 299.

³⁸ Supiot, A., “Les nouveaux visages de la subordination”, *op. cit.*, pp. 131-145.

³⁹ Bronstein, A., *op. cit.*

porque el Estatuto del Trabajo Autónomo no toma suficientemente en cuenta la dimensión colectiva y sus potencialidades.⁴⁰ La misma conclusión se puede sacar de la legislación en muchos otros países.

Numerosas reglamentaciones excluyen implícitamente a los trabajadores por cuenta propia porque tratan situaciones que no les conciernen. Entre ellas se puede citar la protección del salario, aunque ciertas disposiciones específicas ofrecen garantías para el pago de la retribución de las obras y de los servicios, fundadas en un contrato mercantil. De la misma manera, las leyes relativas al despido no se aplican, pero otras disposiciones regulan normalmente la ruptura de estos contratos mercantiles. Interesa señalar aquí que el Convenio núm. 175 y la Recomendación núm. 182 de la OIT sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, limitan su campo de aplicación a los trabajadores asalariados.

En Australia, los contratantes independientes se benefician aún de la indemnización del desempleo y de una regulación fiscal equivalente a la de los asalariados;⁴¹ en Canadá se benefician del descanso parental.⁴²

Varios convenios de la OIT adoptados después de la Segunda Guerra Mundial en el campo de la seguridad social, dan a los Estados la opción —pero no la obligación— de proteger categorías prescritas de residentes o de la población activa (lo que incluye por consiguiente a los trabajadores independientes). Otros, como el Convenio núm. 71 sobre las Pensiones de la Gente de Mar (1946), permiten expresamente excluir a las personas que trabajan por cuenta propia.⁴³ Existe, sin embargo, una tendencia en las legislaciones de los países europeos de extender *mutatis mutandis* la seguridad social más allá del trabajo asalariado.

Finalmente, los trabajadores autónomos pueden beneficiarse de las protecciones particulares de los códigos de comercio y de otras leyes. Así, el derecho belga somete la rescisión de los contratos de concesión de venta a

⁴⁰ Ojeda Avilés, A., “La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial del Estatuto del Autónomo”, *op. cit.*

⁴¹ Véase J-Ch. Tham, “Australia”, *op. cit.*

⁴² Véase Coiquaud, U., “Le droit du travail : générateur de pauvreté ? Le cas du Canadá”, informe al Décimo Seminario Internacional de Derecho del Trabajo, de las Relaciones Laborales y de la Seguridad Social, Burdeos, COMPTRASEC, 2009.

⁴³ Artículo 2o. (2), inciso b.

normas que protegen a los concesionarios⁴⁴. Sin embargo la regulación del trabajo “profesional” queda dispersa en una pluralidad de estatutos.

La Recomendación núm. 132 de la OIT trata del Mejoramiento de las Condiciones de Vida y de Trabajo de los Arrendatarios y Aparceros (1968)⁴⁵ que pide que se ofrezca el mayor grado posible de estabilidad y seguridad. Se debería garantizar que los cánones de arrendamiento se mantengan a un nivel que permita al ocupante tener un nivel de vida compatible con la dignidad humana. Los contratos que rigen las relaciones entre los propietarios y los arrendatarios, aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas deberían ser establecidos, de preferencia, por escrito o guardar conformidad con un contrato modelo establecido por la autoridad competente.

La directiva europea núm. 86/653 del 18 de diciembre de 1986 regula los derechos y obligaciones de los agentes comerciales independientes y de los empresarios la cual requiere en particular que los agentes tengan una remuneración mínima; también prevé que se de un preaviso antes de la terminación de su contrato.

b. El trabajo a domicilio

El trabajo a domicilio es asalariado o por cuenta propia. El último claramente puede constituir una forma de externalización de actividades.

Una reseña de las legislaciones revela que algunas disposiciones cubren en términos expresos a los trabajadores a domicilio, como lo hace el Convenio núm. 26 de la OIT sobre los Métodos para la Fijación de Salarios Mínimos (1928). En la mayoría de las veces, las leyes son formuladas en términos suficientemente generales para incluir este tipo de empleo, al menos cuando se trata de trabajadores asalariados. Además, como lo hemos visto, muchas legislaciones nacionales asimilan los trabajadores a domicilio a los asalariados, o los presumen como tales. Cabe señalar, no obstante, que se encuentran normas que excluyen —o autorizan la exclusión— a los interesados, por ejemplo en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesiona-

⁴⁴ Véase Monereo Pérez, J. L., “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, *Aranzadi Social*, núm. 5/2009 (estudio).

⁴⁵ La recomendación no se aplica a las relaciones de empleo en las que el trabajo se remunera con un salario fijo (párrafo 2).

les.⁴⁶ Otros textos no conciernen a los trabajadores a domicilio por razones fundadas sobre su formulación o su naturaleza, como en el caso de actividades realizadas fuera de edificios. Más numerosos son los que no les excluyen formalmente, pero que no toman en cuenta sus propias necesidades.

Frente a este panorama de la diversidad de las reglas, la tendencia de hoy día es la adopción de textos específicos para esta categoría de trabajadores, bajo la línea del Convenio núm. 177 y de la Recomendación núm. 184 de la OIT (1996).⁴⁷ El Convenio no se aplica cuando la persona tiene el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente.⁴⁸

El estudio de las modalidades de la aplicación práctica de estas normas pone en evidencia la dificultad de controlar la ejecución de las obligaciones por parte de los empresarios. Si algunas reglas, como por ejemplo las disposiciones sobre la duración del trabajo, son particularmente difíciles de verificar, otras sobre la salud en el trabajo parecen tan fundamentales que ciertos Estados han tomado medidas especiales para asegurar un mínimo de protección. Además de las campañas de información y de la autorización dada al inspector de trabajo de penetrar en residencias privadas, es posible revelar que Alemania ha instituido un cuerpo especial de inspectores de trabajo, los *Entgeltprüfer*, que conocen mejor la situación de estos trabajadores.

La Recomendación núm. 184 de la OIT sugiere otras medidas para reforzar la eficacia de la vigilancia. Al trabajador a domicilio se le debería mantener informado acerca de sus condiciones de empleo específicas, normalmente por escrito. Las autoridades deberían disponer que se registren los empleadores que recurren a los trabajadores a domicilio y, en su caso, los intermediarios que utilizan esos empleadores. El empleador debería llevar un registro de todos los trabajadores a domicilio a los que da trabajo, desglosado por sexo, y otro del trabajo encomendado a cada trabajador, en el que se indique el plazo fijado para su realización, la tasa de remuneración,

⁴⁶ Véase también el artículo 4o. (2), inciso *b*, del Convenio núm. 121 de la OIT sobre las Prestaciones en Caso de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, 1964.

⁴⁷ Para un panorama de las legislaciones, redactada a esta ocasión, véase Conferencia Internacional del Trabajo (82a. sesión, Ginebra, 1995), *El trabajo a domicilio*, Informe V (parte 1), Ginebra, OIT, 1994.

⁴⁸ Artículo 1o., inciso *a*.

los costos asumidos, en su caso, por el trabajador a domicilio y el importe de los reembolsos correspondientes, las deducciones efectuadas con arreglo a la legislación nacional, la remuneración bruta devengada, la remuneración neta pagada y la fecha del pago.⁴⁹ La exigencia de tener registros y de redactar un escrito conduce al inspector de trabajo a verificar no sólo la observancia de las reglas aplicables, sino también, de una cierta manera, la validez del contrato y el respeto de su contenido; en todo caso, le ayuda en su tarea. Corresponde también volver a un cierto formalismo en la forma del contrato con un objetivo parecido al del pasado: llamar la atención del interesado.

Según un principio que examinaremos más adelante con respecto a las relaciones triangulares, el convenio de la OIT exige que las responsabilidades respectivas de los empleadores y de los intermediarios deban determinarse cuando esté permitido recurrir a intermediarios en el trabajo a domicilio. Cuando se utiliza un intermediario, agrega el párrafo 18 de la Recomendación núm. 184, se le debería considerar solidariamente responsable con el empleador respecto del pago de la remuneración al trabajador a domicilio. El Convenio pide también que las estadísticas del trabajo abarquen el trabajo a domicilio.⁵⁰

En algunos países, mecanismos originales —tales como comités *ad hoc*— palian las deficiencias inevitables en este sector de las negociaciones colectivas, de las condiciones de remuneración y otras condiciones de trabajo. Algunas disposiciones de la legislación francesa sobre el trabajo a distancia en el sector de la construcción podrían inspirar también la regulación del trabajo a domicilio. Éstas, en particular, la aplicación común de algunos derechos, incluso al descanso: las empresas pagan sus cuotas y los trabajadores hacen valer sus derechos y toman sus vacaciones.

El teletrabajo constituye la forma moderna del trabajo a domicilio, con las ventajas que presenta para ciertos casos (familia con niños pequeños, de expatriación, de discapacidad, etcétera) y sus riesgos (incluso la marginalización profesional por ausencia de participación activa en la vida de la empresa).

Los interlocutores sociales europeos han concluido el 16 de julio de 2002 un acuerdo marco sobre el tema⁵¹ que se refiere sólo al teletrabajo en una

⁴⁹ Párrafos 5, 6 y 7.

⁵⁰ Artículos 8o. y 6o.

