

CAPÍTULO TERCERO

EL MARCO JURÍDICO DE LA EXTERNALIZACIÓN Y LA SUBCONTRATACIÓN EN EUROPA

Paradójicamente, la elección de las empresas en favor de la organización en red es favorecida por el derecho del trabajo tanto en los Estados miembros de la Unión Europea como en el orden jurídico comunitario. En efecto, los unos y los otros se esfuerzan en reglamentar las relaciones de trabajo fundadas en el contrato de trabajo, pero desprecian todas las demás formas de movilización de la mano de obra, dejando su regulación esencialmente al derecho civil y mercantil.²⁸ Es suficiente que una empresa que está buscando una mayor flexibilidad, se procure la mano de obra en un marco diferente al del contrato de trabajo para escapar, parcial o globalmente, al estatus de laboral y a todas las restricciones ligadas al contrato de trabajo.²⁹

La Unión Europea no ha tomado la iniciativa global para aprehender de manera comprehensiva los fenómenos de externalización y subcontratación en su integralidad y complejidad. Ha procedido, no obstante, por etapas sucesivas, a la adopción de directivas, cuya transposición al derecho nacional ha permitido la creación de una regulación mínima para la externalización (*infra*, apartado I) y el uso de la subcontratación (*infra*, apartado II) para las empresas europeas.³⁰

²⁸ Sobczak, A., *op. cit.*, nota 1.

²⁹ Aubert-Montpeyssen, T., “Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail”, *Dr. Soc.*, 1997, p. 616.

³⁰ Ante la falta de reglamentaciones comunitaria, como en el caso del trabajo independiente, se va hacer referencia a los diferentes derechos nacionales.

I. EL DERECHO EUROPEO DE LA EXTERNALIZACIÓN

Cuando una empresa europea participa en un proceso de reestructuración o de reestructuraciones y externaliza sus actividades secundarias, sea a través de una cesión convencional, sea por medio de la subcontratación, la operación implica la transferencia de contratos de trabajo al cesionario que debe asegurar a los trabajadores transferidos la conservación de sus condiciones de trabajo anteriores (1. Directiva “traspaso” de empresas). Cuando la operación de externalización consiste en conferir la realización de una función a una empresa situada fuera de la Unión Europea (reubicación), ésta no es analizada como una transferencia, sino como un cese de actividad acompañada de una reubicación o relocalización y de una inversión en un tercer país. En esta última hipótesis, el cese de actividades implica la ruptura de los contratos de trabajo entre los trabajadores y la empresa reubicada (2. Directiva despidos colectivos); ruptura que Serra objetó de un procedimiento de consulta con los representantes del personal (3. Directivas de información y consulta).

1. *La directiva “traspaso” de empresas*

En virtud del artículo 249, apartado primero del Tratado de la Unión Europea: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Por lo tanto, las directivas europeas exigen una aplicación (o traslado) en cada uno de los sistemas jurídicos nacionales a través de la legislación, los reglamentos o convenios colectivos que debe ocurrir dentro de un tiempo determinado.

Sin embargo, a la expiración del plazo, la ausencia de transposición recibe una triple sanción. La primera es de una importancia menor con respecto a este punto. El Estado que no ha trasladado una directiva se expone, bajo ciertas condiciones, a un recurso por incumplimiento ante el juez comunitario y de una acción por da-

ños y perjuicios ante las jurisdicciones nacionales, ejercido por las víctimas de esta falta de transposición. Asimismo, todo particular tiene el derecho de invocar las disposiciones de una directiva que aparecen “incondicionales y suficientemente precisas” en el marco de un litigio contra las autoridades públicas. Este efecto directo de las directivas (no trasladadas en el periodo establecido) no es absoluto: se despliega sólo en una dirección vertical (no en los litigios entre particulares, como empleado y el empleador). Por último, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar las disposiciones de derecho interno “en la mayor medida de lo posible a la luz del texto y la finalidad de la directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue”.

El derecho europeo de la externalización infracomunitaria se encuentra consagrado en la directiva del Consejo número 1977/187/CEE del 14 de febrero de 1977,³¹ en cuanto a “la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad”. En virtud de esta directiva, a partir del momento en que la entidad económica trasladada conserva su identidad, los contratos de trabajo celebrados con el cedente son automáticamente transferidos al cesionario (efecto traslativo). La directiva 77/187/CEE ha sido objeto de modificaciones en 1998³² y codificada por la directiva 2001/23/CE del 12 de marzo 2001,³³ “por razones de claridad y racionalidad”.

³¹ *JOCE*, núm. L 61, 5 de marzo de 1977, p. 26.

³² Estas modificaciones resultan de la directiva 98/50/CE, del 29 de junio de 1998; *JOCE*, núm. L 201, 17 de julio de 1998, p. 88, que tuvo por objeto tomar en cuenta en la definición de traspaso de la jurisprudencia del TJCE.