⁵¹ Véase Blanpain, R. (dir.), *European Framework Agreement on Telework: Law and Practice. A*

relación de dependencia e insiste sobre el carácter voluntario para las dos partes en este tipo de actividad. El empresario debe suministrar los informes requeridos por la directiva núm. 91/533 del 14 de octubre de 1991 ya citada, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones de trabajo. Los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos individuales y colectivos que los trabajadores similares con quienes trabajan en los locales de la empresa. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, puede ser necesario concertar acuerdos específicos complementarios, individuales o colectivos. El documento mismo menciona reglas particulares en materia de protección de datos, vida privada, salud y seguridad, organización del trabajo, formación y equipamientos.

La mayoría de los Estados de la UE y sus organizaciones empresariales y sindicales han cumplido las obligaciones derivadas del acuerdo en conformidad con su sistema de relaciones laborales.⁵² Bélgica, por ejemplo, ha firmado un convenio colectivo nacional (núm. 85) que está en vigor desde el 1o. de julio de 2006. En Italia, el acuerdo colectivo data del 9 de junio de 2004. En términos generales, un informe reciente de los interlocutores sociales ha observado que el acuerdo marco se aplica en todos los países miembros, salvo Chipre, Estonia, Lituania y Eslovaquia, así como Islandia y Noruega.⁵³

c. El trabajo temporal

i) Principios generales

Tradicionalmente se considera que la fijación de un término a la relación de trabajo permite al trabajador establecer sus planes de futuro. Sin embar-

European and Comparative Study, La Haya, Kluwer, 2007; Larsen, T. P. y Andersen, S. K., "A New Mode of European Regulation? The Implementation of the Autonomous Framework Agreement on Telework in Five Countries", *European Journal of Industrial Relations*, vol. 13(2), 2007, pp. 181-198.

⁵² Ramos Martín, N. y Visser, J., "A More 'Autonomous' European Social Dialogue: the Implementation of the Framework Agreement on Telework", *Intern. Journal Comp. Labour Law Ind. Rel.*, vol. 24 (4), 2008, pp. 511-548.

⁵³ *EIRR*, núm. 394, noviembre de 2006, p. 2.

go, sabemos que el plazo puede ser muy corto y que el empresario es atraído por la idea de utilizar contratos de duración determinada para eludir la protección prevista en el caso de contratos sin límite (preaviso, motivo justo, etcétera). A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, el Acuerdo Marco del 18 marzo de 1999 sobre el Trabajo por Duración Determinada, avalado por la directiva europea núm. 1999/70 del 28 de junio de 1999, reconoce que el contrato de trabajo de duración indefinida constituye la forma general de las relaciones laborales (párrafo 6 de las consideraciones generales). La relación se establece por plazo determinado sobre la base de razones objetivas (cláusula 3.1 del Acuerdo). El documento no va más allá de este principio y no enumera de una manera limitativa los casos en los cuales se puede utilizar este tipo de contrato. La cláusula 5 sólo pide que los Estados miembros prevengan su uso abusivo, introduciendo una de las siguientes estipulaciones:

- a) Exigir la obligación de justificar objetivamente los contratos sucesivos de duración determinada (como en España, Francia e Italia).
- b) Fijar una duración máxima total para los contratos sucesivos (España, Francia, Bélgica).
- c) Limitar del número de renovaciones de tales contratos.

La Recomendación núm. 166 de la OIT⁵⁴ sugiere medidas parecidas. Las legislaciones nacionales deben regular la duración máxima de los contratos, la limitación de la sucesión de contratos y los motivos que justifican el recuso al trabajo temporal.

Dentro de la categoría de los trabajadores temporales debemos destacar aquella que depende de agencias de empleo privadas y que por consiguiente tienen condiciones particulares de trabajo.

Resultan muy parecidos los derechos europeos en materia de suministro de mano de obra, que se distinguen entre una tendencia más intervencionista (Polonia, República Checa, Grecia, España) que tiene reglas bastante estrictas, inspiradas por las exigencias de protección de los asalariados, y otra

⁵⁴ Párrafo 3(2).

de países (Austria, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Reino Unido, Suecia) que poseen una reglamentación más liberal.⁵⁵

La directiva núm. 2008/104 del 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, tiene dos objetivos (artículo 2o.): asegurar la protección de los trabajadores cedidos, garantizando el respeto de la igualdad de trato y reconociendo a las empresas de trabajo temporal como empleadores, pero también establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo. Las restricciones o prohibiciones para recurrir a este tipo de trabajo se justifican exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos (artículo 4o.).

De la misma manera, el Convenio núm. 181 y la Recomendación núm. 188 de la OIT, de 1997, sobre el tema, reconocen el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo, pero también reconocen la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos. Para efectos del convenio, la expresión agencia de empleo privada designa “a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo”:

- a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse.
- b) Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante “empresa usuaria”), que determine sus tareas y supervise su ejecución.
- c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizacio-

⁵⁵ Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*; European Industrial Relations Observatory on-line, *Temporary Agency Work and Collective Bargaining in the EU*, 28 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tm0807019s>.

nes más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular “una oferta y una demanda específicas” (artículo 1o.).

El Convenio permite prohibir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica, así como excluir a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o de partes de éstas, de su campo de aplicación o de algunas de sus disposiciones, siempre que se garantice a los trabajadores en cuestión una protección adecuada por otros medios.

Las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas son en principio determinadas mediante un sistema de licencias a fin de evitar abusos que fueron bien conocidos en la historia social. Muchos derechos nacionales prevén condiciones estrictas para la expedición y la retractación de las autorizaciones, así como la posibilidad para las agencias que tienen la personalidad jurídica, de asociarse y federarse. Para evitar abusos, piden en general que las empresas proveedoras sean dotadas de una autorización preventiva, subordinada a la existencia de diversas requisiciones organizacionales y económicas. Por el contrario, ninguna autorización está exigida en Estados Unidos, Canadá, Países Bajos y Australia. En el Reino Unido, el Ministerio de Trabajo puede requerir al tribunal para que éste pronuncie un veto concerniente a un individuo o a una empresa; este veto consiste en la prohibición, para estos sujetos, de gestionar y administrar las agencias para el empleo, en caso de violación de las reglas fundamentales de protección del trabajador, sancionadas por la ley o por la legislación, en materia de agencias de trabajo.

Los derechos nacionales deben garantizar que existan mecanismos y procedimientos apropiados en los que colaboren, si es conveniente, las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas (artículo 10 del Convenio).

Finalmente, el artículo 13 del Convenio ya citado de la OIT contiene disposiciones que determinan las relaciones entre las agencias, posiblemente las autoridades de tutela, y los servicios públicos de empleo (o todo otro or-

ganismo que regule el mercado de trabajo). Las agencias deben facilitar a las autoridades la información que precisen (teniendo debidamente en cuenta su carácter confidencial) con el fin de permitirles conocer la estructura y las actividades de las agencias y con fines estadísticos.

Las autoridades competentes compilan y a intervalos regulares hacen pública esa información. La recomendación de la OIT sugiere que se fomente la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas para la puesta en práctica de una política nacional de organización del mercado de trabajo. Las medidas tomadas podrían comprender la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo; intercambios de anuncios de puestos vacantes; la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo en materia de formación; la concertación de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración; la formación del personal o consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales. De manera más general, el Convenio subraya que la cooperación debe proceder del principio de que las autoridades públicas retienen competencias para, en última instancia, formular políticas de mercado de trabajo, así como utilizar y controlar el uso de fondos públicos destinados a la aplicación de esa política. Difícilmente se podría imaginar en efecto una privatización de todos los servicios de empleo, especialmente de los que participan en las estrategias gubernamentales contra el desempleo.

ii) Situación jurídica de la agencia de empleo temporal

El artículo 12 del Convenio núm. 181 de la OIT insiste que los Estados determinen y atribuyan las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas y de las empresas usuarias, en relación con la negociación colectiva, el salario mínimo, el tiempo de trabajo y las demás condiciones de trabajo; la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo; el acceso a la formación, las prestaciones de seguridad social obligatorias, la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; la protección y las prestaciones de maternidad y la protección y prestaciones

de los padres; la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales. Las legislaciones europeas no establecen normalmente reglas particulares en materia de seguridad social.⁵⁶

A menudo, la agencia y la empresa usuaria comparten el poder de dirección. En estos casos no es fácil distinguir al verdadero empleador. Es la razón por la cual una mayoría de legislaciones europeas reconoce la ausencia de contrato entre el trabajador y la empresa beneficiaria y precisa que la relación de empleo se realiza entre la agencia y el trabajador. El Reino Unido e Irlanda constituyen excepciones al respecto. Más allá de eso, no existen, en el Reino Unido, provisiones en lo que se refiere a la naturaleza jurídica, subordinada o autónoma, de esta relación; por lo que se aplican los principios generales de la interpretación para definir esta relación, que puede incluso acabar como una situación de co-empleadores.⁵⁷ En términos generales, ya sea para interpretar la legislación vigente o para llenar las lagunas existentes, la jurisprudencia ejerce un rol preponderante en estas triangulaciones.

La directiva núm. 91/533 del 14 de octubre de 1991 trata de la obligación del empresario de informar al trabajador por escrito acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. La agencia de empleo temporal tiene por consiguiente la obligación, si es el empleador, de mencionar a los trabajadores los elementos esenciales de su contrato, incluso la identidad de la empresa usuaria y los términos del contrato concluido con ésta, su propósito, duración, condiciones y lugar de ejecución. En Suiza, el suministrador de servicios debe celebrar con el trabajador un contrato por escrito, el cual debe incluir diferentes indicaciones.⁵⁸

Varias legislaciones europeas⁵⁹ y la Recomendación núm. 188 de la OIT agregan que las agencias de empleo privadas no deben poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga. Una prohibición de sustituir a asalariados en huelga podría ser considerada como una práctica antisindical y sancionada como tal. La

⁵⁶ European Industrial Relations Observatory on-line, *idem*.