³³ *JOCE*, núm. L 82, 22 de marzo de 2001, p. 16.

A. *El ámbito de aplicación geográfico de la directiva de traspasos de empresas*

El artículo primero numeral 2 de la directiva del 12 de marzo de 2001 establece que “La presente directiva se aplicará cuando y en la medida en la que la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad que haya de traspasarse, se encuentre dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado”. Así, con el fin de permanecer dentro del campo de la directiva, la cesión de la actividad debe ser en consecuencia, intracomunitaria. De ello se deduce que el efecto de cesión de los contratos de empleo de la directiva (artículo 3, § 1) no es válida frente al cesionario establecidos fuera de la Comunidad Europea.

La directiva se aplica, sin embargo, a la cesión de toda “entidad autónoma” realizada al interior del territorio comunitario (por ejemplo entre Francia y Alemania o entre Alemania e Italia), es decir, a toda cesión transfronteriza e intracomunitaria.

De esta manera, las reglas contenidas en los artículos primero numeral y 3 numeral 1 de la directiva tienen primacía sobre toda regla de conflicto, que surge de los derechos internos o de la Convención de Roma (1980) que vendría a designar la *lex contractus* o la *lex loci laboris* con el fin de regular la situación de los trabajadores. En otras palabras, “la directiva comunitaria constituye un puente jurídico que garantiza la transferencia de contratos de trabajo entre un cedente y el cesionario establecidos en diferentes Estados miembros, independientemente del contenido del derecho nacional”.³⁴

Por el contrario, en la cesión de una empresa no comunitaria, la relatividad de los contratos aparece nuevamente, a menos que los Estados terceros concernientes prevean igualmente el efecto traslativo de la cesión.³⁵

³⁴ Al respecto, véase Morvan, P., “L’article L.122-12 du Code du travail à l’international”, *RJS*, París, 8-9/04, p. 587.

³⁵ *Idem*.

En caso de cesión de una empresa fuera de la Unión Europea, se admite que la actividad, en realidad no ha sido traspasada, sino más bien interrumpida y recreada en un tercer país en condiciones exclusivas de toda noción de “traspaso”. Así se desprende de la resolución judicial *Thomson Tubes* de la Sala Social de la Corte de Casación francesa del 5 de abril 1995.³⁶ En este caso, la más alta jurisdicción francesa había censurado a la Corte de Apelación de Lyon que había considerado que la actividad había sido traspasada de Francia a Brasil. Para la Corte de Casación, “el establecimiento de Lyon de la sociedad *Thomson Tubes et Displays* había sido cerrado y... la actividad se ejercía en otros lugares, particularmente en el extranjero en un medio diferente, por lo que los empleos de ese establecimiento habían sido suprimidos”. Por lo que, cuando una empresa europea decide reubicar todo o parte de su actividad, fuera del espacio económico europeo hacia un tercer país, no se está en presencia de una transferencia de empresa, sino más bien de una cesión de actividades y la creación de una nueva empresa en el extranjero. La suerte de los trabajadores será, en consecuencia, un despido económico ineluctable.³⁷

Nada impide, sin embargo, al cesionario no comunitario, de una entidad económica autónoma convenir con el cedente comunitario, retomar total o parcialmente los contratos de trabajo.

³⁶ Cass. soc., 5 de abril de 1995, “Sté Thomson Tubes et Displays c/ Steenhoute et autres et SA TRW Repa c/ Mabon et autres”, *RJS*, núm. 496, 1995, p. 321.

³⁷ Al respecto, véase Rade, C., “Restructurations et délocalisations”, *Dr. Soc.*, París, marzo de 2006, p. 289.

B. *El ámbito de aplicación material de la directiva de transferencia*

a. *La noción de transferencia de empresa*

Según el artículo primero de la directiva 2001/23/CE del 12 de marzo de 2001, esta es aplicable “a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión”. Según el artículo primero numeral primero “b”: “se considerará traspaso a efectos de la presente directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio”.

La cuestión es entonces saber si la directiva de “traspaso de empresas” se aplica a las operaciones de externalización, es decir la cesión de una actividad secundaria a un prestador de servicios o a un subcontratista infracomunitario.

a) *La transferencia de una entidad económica*

A falta de definición del concepto de entidad económica susceptible de ser traspasada, han sido los jueces nacionales y comunitarios que han tratado de caracterizarla. En estas circunstancias, es el método de conjunto de indicios que ha sido aplicado. La mejor ilustración de este enfoque a nivel de la comunidad sigue siendo el caso *Spijkers* del 16 de marzo de 1986.³⁸ La resolución judicial incita al juez nacional a:

tomar en cuenta el conjunto de las circunstancias de hecho que caractericen a la operación de que se trata, entre las que figuran particularmente el tipo de empresa o de establecimiento del que se trata, el traspaso o no de elementos materiales, tales como los edificios y los bienes inmobiliarios, el valor de los elementos materiales al momen-

³⁸ TJCE 18 marzo 1986, aff. 24/85, Rec. I p.1124.

to del traspaso, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela.

La sentencia *Rygaard* del 19 septiembre 1995³⁹ precisa, por otra parte, que la entidad susceptible de ser transferida debe corresponder a “un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de las actividades o de algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”. En fin, la sentencia *Süzen* del 11 de marzo de 1997,⁴⁰ afina esta posición recordando que

para que la directiva sea aplicada, el traspaso debe... centrarse en una entidad económica organizada de manera estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una actividad determinada. La noción de entidad económica implica en consecuencia un conjunto organizado de personas y de elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue una actividad propia.

b) El traspaso de una entidad autónoma

Cuando la cesión convencional concierne a una empresa o a un establecimiento en su totalidad, no tiene mucha importancia interrogarse sobre la autonomía de la entidad traspasada. Por el contrario, resulta importante cuando se está en presencia del traspaso de una simple actividad o de una parte de la empresa, como es el caso de una operación de externalización de una actividad secundaria o del recurso a la subcontratación.

La autonomía es un elemento de la definición de la noción de entidad económica. Parece, a este respecto que la entidad autónoma debe disponer de medios propios, equipo y clientela.

La Corte de Apelaciones de Nîmes ha proporcionado, al respecto, el 14 de mayo de 1998, una decisión que merece atención. Un establecimiento de la sociedad Perrier había decidido externalizar su actividad de fabricación de plataformas para cajas, y así

³⁹ TJCE, 19 de septiembre de 1995, aff. C-48/954, Rec. I, p. 2745.

⁴⁰ TJCE, 11 de marzo de 1997, aff T-13/95, Rec. I, p. 1259, punto 15.

concentrarse en su actividad principal. La sociedad vendió a otra sociedad su material e inventario. La sociedad buscaba paralelamente transferir sus contratos de trabajo de las personas dedicadas a la actividad en cuestión, situación que los trabajadores demandaron para permanecer en el seno de la sociedad. Conscientes del traspaso de una entidad económica, los interesados optaron colocarse sobre el campo de la autonomía, sosteniendo que la entidad traspasada no respondía a este criterio. La Corte de Apelaciones al respecto ha estimado que:

no constituye una actividad económica autónoma el taller de carpintería de uno de los establecimientos de una sociedad, encargada de una actividad de fabricación y reparación de plataformas para cajas, que no es, más allá de su localización geográfica sobre los lugares en edificios separados y de la utilización de un material específico para la actividad, que un simple desmembramiento de los servicios centrales de la empresa.⁴¹

c) La conservación de identidad

Retomando las jurisprudencias *Spijkers*⁴² y *Redmond Stichting*,⁴³ el caso *Schmidt* del 14 de abril de 1994,⁴⁴ recuerda que “el criterio decisivo para considerar la existencia de una transferencia o parte de una empresa en el sentido de la directiva es aquel de la conservación de la identidad”. La conservación de la identidad “resulta particularmente de la continuidad efectiva o de la reanudación por el nuevo empleador de las mismas actividades económicas o de actividades análogas”.

⁴¹ Al respecto, véase Darmaisin, S., “Le concept de transfert d’entreprise”, *Dr. Soc.*, 1999, p. 343.

⁴² TJCE, *Spijkers*, 18 de marzo de 1986, aff. C-24/85, París, punto 12.

⁴³ TJCE, *Redmond Stichting*, 19 de mayo de 1992, aff. C-29/91, Rec. I, p. 3189, punto 23.

⁴⁴ TJCE, *Schmidt*, 14 de abril de 1994, aff. C-392/94, Rec. I, p. 1311, punto 17.

d) La externalización de un servicio o la pérdida de un mercado (subcontratación)

En el asunto *Watson Rask*, del 12 de noviembre de 1992,⁴⁵ una empresa había decidido dejar de detentar la administración de su comedor para conferirla a un prestatario exterior. El TJCE ha considerado que esta decisión implicaba la transferencia de los contratos de trabajo al nuevo proveedor y recordó que el artículo primero de la directiva

debe ser interpretado en el sentido de que la directiva puede aplicarse en una situación donde un empresario confía, vía contractual, a otro empresario la responsabilidad de explotar un servicio destinado a los trabajadores, administrado anteriormente de manera directa, medianamente una remuneración y diversas prestaciones, en donde las modalidades son determinadas por acuerdo entre ellos.