⁵⁷ Véase Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*; OIT, *La relación de trabajo, cit.*

⁵⁸ Artículo 19 LSE.

⁵⁹ European Industrial Relations Observatory on-line, *op. cit.*

Recomendación núm. 188 pide a las autoridades competentes reprimir las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos (incluidos aquéllos para empleos inexistentes), y a las agencias de empleo privadas no reclutar, colocar o emplear trabajadores para trabajos que impliquen riesgos y peligros no aceptados o cuando puedan ser objeto de abusos o trato discriminatorio de cualquier tipo. Sugiere que las agencias de trabajo temporal establezcan un contrato de trabajo escrito en donde se especifiquen sus condiciones de empleo.

Las empresas de trabajo temporal no pueden exigir a los trabajadores el pago de honorarios a cambio de haber gestionado su contratación por una empresa usuaria o por la celebración de contratos de trabajo o la concertación de relaciones laborales con la empresa usuaria, una vez finalizada una misión en esa empresa usuaria (artículo 6o. de la directiva europea núm. 2008/104; véase, también, el artículo 7o. del Convenio núm. 181 de la OIT).

Italia, Francia, Alemania y otros países que tuvieron una prohibición general de la interposición de mano de obra prevén que el incumplimiento de las condiciones de forma (como la obligación de tener un contrato escrito) o de fondo (recurso no autorizado para el suministro de mano de obra) genera la imputación directa de la relación de trabajo al utilizador, según los casos, de duración indeterminada (por ejemplo Italia), o mientras dura la misión (Alemania). Austria, España y República Checa sólo prevén sanciones financieras.⁶⁰

Bélgica, España, Francia y Portugal limitan los casos de trabajo temporal. Francia tiene reglas que conciernen la duración de la colocación y la indemnización de fin de misión.⁶¹ Austria mantiene limitaciones de la proporción de temporales autorizada en una empresa usuaria o de los sectores en los cuales pueden trabajar. De manera distinta, Estados Unidos, Australia, Reino Unido y otros, en los cuales se desconoce la prohibición de suministro de mano de obra, aun históricamente, la posibilidad para los trabajadores de actuar contra el utilizador se relaciona con la cuestión del verdadero em-

⁶⁰ Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*

⁶¹ Engels, Ch. y Maes, S., “La mise à disposition de travailleurs en Europe”, en Chaudron, Th., *Les tiers employeurs ou comment conjuguer compétitivité et responsabilité dans la France du XXIème siècle*, Rapport à Monsieur Brice Hortefeux, ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, febrero de 2009.

pleador, y se resuelve mirando el ejercicio concreto del poder de dirección y de control.⁶²

La mayoría de las legislaciones prevé la posibilidad por parte de la agencia de contratar con el trabajador por plazo determinado o indeterminado.

En los Países Bajos, una ley de “flexiseguridad” se adoptó en 1998 sobre la base de un acuerdo entre las partes sociales. Frente a la renuncia de parte del gobierno de intervenir y controlar las agencias de empleo, la ley introdujo una serie de presunciones legales (la existencia de un contrato de empleo, de un trabajo de una cierta duración). Además, el Convenio Colectivo para el Empleo Temporal, 2004-2009, establece una protección progresiva para los trabajadores, dependiendo de la duración de sus servicios, en las siguientes tres fases: 1) fase A: hasta 78 semanas de trabajo para la misma agencia de empleo temporal; 2) fase B: hasta dos años u ocho contratos con la agencia, y 3) fase C: después de tres años y medio con la misma agencia el trabajador obtiene un trabajo por tiempo indeterminado con la agencia de empleo. Después de 26 semanas con la misma empresa usuaria, el empleado temporal recibirá un salario comparable al de los empleados de la empresa usuaria. En la fase B, si el empleo temporal termina durante uno de los contratos, la agencia de empleo está obligada a pagar salarios hasta el final del término.⁶³

Otras disposiciones del Convenio de la OIT tratan de garantías para los trabajadores reclutados por la agencia. Tratan de los derechos fundamentales en el trabajo (libertad sindical y negociación colectiva, igualdad de oportunidades y trato, ausencia de trabajo infantil), incluso sobre el trato de los datos personales de los trabajadores (efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores; limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente).

⁶² Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*; European Industrial Relations Observatory on-line, *op. cit.*

⁶³ Comisión de las Comunidades Europeas, *Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, Bruselas, 27 de junio de 2007, doc.COM (2007) 359 final; Jaspers, T., “Flexiseguridad: ¿Es la respuesta acertada a la modernización del derecho del trabajo? Una perspectiva holandesa”, en Landa Zapirain, J. P. (coord.), *Estudios sobre la estrategia europea de flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete, E. Bomarzo, 2009, pp. 87 y 88; OIT, *La relación de trabajo*, *cit.*

La recomendación precisa que las agencias deben conservar los datos personales de un flexitrabajador únicamente mientras esté justificado. Se debería asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales y el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos, así como el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos. Excepto cuando guarden relación directa con los requisitos de una profesión determinada, y cuenten con el permiso explícito del trabajador afectado, las agencias de empleo privadas no deberían pedir, conservar ni utilizar los datos sobre las condiciones de salud de un trabajador, ni tampoco utilizar esos datos para determinar la aptitud de un trabajador para el empleo.

La mayoría de los países europeos tiene disposiciones sobre la igualdad de trato para estos trabajadores, especialmente en materia de salarios, y también en muchos casos para otras condiciones de trabajo (Bélgica, Francia e Italia, por ejemplo).⁶⁴

El Convenio también exige una protección adecuada para los trabajadores empleados por las agencias en todos los grandes campos del derecho del trabajo y de la seguridad.

Los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas deben gozar de una protección adecuada, incluso para impedir que sean objeto de abusos. Cuando se recluten trabajadores en un país para trabajar en otro, los miembros interesados deben considerar la posibilidad de concluir acuerdos laborales bilaterales para evitar abusos y prácticas fraudulentas en materia de reclutamiento, colocación y empleo (artículo 8o. del Convenio de la OIT).

Si la ley conserva la primacía para la regulación de las condiciones de empleo de los trabajadores temporales, la negociación colectiva también tiene un papel significativo en los países de Europa del Oeste; Francia, Grecia o Italia tienen sindicatos específicos para la defensa de los mismos. En Bélgica, España e incluso en el Reino Unido se aplican convenios colectivos intersectoriales. Otras negociaciones se desarrollan en muchos países dentro del sector de las agencias de empleo temporal y a nivel de la empresa en

⁶⁴ Engels, Ch. y Maes, S., “La mise à disposition de travailleurs en Europe”, *op. cit.*; European Industrial Relations Observatory on-line, *op. cit.*

Alemania, Dinamarca, Finlandia y en el Reino Unido. A la vez, se aplican las normas de los convenios colectivos de las ramas que cubren las empresas usuarias, incluso para informar a su personal o limitar las posibilidades de recurrir al trabajo temporal.⁶⁵

Los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal son tenidos en cuenta para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse los órganos de representación de los trabajadores en la empresa de trabajo temporal. Los Estados miembros también pueden prever que los trabajadores cedidos sean tenidos en cuenta dentro de la empresa usuaria para el cálculo de este umbral (artículo 7o. de la directiva europea núm. 2008/104 del 19 de noviembre de 2008). Estos trabajadores sólo tienen su representación en las agencias en España o Suecia, mientras que pueden tenerla también en la empresa usuaria en Dinamarca, Francia, Italia, Portugal y en los Países Bajos. En Bélgica están representados sobre todo por los delegados de la última.⁶⁶

Está por demás decir que, en la práctica, los derechos reconocidos son menos respetados en razón de la debilidad de estos trabajadores.

iii) La situación jurídica de la empresa usuaria

El artículo 5o. de la directiva europea núm. 2008/104 consagra el principio de igualdad de trato con los otros trabajadores: durante su misión en una empresa usuaria, sus condiciones esenciales de empleo son, por lo menos, las que les correspondería si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto. Se autorizan excepciones que conciernen a:

- La remuneración de los trabajadores cedidos, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, que continúen siendo remunerados en el periodo de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones.
- En el caso de convenios colectivos que respeten la protección global de los trabajadores cedidos.

⁶⁵ European Industrial Relations Observatory on-line, *idem*.

⁶⁶ *Idem*.

Los Estados miembros adoptan las medidas necesarias con vistas a evitar la aplicación abusiva de estas disposiciones y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las garantías previstas.

El artículo 60. de la misma directiva europea garantiza el acceso al empleo, a la formación profesional y a las instalaciones o a los servicios comunes de la empresa usuaria. Los trabajadores cedidos son informados de los puestos vacantes existentes en la empresa usuaria para que tengan las mismas oportunidades que los demás trabajadores de dicha empresa para obtener empleo por tiempo indefinido. Las cláusulas que prohíben o tienen por efecto impedir la formalización de un contrato de trabajo o de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, tras la expiración de su puesta a disposición, son nulas o pueden ser declaradas nulas.