En el caso *Schmidt*,⁴⁶ una empresa alemana había decidido externalizar la limpieza de sus instalaciones. El nuevo prestador del servicio había aceptado continuar el contrato de trabajo de un trabajador pero bajo condiciones de trabajo menos ventajoso, situación que el trabajador impugnó. La posición del TJCE fue clara: el efecto traslativo se aplica en el caso en que: “un empresario confíe, contractualmente, a otro empresario la responsabilidad de realizar los trabajos de limpieza que se realizaban anteriormente de manera directa, incluso si, antes de la transferencia, dichos trabajos eran ejecutados por un solo trabajador”. Desde el caso *Schmidt*, la simple transferencia de una actividad es susceptible de implicar la transferencia de los contratos de trabajo, incluso si la transferencia no se traduce por la transmisión de elementos corporales e incorporeales.

⁴⁵ TJCE, *Watson Rask*, 12 de noviembre de 1992, aff. C-209/91, Rec. p. 5779.

⁴⁶ TJCE, *Schmidt*, cit., nota 44.

Esta posición del TJCE, actualmente se encuentra sensiblemente matizada en la medida en que el *Ayşe Süzen*⁴⁷ indicó a partir de ese momento que

Como ha señalado la mayoría de los participantes en el procedimiento, la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar, no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone [punto 15].

Por lo que

la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la directiva. En esta situación, aunque pierda un cliente, la empresa de servicios que era anteriormente titular de la contrata no deja de existir íntegramente, sin que pueda considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se ha cedido al nuevo adjudicatario de la contrata [punto 16].

Si el caso *Ayşe Süzen*, recuerda que la sola pérdida de una actividad en beneficio de un nuevo prestador no implica la aplicación de la directiva, precisa no obstante que

en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que

⁴⁷ TJCE, *Ayşe Süzen*, 11 de marzo de 1997, aff. T-13/95, recueil I 1259, punto 15.

se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea [punto 21].

El juez comunitario ha recordado en el contexto de esta decisión, que una entidad económica

si debe ser lo suficientemente estructurada y autónoma, no incluye necesariamente elementos activos, tangibles o intangibles significativos. En algunos sectores económicos, tales como la limpieza, a menudo se reduce a su mínima expresión y la actividad se basa principalmente en el trabajo. Por lo tanto, un grupo organizado de trabajadores que están específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede, en ausencia de otros factores de producción, corresponder a una entidad económica.⁴⁸

Esta decisión deja perplejo, ya que aparentemente entiende que en ciertas actividades, como la limpieza o la administración de un restaurante, la directiva se aplica solamente si la externalización de esas actividades periféricas se acompaña del traspaso de todos o parte de los trabajadores. Desde nuestro punto de vista la transferencia de los contratos al cesionario no puede ser a la vez condición y efecto de la aplicación de la directiva.

b. *Los derechos y obligaciones resultantes de la aplicación de la directiva de transferencia*

a) *La conservación de los derechos de los trabajadores*

El artículo tercero de la directiva busca asegurar a los trabajadores implicados por la transferencia de su empleo con un nuevo

⁴⁸ Para todos estos aspectos, véase Laulom S., “Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transfert d’entreprise”, *Dr. Soc.*, París, septiembre-octubre de 1999, p. 821; Rodiere, P., “Traité de droit social de l’Union Européenne”, *LGDJ*, París, núm. 378, 2008, p. 382 y ss.; Servais, J.-M., *Droit social de l’Union Européenne*, Bélgica, Bruylant, núm. 778, 2008, p. 248.

empleador, la conservación de sus derechos adquiridos al momento de la cesión. De esta manera, los contratos o las relaciones —relativas al derecho del trabajo— son transmitidos al cesionario (artículo 2). Las personas sujetas a un estatus de derecho público no se benefician de esta garantía.⁴⁹

En principio, la transferencia no puede constituir un motivo de despido. No obstante, los despidos, en el contexto de una transferencia, pueden ser justificados “por razones técnicas, económicas o de organización que impliquen cambios en el empleo” (artículo 4§1).

La Corte admite que el trabajador cuya relación de trabajo sea traspasada puede rechazar su transferencia, ya que la elección de su cocontratante es un derecho fundamental.⁵⁰ No se le puede imputar algún tipo de responsabilidad sobre este aspecto. El derecho francés, por el contrario, reconoce que el trabajador no podrá oponerse a su transferencia.⁵¹

El cesionario subroga al cedente los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo o de la relación de trabajo. En virtud del artículo 3 §1 de la directiva, los Estados miembros pueden establecer la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario con relación a todas las obligaciones nacidas antes de la fecha del traspaso.

El cesionario está autorizado a realizar cambios en la misma medida que el cedente. Una modificación sustancial del contrato (reducción del salario, aumento significativo de las horas de trabajo más allá de las horas extras) se analiza jurídicamente como un despido del traspaso y será imputado al cesionario.⁵² La solución es la misma, incluso si el trabajador obtiene nuevos beneficios a cambio de los inconvenientes derivados de la modificación de la

⁴⁹ TJCE, *Collino c. Telecom Italia*, 14 de septiembre de 2000, aff. 343/98, Rec. I, 6659.