La cláusula 4 del Acuerdo Marco Europeo sobre el Trabajo por Duración Determinada, avalado por la directiva europea núm. 1999/70, del 28 de junio de 1999, consagra el principio de no discriminación respecto del trabajador por duración indeterminada y el de “a prorrata” del tiempo. Las condiciones de empleo en este sentido incluyen las remuneraciones y las pensiones que se calculan sobre el tiempo de trabajo, pero no los beneficios que resultan de un régimen legal de seguridad social.⁶⁷ Los mismos criterios se aplican para el cálculo de la antigüedad, salvo diferencias justificadas por razones objetivas.⁶⁸

Los convenios colectivos que han sido concluidos sobre el trabajo temporal en varios países, como Alemania o España, prevén en particular la igualdad de trato con el personal de la empresa usuaria cuando la ley no lo impone directamente.

La responsabilidad solidaria o subsidiaria del proveedor y del utilizador en lo que se refiere a las condiciones de empleo, incluso los salarios y los costes de seguro de los trabajadores, existe en Austria, España, Francia⁶⁹ e Italia, con diferencias de una legislación a la otra. En efecto, la empresa

⁶⁷ Arrêt Impact del 15 de abril de 2008.

⁶⁸ Arrêt Yolanda del Cerro Alonso del 13 de septiembre de 2007.

⁶⁹ Morin, M. L., “Le droit du travail face aux nouvelles formes d’organisation des entreprises”, *Revue internationale du travail*, vol. 144, núm. 1, 2005, pp. 5-30.

usuaria que se aprovecha del trabajo se enriquecería sin causa si la remuneración no se pagara.

Las estadísticas demuestran que los trabajadores temporales se exponen más a los riesgos profesionales que los asalariados estables. Las disposiciones de la directiva europea 89/391 del 12 de junio de 1989 sobre la Salud en el Trabajo, así como las directivas particulares sobre la materia, se aplican en los países de la UE. La directiva europea núm. 91/383 del 25 de junio de 1991 de la Seguridad y de la Salud en el Trabajo de los Trabajadores Temporales prevé además protecciones adicionales para los trabajadores temporales. Éstos son informados por la empresa y/o el establecimiento usuario de los riesgos a que vaya a estar expuesto; dicha información se refiere, en especial, a la necesidad de calificaciones o aptitudes profesionales particulares o de un control médico especial, definido por la legislación nacional, y precisa los posibles riesgos elevados, específicos, vinculados al puesto de trabajo a cubrir, tal como los defina la legislación nacional. Reciben la formación apropiada (artículos 3o. y 4o.). También los servicios de protección y de prevención están informados de la adscripción (artículo 6o.). Los Estados tienen la facultad de prohibir que se recurra a estos trabajadores para realizar determinados trabajos especialmente peligrosos para la seguridad o la salud; si no, deben organizar un control médico especial adecuado (artículo 5o.).

La empresa usuaria de trabajadores temporales debe especificar a éstos y a la empresa de trabajo temporal, antes de la adscripción, la calificación laboral exigida y las características propias del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar. Es responsable de la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo durante el tiempo que dure la adscripción, sin perjuicio de la responsabilidad establecida por la legislación nacional de la empresa de trabajo temporal (artículo 8o.).

La responsabilidad solidaria se prevé, por ejemplo, en lo que se refiere a las obligaciones respecto a la salud y la seguridad en el trabajo en Polonia. En cambio, los Estados Unidos imponen a la empresa usuaria la primera responsabilidad al respecto.⁷⁰ Los Países Bajos reconocen la responsabilidad exclusiva a cargo del utilizador por inejecución de las obligaciones al respec-

⁷⁰ Bronstein, A., *op. cit.*

to y la empresa usuaria también es responsable por los daños eventualmente padecidos por el trabajador temporal durante su trabajo.⁷¹

En ausencia de una legislación específica en la materia, los jueces pueden valerse de figuras del derecho civil sobre responsabilidades compartidas, la teoría del riesgo y los efectos sobre terceros, el abuso de derecho o el fraude de la ley (Alemania). Pero la aceptación de una responsabilidad laboral solidaria es más difícil en regímenes jurídicos sometidos al *Common Law*, como lo revela la experiencia canadiense.⁷² Los jueces se basan principalmente en el modelo de relaciones de trabajo bilaterales y se resisten a imponer tal responsabilidad en ausencia de un control directo del trabajo entre las entidades de una relación triangular.⁷³ Veremos que prefieren utilizar el concepto de empleador único o de conjunto para ofrecer soluciones cercanas.

La posibilidad de ejercer los derechos colectivos también en la empresa utilizadora está garantizada sólo en algunos sistemas de relaciones industriales. En los Estados Unidos, el Consejo Nacional de las Relaciones Laborales (*National Labour Relations Board* - NLRB) considera que los trabajadores temporales proporcionados no pueden formar parte de la misma categoría contractual que los trabajadores que dependen de la empresa utilizadora. No obstante, las legislaciones europeas atribuyen derechos sindicales a los trabajadores temporales incluso frente al utilizador, y en España se benefician de los derechos de información y consulta. En Francia, los trabajadores interinos se benefician de los órganos de representación de los trabajadores, constituidos por los asalariados de la empresa utilizadora. La ley italiana prevé que el trabajador temporal puede ejercer en la empresa utilizadora, durante la duración del contrato, los derechos de libertad y de actividad sindical y participar en asambleas del personal; el utilizador debe comunicar a los representantes sindicales las cifras y los motivos de recurrir al suministro

⁷¹ OIT, *La relación de trabajo*, cit.; Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.* Para América Latina véase, también, en particular, Bronstein, Arturo, “La subcontratación laboral”, ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, República Dominicana, abril de 1999. Versión electrónica revisada en junio de 2007, disponible en: www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf.

⁷² Potobsky, G. von, *op. cit.*

⁷³ Fudge, Judy, “The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers and Labour Protection”, en Davidov, Guy y Langille, Brian (dirs.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford-Portland, Oregón, International Institute for Labour Studies, 2006.

antes de todo trabajo temporal. En Alemania y en Austria, después de un cierto periodo, los intereses del trabajador temporal son protegidos por representantes sindicales elegidos en la empresa utilizadora; además, los trabajadores temporales tienen derecho a votar.⁷⁴

La empresa usuaria debe proporcionar la información apropiada sobre la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal dentro de la empresa cuando transmite información sobre la situación del empleo en la misma a los órganos representativos de los trabajadores, instituidos de conformidad con el derecho comunitario y nacional (artículo 8o. de la directiva europea núm. 2008/104). La legislación francesa impone la consulta del comité de empresa o de los delegados del personal de la firma usuaria.

En algunos países (Países Bajos, Suecia) la protección sindical parece concentrarse en el control de las posibilidades del utilizador para recurrir al suministro de mano de obra y sobre la regulación del mismo. La ley sueca remite a la negociación colectiva, que puede intervenir para limitar las posibilidades de tal suministro. Un convenio reciente sobre el trabajo temporal dice que los trabajadores temporales sólo pueden tener un contrato con la agencia de duración determinada por 6 meses; cuando es por más tiempo, el contrato automáticamente se convierte en indefinido. En España, convenios colectivos de grupo también pueden limitar el recurso al trabajo temporal.⁷⁵

B. *Según la organización de la producción*

Si nos enfocamos a la organización de la producción, el problema principal de derecho del trabajo consiste en la determinación del empleador que directamente tenga la autoridad, la dirección, la vigilancia. No obstante, en algunos casos la identificación del propietario también importa.

a. Subcontratación

La subcontratación puede ser de bienes y servicios, ya sea por un individuo o por una empresa que utiliza su propio personal. También puede tener

⁷⁴ Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*

⁷⁵ *Idem.* López Ahumada, E., “Le contenu des conventions collectives des groupes d’entreprises”, *Document de travail*, Comptresec, Université Montesquieu-Bordeaux IV, abril de 2009.

por objeto exclusivo o esencial la mano de obra: empresas que suministran personal, agencias de trabajo temporal, empresas que prestan trabajadores (provisionalmente) o intermediario que recluta personal que no tiene. En ciertos países, esta última fórmula está prohibida al considerarla como tráfico de mano de obra.

Observemos que la subcontratación constituye un medio clásico de deslocalización.⁷⁶

Ya hemos examinado la situación de los trabajadores prestados temporalmente por agencias privadas de empleo o por otras firmas. En esta sección analizaremos la subcontratación de mano de obra (*i*) y la de bienes o servicios (*ii*), el problema particular de la ley aplicable dentro de la Unión Europea en el desplazamiento de trabajadores de un país de la UE a otro (*iii*) y, finalmente, la franquicia (*iv*).

i) Subcontratación de mano de obra

Ciertos países (Alemania, Austria, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza) autorizan el préstamo de mano de obra sin distinguir entre las actividades de agencia de trabajo temporal y la subcontratación de personal fuera de este cuadro. En las dos situaciones aplican normalmente las mismas reglas.

En otros, la subcontratación de mano de obra, fuera de las agencias de trabajo temporal, es lícita cuando el subcontratista organiza él mismo (bajo su propio riesgo) los medios necesarios para la ejecución del trabajo y dirige concretamente los trabajadores utilizados, sin transferencia de su autoridad. En estos Estados, el préstamo de mano de obra con transferencia de autoridad es solamente posible a título gratuito y por una duración limitada (en Bélgica, está prohibido incluso en este caso). Si no da ningún valor añadido en términos de organización de medios o de personal, limitándose a contratar trabajadores que son integrados a la esfera de organización y de dirección de la empresa principal, se realiza un suministro de mano de obra, que está prohibido en España y en Francia, incluso por el Código Penal.⁷⁷ La le-

⁷⁶ De la externalización en general véase Ojeda Avilés, A., “La ‘externalización’ del derecho del trabajo”, *op. cit.*, pp. 49-70.