⁵⁰ TJCE, *Katsikas*, 16 de diciembre de 1992, aff. C-132, 138 y 139/91, Rec. I, p. 6577.

⁵¹ Pelissier, J. *et al.*, *Droit du travail*, 24a. ed., París, Dalloz, 2008, p. 494.

⁵² TJCE, *Delahe*, 11 de noviembre de 2004, aff. C-425/02, Rec. I, p. 10823.

relación de trabajo, y cuando no está ubicado en general en una situación menos favorable que antes. La Corte agrega, no obstante, que la directiva no se opone a una modificación de la relación de trabajo con el cesionario, en la medida en que el derecho nacional aplicable (*lex laboris*) admite tal modificación fuera de la hipótesis de una transferencia de una empresa.

El caso *Delahe*,⁵³ el TJCE lo resolvió sobre la transferencia de una persona moral de derecho privado al Estado. Este último había reducido la remuneración de sus nuevos trabajadores de acuerdo con las disposiciones nacionales en vigor dentro del sector público. La Corte ha estimado que la directiva no se oponía a esta disminución, no obstante que el nuevo empleador respetó la finalidad, de éste, particularmente en materia de antigüedad. Una reducción sustancial del salario podía no obstante analizarse como una rescisión del contrato.

Los trabajadores empleados por el cedente en la fecha del traslado conservan el beneficio de los derechos que se desprenden de un convenio colectivo en vigor hasta la expiración del mismo, o la aplicación de otro convenio colectivo sustituto. Los Estados pueden limitar el periodo de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no puede ser inferior a un año (artículo 3o., numeral 3).

Cuando el contrato de trabajo renvía a una convención colectiva que vincula al cedente, el artículo 3o. numeral 1 de la directiva no se opone a que el cesionario —que no es parte de esta Convención— se niegue aplicar a los trabajadores afectados por la transferencia las condiciones de las convenciones colectivas posteriores a aquella en vigor al momento del traspaso del establecimiento.⁵⁴

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ TJCE, *Werhof*, 9 de marzo de 2006, aff. 499/04, Rec. I, p. 2397.

b) La información y la consulta de los representantes de personal

El cedente y el cesionario deben informar a los representantes del personal la fecha y el motivo del traspaso, sus consecuencias jurídicas y sociales y las medidas previstas para el personal. La información se debe dar con la suficiente antelación de la realización del traspaso, es decir antes de que los trabajadores sean afectados por el cesionario (artículo 7o.). Atendiendo a este objetivo, la directiva considera el mantenimiento de la representación del personal previo al cambio de la entidad traspasada. En efecto, con el objeto de que los derechos de los transferidos sean garantizados, es conveniente que su representación colectiva no sea interrumpida, que temporalmente por el hecho material del traspaso. En cualquier caso, en la ausencia de una representación del personal, son los trabajadores afectados por la transferencia quienes reciben directamente la información.

La consulta está centrada en las medidas previstas por el departamento de personal del cedente al cesionario. Quien debe comprometerse “a llegar a un acuerdo”. La directiva prevé la situación específica de los Estados que, como Alemania, ofrecen la posibilidad a los representantes de personal de recurrir al arbitraje y obtener, de esta manera, una decisión sobre las medidas que deben adoptarse para beneficiar a los trabajadores.⁵⁵

2. La directiva sobre despidos colectivos

Las operaciones de externalización, que implican o no el traspaso de contratos de trabajo, implican frecuentemente el despido de todos o parte de los trabajadores implicados por dicha operación. El derecho comunitario, inspirado en este aspecto de los derechos

⁵⁵ Servais, J.-M., *Droit Social de l'Union Européenne*, cit., nota 48, núm. 805, p. 255.

nacionales⁵⁶ regula dichos despidos, garantizando un derecho de la información y a la consulta. Dicha consulta se supone que debe llegar a un acuerdo susceptible de reducir el número de despidos y/o de contemplar medidas alrededor de dichos despidos.

La directiva sobre despidos colectivos tiene por objeto central fijar un conjunto de reglas comunes en materia de procedimientos de despidos colectivos por motivos económicos. El texto de 1975 (núm. 75/129) ha sido modificado en algunos puntos por la directiva 92/56 del 24 de junio de 1992, consolidadas en la directiva del 20 de julio de 1998.⁵⁷

Fundada sobre el texto del antiguo artículo 100 del Tratado, la directiva, establece las normas mínimas que todos los Estados miembros deben respetar. De la manera en que ha sido interpretado por la Corte de Justicia,⁵⁸ la noción de regulación mínima implica la posibilidad de protección nacional reforzada. Conforme a esta regulación general, la directiva de despidos colectivos, al igual que la directiva de transferencia, permite a los Estados miembros introducir disposiciones más favorables a los trabajadores. Desde su revisión en 1992, la directiva despidos colectivos precisa que esas disposiciones más favorables pueden ser de naturaleza convencional.⁵⁹

La directiva 75/129 (actualmente 98/59) determina su ámbito de aplicación y, con este fin, define el concepto de despido a la luz del derecho comunitario. La directiva contempla un procedimiento de consulta de los representantes de los trabajadores y complementa dicha consulta con información de la autoridad pública.

⁵⁶ Sachs-Durand, C., *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, PUS, 2004.

⁵⁷ JOCE, núm., L 225 del 12 de agosto de 1998.

⁵⁸ TJCE, *Royaume Uni c. Conseil*, 12 de noviembre de 1996, aff. C-84/94, Rec. I-5755.

⁵⁹ Rodiere, "Traité de droit social de l'Union Européenne", *LGDJ*, 2008, p. 376.

A. *El ámbito de aplicación de la directiva*

Bajo la expresión “despidos colectivos” la directiva se refiere a los despidos que tengan un motivo económico, es decir, que tiene lugar por uno o varios motivos no imputables al trabajador. Dichos despidos pueden ser el resultado de operaciones de externalización, como una deslocalización que tuviera lugar fuera del territorio de la Unión Europea o en caso de rechazo de un traspaso efectuado dentro del espacio europeo por una parte considerable de trabajadores afectados.

La directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de elegir, dependiendo del periodo, entre diferentes criterios cuantitativos.

Según la primera posibilidad, la directiva se aplica a los establecimientos que ocupan entre 20 y 100 empleados y que considera al menos 10 despidos en un periodo de 30 días. Más allá de 100 empleados y hasta 300, la directiva se aplica si el número de despidos previstos se eleva al 10% de los efectivos en un periodo de 30 días. Por último, en los establecimientos de 300 empleados y más. Su aplicación está sujeta a por lo menos 30 despidos durante el periodo de referencia de 30 días.

Según la segunda opción, la directiva se aplica a los establecimientos que proyectan al menos 20 despidos en un periodo de referencia de 90 días sin importar el número de sus trabajadores.

Los umbrales se establecen en el establecimiento y no en la empresa. La Corte de Justicia ha interpretado la noción de “establecimiento” como “la unidad a la que los trabajadores son asignados para llevar a cabo sus actividades”. La Corte añade que no es indispensable que la unidad tenga una dirección que pueda efectuar de manera independiente despidos colectivos.⁶⁰

Son asimilados al despido a los efectos de la directiva 98/59, no sólo las terminaciones anticipadas de los contratos por tiempo indeterminado sino también los despidos negociados. El texto ini-

⁶⁰ TJCE, *Rockfon*, 7 de diciembre de 1995, aff. C-449/93, Rec. I, p. 4306.

cial se refería únicamente a los despidos, pero la modificación de 1992 ha asimilado a éstos: “las extinciones del contrato de trabajo efectuadas por iniciativa del empresario”, siempre que esas separaciones se acompañen de cinco despidos por lo menos.

Por el contrario, son excluidos del campo de aplicación de la directiva los despidos de trabajadores de las administraciones públicas o los organismos de derecho público.

Tras la revisión de la directiva en 1992, ésta se aplica con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él. El artículo 2o. numeral 4 agrega que el empleador no puede justificar los incumplimientos que le son imputados basándose en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración. El empresario será condenado según las sanciones establecidas por el derecho nacional.

Esta interpretación extensiva de la directiva sólo representa un mínimo de confort, si se piensa que los trabajadores se encuentran aislados en empresas locales, al final de una cadena de decisiones, en donde los verdaderos controles de decisiones se encuentran en otro país, incluso en otro continente y que frente a la internacionalización exponencial de las empresas los sindicatos son incapaces de internacionalizar su acción.⁶¹ Se puede observar que la directiva no exige directamente obligaciones a cargo de la empresa dominante detrás de la decisión. Esta abstención tiene por objeto, según la directiva del 13 de noviembre de 1991, evitar problemas de extraterritorialidad.⁶²

⁶¹ Boni, G., *op. cit.*, nota 14, p. 75.

⁶² Rodiere, P., *op. cit.*, nota 59.

B. La obligación de informar y consultar a los representantes del personal

El procedimiento de consulta debe iniciar desde el momento en que el empleador considera efectuar despidos colectivos, ya sea dentro del marco de una operación de externalización o en caso de una liquidación judicial o cese de pagos (quiebra). El empleador tiene la obligación en este caso de proporcionar a los representantes del personal “en tiempo hábil” (exigencia agregada por la modificación de 1992) “toda la información pertinente” y comunicarles, en cualquier caso, por escrito: los motivos del proyecto de despido, el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, el periodo a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido, y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales.