⁷⁷ Chaudron, Th., *Les tiers employeurs ou comment conjuguer compétitivité et responsabilité dans la France du XXI^{ème} siècle*, Rapport à Monsieur Brice Hortefeux, ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, febrero de 2009.

gislación belga no lo autoriza tampoco, pero tiene más excepciones al respecto.

Los criterios precisos para distinguir el tráfico de mano de obra difieren. Las legislaciones australiana, francesa y japonesa se refieren al poder de organización, de dirección y de control de los trabajadores; las leyes japonesa y uruguaya utilizan como criterio el hecho de que el subcontratista emplee sus propios capitales, máquinas, equipamientos, materias primas y experiencia técnica; en Italia se agregan sus aportaciones inmateriales, tal como un *know how* específico, las redes de relaciones o también la simple organización y dirección de trabajadores.⁷⁸

Cuando la situación es considerada como ilegal, más allá de la sanción penal, una mayoría de sistemas jurídicos imputa al ordenante las cargas que implica la relación de trabajo. Otras legislaciones imponen además una responsabilidad solidaria entre las empresas usuaria y prestadora (Bélgica).

La Ley de Contratos de Trabajo finlandesa promueve el derecho de negociación colectiva para los trabajadores puestos a disposición de una empresa: todo empleador debe cumplir al menos un contrato colectivo nacional; en caso de que una empresa proveedora no esté ligada por ningún contrato colectivo, serán aplicadas a sus trabajadores las cláusulas del convenio colectivo que rija en la empresa usuaria.⁷⁹

ii) La subcontratación de bienes o servicios

Muchas legislaciones establecen una *responsabilidad* compartida, ya sea solidaria o subsidiaria, de la empresa usuaria y del empleador. La talla respectiva de las firmas correspondientes constituye un motivo determinante para la extensión de la responsabilidad.

- a) En una mayoría de países, la empresa comitente es considerada corresponsable de la adopción de medidas de higiene y seguridad respecto a los trabajadores de las empresas subcontratistas. La responsabilidad puede ser efectiva sólo si los trabajadores operan dentro de los

⁷⁸ Supiot, A. (dir.), *Cambios en el trabajo...*, cit.; Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*

⁷⁹ OIT, *op. cit.*

locales de la empresa comitente (Polonia, Reino Unido), e incluso existe si se trata de obras a efectuar fuera de la empresa (Australia, Venezuela, Suecia, Chile). Francia e Italia sólo prevén para las subcontrataciones internas una obligación de cooperar, coordinando con los otros responsables, a la disposición previa de las medidas de seguridad y de prevención. Los Estados Unidos utilizan un criterio material: el que “tiene el control de la actividad diaria del trabajador” puede ser llamado a responder de ello y puede impedir que ocurran los daños.⁸⁰ En materia de seguridad, los países de Benelux imponen normas mínimas de cualidad para recurrir a la subcontratación.⁸¹

- b) Una responsabilidad, generalmente solidaria, del comitente respecto de los salarios y los otros créditos de los empleados del subcontratista, está prevista en Austria y España. Francia conoce una responsabilidad solidaria de la afiliación de los asalariados del subcontratista a la seguridad social en el caso de trabajo disimulado;⁸² en el sector de los transportes de carretera, la ley sanciona el hecho de pagar al subcontratista un precio que no permite que cubra sus cargas sociales; el empleador principal es responsable de la aplicación de la legislación del trabajo en relación con los asalariados de un sub-empresario que no es propietario de su comercio.⁸³ La legislación francesa prevé también una obligación de garantía con respecto al salario en el sector de la construcción y de las obras públicas.⁸⁴ Italia prevé responsabilidad de la firma principal para los créditos de las otras en la cadena de empresas.⁸⁵ La responsabilidad del comitente referente a las obligaciones relativas a los impuestos y a las contribuciones sociales es reconocida en Canadá, Chile e Italia.⁸⁶ Las empresas usuarias españolas deben verificar que los subcontratistas estén al día en el pago de sus cotizaciones

⁸⁰ Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*

⁸¹ Triomphe, C. E., “Le dialogue social éparpillé”, *Le Monde*, 24 de febrero de 2004, p. VIII.

⁸² Morin, M. L., *op. cit.*

⁸³ Aubert-Montpeyssen, Th., *op. cit.*, pp. 616-625.

⁸⁴ Morin, M. L., *op. cit.*

⁸⁵ Carabelli, U., *La responsabilidad de los grupos de empresas*, Informe al IX Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Friburgo, septiembre de 2008.

⁸⁶ Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*

de seguridad social.⁸⁷ En el mismo país, el comitente es garante, en ciertos casos, de la solvencia del empleador subcontratista.⁸⁸ Finlandia prevé la obligación de la empresa usuaria de asegurarse del cumplimiento por parte de sus subcontratistas o agencias de empleo temporal, de los convenios colectivos y de las obligaciones legales.⁸⁹

En todos estos Estados el comitente que satisface los créditos de los empleados del subcontratista puede actuar en contra de este último, incluso reteniendo las sumas debidas para su adjudicación.

- c) Finlandia prevé la responsabilidad solidaria para el cumplimiento de los derechos fundamentales.⁹⁰ En Suecia y el Reino Unido una disposición expresa obliga al empresario principal a garantizar a los trabajadores del subcontratista la no discriminación por motivo de raza, debilidad, orientaciones sexuales, salvo si se trata de comportamientos relativos a la exclusiva pertinencia del subcontratista. En Estados Unidos se tiene como empleador, referente a las normas contra la discriminación, al que ejerce el control del trabajo.⁹¹
- d) Evoquemos finalmente la figura de responsabilidad social de la empresa. En efecto, existen más y más ejemplos en los cuales una firma principal impone algunas reglas mínimas de conducta a sus subcontratistas a través de su código de empresa (caso de Ikea) o de cláusulas sociales en los contratos mercantiles.

En Suiza, *las dos firmas* deben celebrar *su contrato por escrito*.

En lo que concierne a *las relaciones colectivas*, ya hemos observado que los sindicatos normalmente tienen menos presencia en las pequeñas empresas que subcontratan. Algunos países exigen ya sea un número mínimo de trabajadores en la empresa para beneficiarse de los derechos de esa representación (España) o de las facilidades sindicales en la empresa (Italia), aunque sea un número mínimo de miembros para formar un sindicato. Aunque tienen un objetivo de racionalización, estas disposiciones perturban las activi-

⁸⁷ OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, cit.

⁸⁸ Supiot, A. (dir.), *Cambios en el trabajo...*, cit.

⁸⁹ *European Employment Review*, núm 397, 1o. de febrero de 2007.

⁹⁰ OIT, *op. cit.*

⁹¹ Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*

dades sindicales en las empresas correspondientes. La subcontratación puede incluso aparecer como una herramienta para debilitar a los sindicatos.

Las empresas subcontratistas son normalmente pequeñas, lo que les permite escapar, en caso de despidos colectivos, de las obligaciones laborales que proveen un umbral para aplicarse como la elaboración de un plan social (Francia)⁹² o, en muchos países, para establecer obligatoriamente una representación colectiva de los trabajadores. Sin embargo, la jurisprudencia francesa considera que los trabajadores de las empresas externas que participan en las actividades necesarias para el funcionamiento de una firma usuaria deben contarse en los efectivos para la elección de los representantes del personal (Francia).⁹³

La obligación que se encuentra en algunos convenios colectivos de mantener una igualdad de trato entre los trabajadores de la empresa usuaria y del subcontratista permite evitar una subcontratación solamente motivada por la economía de la mano de obra.

En España, el fabricante de neumáticos Michelin España Portugal alcanzó con los sindicatos, en enero de 2006, un acuerdo sobre las condiciones que deben cumplir las empresas con las que la compañía contrata y subcontrata actividades (criterios de la contratación externa, incluso sobre las condiciones laborales y garantías para los trabajadores que pudieron estar trabajando anteriormente en la actividad subcontratada).⁹⁴

La diversidad de los derechos nacionales puede impedir la organización de movimientos de solidaridad entre los trabajadores de las dos empresas. Así, la huelga u otras acciones colectivas de los trabajadores de la empresa principal en apoyo a reivindicaciones del personal del subcontratista serían consideradas como ilegales en el Reino Unido, que prohíbe las huelgas de solidaridad (*secondary actions*).

La Ley española 43/2006 refuerza los derechos de información de los representantes del personal de las empresas que recurren a la subcontratación, especialmente cuando las dos firmas comparten el mismo sitio de trabajo; los delegados de los trabajadores pueden también coordinar sus actividades.

⁹² Aubert-Montpeyssen, Th., *op. cit.*

⁹³ Morin, M. L., *op. cit.*

⁹⁴ *El País*, 30 de enero de 2006, p. 65.

Más generalmente, los países de la UE deben aplicar la directiva núm. 2002/14 del 11 de marzo de 2002 que establece un marco para la información y la consulta del personal sobre el funcionamiento de la empresa y las decisiones que podrían influenciar las condiciones de empleo y de trabajo. La conclusión de una subcontratación forma parte claramente de estas decisiones.

iii) El desplazamiento de trabajadores en derecho europeo

La libre circulación de los servicios está garantizada dentro de la UE. Los servicios son definidos por eliminación: prestaciones proporcionadas contra una remuneración en la medida en la que no las rigen las reglas relativas a la libre circulación de las personas, de las mercancías o de los capitales.