La convocatoria de expertos para ayudar a los representantes del personal aparece ahora en la directiva. Ésta, sin embargo, no establece un derecho a la asistencia de un experto; simplemente señala que los Estados miembros “podrán disponer” de este recurso. Sin embargo, es importante señalar que la intención de la Comisión iba más allá y preveía el derecho de contar con un experto.

La consulta debe realizarse con la información entregada “en tiempo hábil” sobre los despidos de los “trabajadores que vayan a ser despedidos”. En otras palabras, la consulta precede la decisión. La directiva precisa igualmente el objetivo de la consulta: por un lado, sobre la existencia de posibles despidos (“las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos”); por otro, sobre las medidas a tomar ante los inminentes despidos: “atenuar sus consecuencias”. En su redacción, luego de su revisión, la directiva establece ahora (artículo 2o. numeral 2) que la consulta debe tratar sobre las “medidas sociales de acompañamiento destinadas, en

especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”.

La directiva hace hincapié en la obligación del empleador de negociar con los representantes de los trabajadores para llegar a un acuerdo (artículo 2o. numeral 1) sobre las medidas para evitar o minimizar los despidos o de atenuar sus consecuencias. La directiva supone que los representantes de los trabajadores pueden “formular propuestas constructivas”. En cualquier caso, un diálogo debe establecerse.

El problema es que el diálogo previsto por la directiva se establece una vez que el proyecto de restructuración ha sido decidido. Por lo que el diálogo sólo se puede referir a las despidos que van a tener lugar. Ahora bien, conforme las operaciones de restructuración se han convertido casi permanentes, la necesidad de establecer negociaciones periódicas sobre la planificación provisional del empleo (como en el derecho francés) o de establecer negociaciones derogatorias que garanticen mayor flexibilidad a las empresas frente a los compromisos de empleo, devienen más urgentes.⁶³

En fin, a los Estados miembros les corresponde velar por el respeto de las obligaciones derivadas de la directiva. Por lo que los trabajadores involucrados deben disponer de “procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la presente directiva” (artículo 6o.). Luego de la revisión de 1992, la Comisión había propuesto la creación de procedimientos que permitan a los trabajadores o a sus representantes obtener la nulidad de los despidos no realizados conforme a las obligaciones de información y consulta previstas por la directiva, pero el Consejo no retomó dicha propuesta.

⁶³ Boni, G., *op. cit.*, nota 14; Moreau, M. A., *Restructuration et Comité d'entreprise européen*, EUI, 2006/2.

C. El control de la causa económica de la recisión por los jueces nacionales: el ejemplo del derecho francés

El tema de la calificación del motivo económico de los despidos que resultaran de una transferencia de una entidad económica, así como de la reubicación hacia otro país situado fuera de la Unión Europea, no representa dificultades particulares. Se trata de motivos no inherentes a la persona de los trabajadores y por lo tanto económicos.

Ahora bien, las razones de una reubicación pueden ser:

1. La consecuencia de dificultades económicas que obliguen al empleador a asegurar su sobrevivencia cerrando sitios demasiado costosos y transfiriendo sus actividades a otro país.
2. Una solución tomada por comodidad para asegurar un margen de beneficio considerable.
3. Una medida necesaria a fin de llegar a nuevos clientes en un mercado mundializado.

Corresponderá, en consecuencia, al juez determinar si los motivos invocados son de tal naturaleza que justifiquen los despidos realizados.

La Corte de Casación francesa ha precisado cómo convendría apreciar las dificultades económicas cuando una empresa corresponde a un grupo. En el caso *Thomson Tubes* del 5 de abril de 1995,⁶⁴ la cámara social de la Corte de Casación ha señalado que:

si la realidad de la suspensión o transformación del empleo o la modificación sustancial del contrato de trabajo es examinada a nivel de la empresa, las dificultades económicas deben ser apreciadas en función del sector geográfico al cual pertenece la empresa involucrada.

⁶⁴ Cass. Soc., 5 de abril de 1995, *RJS* 1995, núm. 496, p. 321.

Este criterio ha sido confirmado posteriormente de manera constante, particularmente en el caso *Société Sprague France*,⁶⁵ en donde la Corte igualmente ha afirmado que: “las dificultades económicas deben ser apreciadas a nivel del grupo al cual pertenece la empresa, sin que haya lugar a reducir el grupo a las sociedades o empresas situadas sobre el territorio nacional”.

La empresa puede igualmente innovar la introducción de nuevas tecnologías para intentar justificar ciertos despidos colectivos ligados a reubicaciones. Este argumento, sin embargo, no es muy apropiado, según lo demuestra el caso *Lee Cooper* que resolvió la sala de lo social de la Corte de Casación el 13 de mayo de 2003.⁶⁶ En este caso, la sociedad *Lee Cooper* buscaba justificar despidos ante la necesidad en la que se encontraba de reagrupar el conjunto de sus servicios informáticos en el Reino Unido, luego de la instalación de un nuevo *software*. No obstante, el argumento fue rechazado por la Corte de Casación al estimar que: “es por una apreciación soberana que escapa del control de la Corte y sin conocer de desnaturalización, que la Corte de Apelaciones ha considerado que el mero cambio de *software* no puede ser una innovación tecnológica en sí misma”. En este caso, el argumento esgrimido para justificar los despidos en Francia se volvió contra la empresa, ya que los jueces habían considerado que tratándose de puestos de trabajadores informáticos, estos últimos podían perfectamente realizar sus actividades a distancia, gracias a los medios modernos de comunicación electrónica.