Según los artículos 49 y 50 del tratado CE, el suministrador de servicios puede ejercer temporalmente su actividad en el país en el cual este servicio es suministrado, en las mismas condiciones que los nacionales.⁹⁵ La directiva europea núm. 96/71 del 16 de diciembre de 1996 trata sobre el desplazamiento de trabajadores efectuada en el marco de una prestación de servicios. La definición del trabajador desplazado cubre las hipótesis que examinamos aquí: considera como tal a todo trabajador que, durante un periodo limitado, ejecuta su trabajo en el territorio de un Estado miembro de la UE, distinto de aquel en el que trabaja normalmente; ya la noción de trabajador es la que se aplica en el país de desplazamiento (artículo 2o.).

La directiva se aplica a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplace a trabajadores al territorio de otro Estado miembro.⁹⁶ Más precisamente, la directiva concierne a las empresas que adopten una de las siguientes medidas transnacionales:

- a) Desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el des-

⁹⁵ Sobre el desplazamiento, en estas condiciones, de una persona perteneciente a un tercer Estado, véanse las sentencias Alemania del 19 de enero de 2006 y Austria del 21 de septiembre de 2006.

⁹⁶ Las empresas establecidas en un Estado que no sea miembro no deberán obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado miembro (artículo 1o., §4).

tinatario de la prestación de servicios que opera en dicho Estado miembro, al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo de desplazamiento, o

- b) Desplazar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el periodo de desplazamiento, o
- c) En su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo interino o la empresa de suministro de mano de obra y el trabajador durante el periodo de desplazamiento (artículo 1o.).

El artículo 3o. aplica el adagio latino *de minimis non curat pretor* y prevé excepciones para servicios de corto tiempo, donde la ley del Estado de procedencia sigue aplicándose.

Los Estados miembros velan por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas a que concierne garanticen en su territorio a los trabajadores desplazados, las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias de un “núcleo duro” que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos (por el momento sólo en el sector de la construcción) declarados de aplicación general (artículo 3o.). Este “núcleo duro” comprende, de manera limitativa,⁹⁷ los temas siguientes:

- a) Los periodos máximos de trabajo, así como los periodos mínimos de descanso.
- b) La duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas.

⁹⁷ Sentencias Rüffert del 3 de abril de 2008 y Comisión c. Luxemburgo del 19 de junio de 2008.

- c) Las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; esto no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional.
- d) Las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino.
- e) La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo.
- f) Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes.
- g) La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

En todo caso, debe existir una relación de trabajo entre la empresa de procedencia y el trabajador desplazado. El concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado (artículo 2o.).

Esta disposición corresponde finalmente a la problemática de las leyes de policía y seguridad. La directiva núm. 2006/123 del 12 de diciembre de 2006, llamada directiva “Bolkenstein”, confirma la aplicación en estos casos de la ley del lugar de ejecución del trabajo.⁹⁸

La decisión tomada por la Corte de Justicia de la UE de aplicar este artículo 3o. de una manera restrictiva ha creado intensas controversias. Además de las sentencias ya citadas, otra, *Laval un Partneri* del 18 de diciembre de 2007,⁹⁹ ha reconocido el derecho de organizar una acción colectiva, incluso una huelga, como parte de los principios generales del derecho europeo. Sin embargo, su ejercicio debe conciliarse con las otras libertades protegidas por el tratado FUE, como la libertad de establecimiento o de libre prestación de servicios. Una restricción de estas libertades no puede admitirse si no persigue un objetivo legítimo, compatible con el tratado, y que se

⁹⁸ Véase más generalmente sobre la observación por la directiva núm. 2006/123 de los derechos fundamentales de los trabajadores, así como de las disposiciones del derecho del trabajo y de la seguridad social, sus artículos 1o., §§6 y 7, 3o. §§1 y 2, 16 §3 y 17 §2 y los considerados núms. 14, 15, 82, 86 y 87.

⁹⁹ Véase también la sentencia “*Viking*” del 11 de diciembre de 2007.

justifique por razones imperiosas de interés general; la salvaguarda del derecho de organizar una acción colectiva constituye un objetivo en este sentido, y la protección de los trabajadores figura entre estas razones; pero luego hay que ver que esta restricción sea apropiada para garantizar la realización del objetivo perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (principio de la proporcionalidad). La tentativa de obtener condiciones de trabajo que van más allá del núcleo duro no reúne estas condiciones.

El párrafo 10 permite que se extienda la lista de las materias consideradas como de orden público, respecto de los tratados europeos. Según la Corte de Justicia, esta excepción constituye una dispensa al principio fundamental de la libre prestación de los servicios. Su interpretación debe ser de manera estricta; su alcance no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros. Para sostener su argumentación, la Corte se ha referido a los trabajos preparatorios: cuando se adoptó la directiva núm. 96/71, el Consejo y la Comisión consideraron en la declaración (núm. 10), incluida en el acta del Consejo, que las palabras “disposiciones de orden público” debían cubrir estas disposiciones obligatorias, las cuales no se pueden contravenir y que responden, por su naturaleza y objetivo, a exigencias de interés público. Estas disposiciones pueden incluir en particular la prohibición del trabajo forzoso o la implicación de autoridades públicas en la vigilancia del cumplimiento de la legislación relativa a las condiciones de trabajo.¹⁰⁰

La Corte de Justicia de la UE aún considera¹⁰¹ que las disposiciones nacionales —o las cláusulas del convenio colectivo si es el caso— deben ser suficientemente precisas y accesibles para no hacer demasiado difícil al empleador la identificación de sus obligaciones. Este principio de transparencia se inspira claramente en el derecho de competencia.

Los Estados miembros podrán disponer que las empresas de trabajo interino o de suministro de mano de obra garanticen a los trabajadores el beneficio de las condiciones que se apliquen a los trabajadores interinos en el Estado miembro en cuyo territorio se ejecute el trabajo (párrafo 9).

El párrafo 7 reserva la posibilidad de aplicar condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.

¹⁰⁰ Sentencia precitada, Comisión c. Luxemburgo.

¹⁰¹ Sentencias *Arblade et Leloup* del 23 de noviembre de 1999.

En caso de incumplimiento de la directiva (artículo 5o.), los Estados miembros adoptan las medidas oportunas. Según la Corte de Justicia, un Estado puede imponer a una empresa de construcción establecida en su territorio un aval, sin el beneficio de discusión, ya sea de las obligaciones de otra empresa, establecida en otro Estado miembro y encargada por la primera de efectuar trabajos de construcción, aunque sean las obligaciones de un subcontratista, para el pago del salario mínimo de un trabajador empleado por el último.¹⁰²

La directiva prevé, en materia de derecho del trabajo, pero no de seguridad social, la competencia judicial del Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial (artículo 6o.).

El Reglamento núm. 883/2004 del 29 de abril de 2004 coordina los sistemas de seguridad social. Éste entrará en vigor cuando otro reglamento fije sus modalidades de aplicación. Éste precisa que el asalariado queda sometido a su ley de origen si efectúa un trabajo determinado por cuenta de una empresa que le desplaza, cuando la duración del trabajo no sobrepasa 24 meses, y que el interesado no es enviado para reemplazar a otra persona (artículo 12). El mismo límite de 24 meses vale para el trabajador autónomo.

El desplazamiento supone la continuación del vínculo de subordinación.¹⁰³ La empresa de procedencia debe ejercer normalmente sus actividades —es decir, actividades significativas— en el territorio del país en el cual está establecida; si se limita a reclutar trabajadores en otro país para aprovechar una ley más liberal y a desplazar trabajadores hacia otro país, encontramos sin duda un fraude.¹⁰⁴

Dos Estados o más pueden acordar excepciones a estas reglas para interés de ciertas personas o grupos de personas (artículo 16). De la misma manera, los países que no forman parte de la UE pueden celebrar acuerdos para regular esta materia.

¹⁰² Sentencia Wolf et Müller del 12 de octubre de 2004.

¹⁰³ Sentencias Van der Vecht del 5 de diciembre de 1967 y Manpower del 17 diciembre de 1970.

¹⁰⁴ Sentencias Fitzwilliam del 10 de febrero de 2000 y J. Plum del 9 de noviembre de 2000.

iv) La franquicia

La franquicia se presenta generalmente como un instrumento jurídico con el cual el empresario descentraliza la distribución de sus productos, se libera de los riesgos relacionados, sin que por ello renuncie a ejercer una cierta influencia o control sobre esta actividad, ya que el *franquiciatario*, en el desarrollo de su actividad, se aprovecha de los signos distintivos del *franquiciante*, de su *savoir-faire*, de su asistencia técnica y comercial. Así, este contrato puede clasificarse dentro de la subcontratación.¹⁰⁵

El franquiciatario aparece normalmente como un trabajador independiente, aunque puede, en algunos casos, integrar a categorías de personas asimiladas a los asalariados (Francia) o parasubordinados (Reino Unido). En Austria, la analogía entre la posición del franquiciado y la del trabajador dependiente justifica, según la jurisprudencia, no sólo la competencia de la jurisdicción del trabajo, sino también la aplicación de ciertas protecciones previstas por la legislación del trabajo, incluyendo la limitación de la responsabilidad por los daños causados a una tercera persona en la ejecución del contrato.¹⁰⁶

C. Grupos de empresas (sentido amplio)

Ciertos derechos nacionales no conocen el concepto de grupo, focalizándose sobre la noción de empresa normalmente dotada de personalidad jurídica. Otros conceden una relevancia al grupo en el derecho del trabajo. Entre los dos polos se encuentra una gran variedad de situaciones, algunas veces con una relevancia limitada del derecho comercial y de las sociedades.

Así, en Austria, en los Estados Unidos o en Suiza, los jueces sólo sancionan los fraudes. Grecia distingue entre las empresas dominantes y las controladas, pero sin influencia significativa en el derecho del trabajo.¹⁰⁷ En los sistemas francés y alemán se observa una verdadera vinculación entre el derecho comercial y el derecho del trabajo.

El derecho europeo no siempre toma en consideración “al grupo” para extender la protección de sus trabajadores. Es el caso de la directiva núm.

¹⁰⁵ Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Idem.*

86/653 del 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros respecto de los agentes comerciales independientes. La Corte de Justicia de la UE ha considerado¹⁰⁸ que las ventajas obtenidas por las sociedades de un grupo no son, en principio, consideradas como parte de las del comitente; no deben por consiguiente ser necesariamente tomadas en consideración en el cálculo del derecho del agente comercial para una indemnización en el sentido del artículo 17 §2, inciso *a*, de la directiva. En cambio, la Unión Europea ha promovido la responsabilidad social de la empresa que puede tomar la forma de un código de conducta, común a las empresas del grupo, sobre derechos fundamentales y reglas sobre la salud en el trabajo o la determinación del salario.

a. Grupos de empresas (sentido propio)

La directiva europea 2009/38 del 6 de mayo de 2009 sobre los comités de empresa europeos, se aplica a los grupos y firmas que cuentan con establecimientos en por lo menos dos Estados miembros. No importa que la dirección central esté ubicada dentro o fuera de la UE; la norteamericana Ford, por ejemplo, posee fábricas en más de un país de la UE y debe aplicar la directiva. El texto da algunas precisiones sobre la noción de grupo en sus artículos 2o., §1 y 3o.: lo define como una entidad compuesta de una empresa que controla y de una o varias otras controladas y sometidas a una influencia dominante, basada por ejemplo en la propiedad, la participación financiera o en las reglas que las rigen. No obstante, la Corte de Justicia de la UE ha precisado que no se puede tener una noción predeterminada del grupo frente a la heterogeneidad de las estructuras de las sociedades.¹⁰⁹

La directiva no contiene la obligación de concluir un convenio colectivo; sin embargo, algunas firmas utilizan a los comités de grupo al respecto, de tal manera que en ciertos sectores ha fortalecido la dimensión internacional de las negociaciones colectivas, incluso a nivel nacional,¹¹⁰ lo que sienta las bases de un sistema europeo de relaciones laborales.

¹⁰⁸ Sentencia Turgay Semen del 6 de marzo de 2009.

¹⁰⁹ Sentencia Bofrost del 29 de marzo de 2001.

¹¹⁰ Arrowsmith, J. y Marginson, P., "The European Cross-border Dimension to Collective Bargaining in Multinational Companies", *European Journal of Industrial Relations*, vol. 12 (3), 2006, pp. 245-266.

Ciertos Estados, sin embargo, tienen normas sobre las relaciones colectivas de grupo. En efecto, el poder de decisión dentro del grupo puede ubicarse fuera de la empresa que tiene los poderes del empleador. Francia ha creado la figura de la unidad económica y social para la representación colectiva de los asalariados para fines de la representación colectiva. El derecho francés también conoce negociaciones de grupo en particular sobre cuestiones de empleo: planes sociales, empleo de los trabajadores de edad y de los discapacitados.¹¹¹ En Alemania, el empleador y los consejos de establecimientos pueden concluir acuerdos de establecimiento de grupos (pero no un convenio colectivo de trabajo).¹¹² También existen, como en Austria y en Francia, consejos de grupo. En España, la jurisprudencia admite la calificación del convenio de grupo como convenio de empresa.¹¹³

Los acuerdos marco y los convenios colectivos son raros a nivel del grupo, pero existen (en España se multiplicaron recientemente). Tienen como objetivo esencial la constitución de un sistema integrador y uniforme de relaciones laborales que aseguran la unidad de dirección de las empresas. También prevén muchas veces la movilidad dentro del grupo, que se refiere al reclutamiento externo y a la limitación del recurso al trabajo temporal; también establece principios de movilidad temporal geográfica y funcional. En caso de despidos colectivos aún se puede precisar que la situación económica negativa se evalúa al nivel del grupo en caso de despidos colectivos.¹¹⁴

Las huelgas son raras porque la coordinación transnacional no se realiza fácilmente y porque la falta de reglas comunes sobre los conflictos de trabajo constituye un obstáculo mayor. Ya hemos mencionado que el derecho británico prohíbe las acciones de solidaridad; el apoyo a una huelga de otra compañía del grupo puede analizarse como tal.

En caso de despidos colectivos (Francia,¹¹⁵ Finlandia),¹¹⁶ algunas veces existe una obligación de recolocación dentro del grupo. Mencionemos una

¹¹¹ Morin, M. L., *op. cit.*, pp. 5-30.

¹¹² Weiss, M., *Négociation collective et groupe de sociétés en Allemagne*, documento de trabajo, Burdeos, abril de 2009.

¹¹³ Gil y Gil, J. L., *La negociación colectiva en los grupos de empresas: marco jurídico*, documento de trabajo, Burdeos, abril de 2009.

¹¹⁴ López Ahumada, E., *op. cit.*

¹¹⁵ Gadrat, M., *Le contenu des accords de groupe*, documento de trabajo, Burdeos, abril de 2009.

¹¹⁶ OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, *cit.*

sentencia del Tribunal de Bolonia, en Italia: una empresa había despedido a una trabajadora porque sus funciones habían sido suprimidas; en la práctica, las había transferido a otra compañía del grupo; el juez consideró que habría debido tomar en consideración la posibilidad de transferir a esta persona a una firma del grupo; sin embargo, se agrega que existía en el caso un acuerdo sindical en este sentido.¹¹⁷

b. Empleador complejo

Dos empresas pueden ser consideradas como empleadores conjuntos del asalariado. El demostrador de marca puesto a la disposición de un gran almacén constituye un ejemplo clásico.

Más allá, el derecho canadiense conoce el concepto de “empleador único” cuando se observa un vínculo íntimo entre las firmas. La legislación federal y la jurisprudencia de Québec consideran que dos empresas o más, ejerciendo juntos el control o la dirección de una pluralidad de empresas, constituyen un empleador único desde el punto de vista en particular, de las unidades de representación sindical; una noción parecida existe en los Estados Unidos. Esto recuerda, de una cierta manera, la unidad económica y social del derecho francés, que también concierne a la representación colectiva de los asalariados. Un tribunal europeo puede simplemente concluir, como la Corte francesa de Casación, que dos firmas del mismo grupo y de la misma rama de actividad, con vínculos estrechos en su organización, sus finanzas y su política de personal, no son más que una sola empresa.¹¹⁸

Los derechos inglés, canadiense y americano también han extraído la noción de “empleador conjunto” cuando los empresarios ejercen juntos la autoridad sobre uno o más asalariados. La hipótesis se distingue de la responsabilidad solidaria impuesta por la ley para la aplicación de las condiciones legales de trabajo.¹¹⁹ La legislación de Ontario sobre las relaciones laborales contiene disposiciones sobre los empleadores comunes que pretenden ase-

¹¹⁷ Sentencia del 2 de enero de 2001. Véase Loy, G., *Gruppi di imprese e diritto del lavoro in Italia*, documento de trabajo, Burdeos, abril de 2009.

¹¹⁸ Verge, P., *op. cit.* Véase, también, Fudge, Judy, *op. cit.*

¹¹⁹ *Idem.* Davies, P. y Freedland, M., “The Complexities of the Employing Enterprise”, en Davidov, Guy y Langille, Brian (dirs.), *op. cit.*

gurar el proceso de negociaciones colectivas y permiten al sindicato obtener su reconocimiento de agente negociador a este nivel. El co-empleo se encuentra también en Suiza.

D. *Actividades comunes*

La directiva europea núm. 89/391 del 12 de junio de 1989 sobre la salud en el trabajo impone a los empleadores cooperar en la aplicación de las disposiciones en materia de higiene y seguridad cuando los trabajadores de varias empresas están presentes en un mismo lugar de trabajo (artículo 6o., §4). En Francia, la ley prevé una coordinación sobre la salud en el trabajo entre los representantes del personal de las diversas empresas que hacen obras en común.¹²⁰

Este país conoce además el concepto de “grupos de empresarios”, cuyo objetivo consiste en compartir una mano de obra común. Organizan ciertos servicios en común (guarderías, formación profesional, etcétera). Tienen una responsabilidad solidaria sobre el vínculo de empleo. El código francés del trabajo establece finalmente el régimen jurídico de empresas a tiempo compartido que tienen los mismos objetivos que los grupos de empresarios, pero con un estatuto privado; no obstante, en la práctica esta disposición no es muy aplicada.¹²¹

Cabe aún recordar que en Europa continental la negociación colectiva tiene lugar muy a menudo al nivel de las ramas de actividad (o intersectorial), es decir con una pluralidad de empresas normalmente agrupadas dentro de asociaciones profesionales. A nivel europeo también se firman acuerdos marco de los sectores económicos o intersectoriales.

Las negociaciones colectivas existen aún al nivel del lugar en Francia, del territorio o de los distritos industriales en Italia (permitiendo incluir a los subcontratistas) o dentro de una cadena de firmas (unidad de negociación multiempresarial) en los Estados Unidos.¹²²

¹²⁰ Morin, M. L., *op. cit.*

¹²¹ Chaudron, Th., *op. cit.*; Morin, M. L., *op. cit.*

¹²² Gaudu, F., “Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l’entreprise”, *Droit social*, núm. 5, mayo de 2001, pp. 471-477.

E. *La directiva europea sobre la transferencia de empresas*

Muchas veces cuando una firma procede a la externalización de algunas actividades, la operación corresponde a una transferencia de empresa en el sentido de la directiva europea núm. 2001/23 que trata del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en este caso. La Corte de Justicia de la UE ha adoptado una definición bastante amplia del concepto de empresa. La transferencia puede ocurrir incluso dentro de un mismo grupo de firmas.¹²³

El cesionario subroga al cesionista en sus derechos y obligaciones derivados del contrato —o de la relación— de trabajo. Los Estados miembros pueden prever la responsabilidad solidaria de uno y otro respecto a esas obligaciones vencidas antes de la transferencia (artículo 3o., §1). Las normas nacionales difieren considerablemente al respecto: Alemania, España, Italia o Polonia conocen un tipo u otro de responsabilidad solidaria, cuando en los Países Bajos, Inglaterra o Suecia no existe ninguna norma referente a esto.¹²⁴

Si el juez francés estima que la transferencia hecha por una empresa de parte de su actividad (con los trabajadores respectivos) a otra empresa “eventualmente constituida con ese propósito” que no constituía una “unidad económica”, la transferencia resultaba improcedente y los trabajadores implicados debían ser reincorporados.¹²⁵

La directiva prevé procedimientos de información y de consulta con los representantes del personal.

IV. CONCLUSIONES: BÚSQUEDA DE NUEVAS SEGURIDADES, RESPUESTAS DIFERENTES

Ha empezado la modernización del derecho del trabajo frente a la llamada globalización. Sin duda, el proceso no ha llegado a su término. Estamos

¹²³ Herraiz Martín, Ma. Sol, “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas”, *Relaciones Laborales*, junio de 2007; Servais, J. M., *Droit social de l'Union européenne*, Bruselas, Bruylant, 2008, §§ 781-786.

¹²⁴ Luca-Tamajo, R. de y Perulli, A., *op. cit.*

¹²⁵ Potobsky, G. von, *op. cit.*; OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, cit.

en una etapa de pruebas y correcciones. Ya aparecen, sin embargo, elementos que podrían fundar el derecho de mañana.

Una primera tentativa de ir más allá del dilema entre el mantenimiento de las protecciones tradicionales y la flexibilización del mercado de trabajo ha venido de los Países Bajos y de su ley de 1999 sobre la “flexiseguridad”. Mencionemos el equilibrio que ha tratado de crear entre el desarrollo de agencias de empleo privadas y las garantías requeridas por los trabajadores temporales.

La aparición del concepto de “parasubordinación”, o cuasi-subordinación, y su utilización en la legislación de países tan diferentes como Alemania o España, Italia o el Reino Unido, corresponde a objetivos similares.

También la referencia más y más frecuente en Francia y en un número creciente de países a la responsabilidad compartida, solidaria o subsidiaria, ha permitido extender las protecciones de los trabajadores que, de una manera u otra, se relacionan con más de una empresa. En cambio, los derechos de Norteamérica han creado el concepto de empleador complejo, único o conjunto, que responde a preocupaciones vecinas.

Estas últimas figuras sugieren, además, que la visión que tenemos del derecho del trabajo no debe quedar centralizada sobre el derecho social sino abrirse a otras disciplinas jurídicas, en este caso al derecho civil. Incluso el derecho de la competencia la hace evolucionar en un sentido que no siempre beneficia a los empresarios. El derecho social europeo esboza quizá algunas líneas del derecho futuro. Hemos subrayado tentativas de buscar el verdadero centro de poder: el empleador que tiene una posición dominante dentro de un grupo de empresas o en casos de relaciones triangulares. Más allá de eso, sería útil profundizar en el concepto de empresa que aporta esta disciplina jurídica y sus diferencias con el derecho económico europeo. También hemos observado las exigencias de transparencia y de accesibilidad a la información en el caso de las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados, nociones que vienen igualmente del derecho de la competencia.

Estas evoluciones no deben sorprender en la medida en la que el derecho europeo finalmente se ha formado con la preocupación permanente de evitar el *dumping* social, la competencia basada en las condiciones de trabajo y de obtener un *optimum* entre las libertades económicas (de establecimiento,

de servicios) y sociales (incluso sindical). Sabemos que todo ello constituye un factor esencial —y obligatorio— de cambios en las legislaciones de los países miembros de la Unión Europea.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANTONMATTEI, P. H. y SCIBERRAS, J. C., *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, noviembre de 2008.
- BLANPAIN, R. *et al.* (dirs.), *Labour Law in Motion. Diversification of Labour Force and Terms and Conditions of Employment. Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 53, 2005.
- BRONSTEIN, A., *Current Challenges of the Labour Law*, Ginebra, OIT- Palgrave, 2009.
- CARABELLI, U., *La responsabilidad de los grupos de empresas*, Informe al IX Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Friburgo, septiembre de 2008.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Promoción del trabajo independiente*, Informe VII, Ginebra, OIT, 1990.
- CHAUDRON, Th., *Les tiers employeurs ou comment conjuguer compétitivité et responsabilité dans la France du XXIème siècle*, Rapport à Monsieur Brice Hortefeux, ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, febrero de 2009.
- ENGELS, Ch. y MAES, S., “La mise à disposition de travailleurs en Europe”, en CHAUDRON, Th., *Les tiers employeurs ou comment conjuguer compétitivité et responsabilité dans la France du XXIème siècle*, Rapport à Monsieur Brice Hortefeux, ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, febrero de 2009.
- FELDMAN, S., *La organización y la representación de quienes desarrollan actividades en el sector informal en Argentina, Brasil y Perú*, documento de trabajo, Ginebra, OIT, 1997.
- FUDGE, Judy, “The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers and Labour Protection”, en DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (dirs.),

- Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford-Portland, Oregón, International Institute for Labour Studies, 2006.
- GADRAT, M., *Le contenu des accords de groupe*, documento de trabajo, Burdeos, abril de 2009.
- HERRAIZ MARTÍN, Ma. Sol, “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas”, *Relaciones Laborales*, junio de 2007.
- JAMOULLE, M. et al., *Le portage salarial : mise à disposition, sous-traitance ou intérim ?*, Bruselas, Kluwer, 2005.
- LÓPEZ AHUMADA, E., “Le contenu des conventions collectives des groupes d’entreprises”, *Document de travail*, Comptrasec, Université Montesquieu-Bordeaux IV, abril de 2009.
- LUCA-TAMAJO, R. de y PERULLI, A., “Derecho del trabajo (en sus dimensiones individual y colectivo) y descentralización de la producción”, *Informe general* al 18o. Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, septiembre de 2006.
- OIT, *El ámbito de la relación de trabajo*, Informe V, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 91a. reunión, 2003.
- , *La relación de trabajo*, Informe V (1), Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 95a. reunión, 2006.
- OJEDA AVILÉS, A., “La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial del Estatuto del Autónomo”, *Aranzadi Social*, núm. 4/2009 (Tribuna).
- POTOBSKY, G. von, *Modalidades laborales y su encuadramiento normativo (tendencias en Europa y en América Latina)*, documento de trabajo, 2009.
- SERVAIS, J. M., *Droit social de l’Union européenne*, Bruselas, Bruylant, 2008.
- (dir.), “Relaciones laborales, democracia y cohesión social”, *El trabajo en el mundo 1997-98*, Ginebra, OIT, 1997.
- SUPIOT, A. (dir.), *Cambios en el trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*, Informe de la Comisión Europea, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- , “Les nouveaux visages de la subordination”, *Droit social*, núm. 2, febrero de 2000.
- VERGE, P., *Configuration diversifiée de l’entreprise et droit du travail*, Saint Nicolas, Québec, P U Laval, 2003.

Hemerografía

- AUBERT-MONTPEYSEN, Th., “Les frontières du salariat à l’épreuve des stratégies d’utilisation de la force de travail”, *Droit social*, núm. 6, junio de 1997.
- CONTE, M. del y TIRABOSCHI, M., “Italy”, en BLANPAIN, R. *et al.* (dirs.), *Labour Law in Motion. Diversification of Labour Force and Terms and Conditions of Employment. Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 53, 2005.
- El País*, 30 de enero de 2006.
- European Employment Review*, núm. 397, 1o. de febrero de 2007.
- EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, *Temporary Agency Work and Collective Bargaining in the EU*, 28 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tm0807019s>.
- GAUDU, F., “Entre concentration économique et externalisation : les nouvelles frontières de l’entreprise”, *Droit social*, núm. 5, mayo de 2001.
- “La loi et l’accès à la syndicalisation de certains travailleurs non salariés vulnérables : une relation pathologique ?”, *Les Cahiers du Droit*, vol. 48 (1-2), marzo-junio de 2007.
- MORIN, M. L., “Le droit du travail face aux nouvelles formes d’organisation des entreprises”, *Revue internationale du travail*, vol. 144, núm. 1, 2005.
- TRIOMPHE, C. E., “Le dialogue social éparpillé”, *Le Monde*, 24 de febrero de 2004.
- VERICEL, M., “Le rétablissement de la présomption de non-salariat (article 23 de la loi du 1er août 2003 pour l’initiative économique)”, *Droit social*, núm. 3, marzo de 2004.
- WEISS, M., *Négociation collective et groupe de sociétés en Allemagne*, documento de trabajo, Burdeos, abril de 2009.
- YANPELDA, *Décentralisation productive et droit du travail. Réflexions à partir du droit camerounais*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2009. 