Fue, sin embargo, con motivo del caso *Thomson Tubes* que la jurisprudencia ha ampliado la lista de las circunstancias admitidas para justificar la supresión de puestos de trabajo. La Corte de Casación, al respecto ha afirmado en el marco de este caso que: “cuando no est  ligada a dificultades económicas o a mutaciones tecnológicas, una reorganización no puede constituir un motivo económico [de despido] salvo que si es efectuada para salvaguardar la competitividad de un sector de actividad”.

⁶⁵ Cass. Soc., 12 de junio de 2001, *Dr. Soc.* 2001, p. 894.

⁶⁶ Cass. Soc., 13 de mayo de 2003, núm. 00-46.766, inédito.

La Corte ha mostrado, en decisiones posteriores, que no entendía admitir cualquier justificación al respecto; debe en efecto tratarse de una verdadera “salvaguarda” de la competitividad de una empresa. La competitividad debe por lo tanto estar amenazada, ya que los jueces no admiten la simple voluntad de mejorar el “rendimiento” de las empresas “y los servicios ofrecidos a la clientela”, aumentar las ganancias o reducir los costos.⁶⁷ La jurisprudencia no acepta, en consecuencia, los despidos bursátiles.

Esta solución todavía no ha sido retomada por el Consejo de Estado. Sin embargo, una resolución reciente, del Tribunal Administrativo de París, ha admitido la posibilidad de justificar un despido, derivado de una localización, ante la necesidad de salvaguardar la competitividad de la empresa, incluso si en este caso el tribunal no ha reconocido la existencia de un motivo suficiente para autorizar el despido de un trabajador protegido.⁶⁸

El estudio de la jurisprudencia evidencia que pocos casos son objeto de un litigio y que los tribunales, cuando son requeridos, se muestran extremadamente severos con las empresas que pretenden esconder detrás del deseo de salvaguardar su competitividad reubicándose.

3. *Las directivas de información y consulta*

El derecho comunitario proclama solemnemente el derecho de los trabajadores de ser informados y consultados sobre los acontecimientos en la empresa que pueden afectar su situación. Éstos son sin duda los proyectos de: restructuración, externalización de actividades secundarias, reubicación y subcontratación.

El derecho de los trabajadores de ser informados y consultados forma parte de los derechos fundamentales. Dicho derecho aparece en la Carta Social Europea (artículo 21), así como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (puntos 17

⁶⁷ Cass. Soc., 12 de junio de 2001, *Bull. Civ.* V, núm. 215, p. 170.

⁶⁸ TA, París, 18 de mayo de 2005, *SSL*, 18 de julio de 2005, núm. 1224, p. 13.

y 18). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala en su artículo 27 que: “Se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales”.

Siendo ese el principio, no se trata simplemente de proclamaciones políticas o programáticas. El principio se encuentra dotado de una fuerte base comunitaria⁶⁹ que lo convierte en un principio general del derecho comunitario.

La directiva marco

La directiva 2002/14⁷⁰ tiene por objeto establecer “un marco general que fije unos requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad”. En otras palabras, no se aplica cuando la operación de restructuración (reubicación) concierne a un elemento del grupo situado fuera de la Unión Europea.

La directiva proporciona un marco de reglas mínimas comunes que todos los Estados miembros deberán respetar, incluidos aquellos, que como el Reino Unido, se han resistido por largo tiempo a las exigencias comunitarias de información y consulta. Sin embargo, los Estados miembros pueden establecer disposiciones más favorables y la directiva no debe servir de pretexto para la degradación del nivel de protección garantizado a nivel nacional.

Tomando nota de las deficiencias encontradas en ciertos Estados miembros, el objetivo general buscado por la nueva directiva

⁶⁹ El principio ha sido consagrado en un número importante de directivas, como la de traspasos de empresas, despidos colectivos y comité de empresa europeo.

⁷⁰ *JOCE*, núm. L 80, del 23 de marzo de 2002; Rodiere P., “Le cadre général relatif à l’information et à la consultation des travailleurs dans l’entreprise”, *Sem. Soc. Lamy*, 18 de noviembre de 2002, núm. 1098.

es asegurar al conjunto de trabajadores de la Comunidad el beneficio del derecho de ser informados y consultados regularmente sobre la situación de su empresa y su evolución previsible, y puntualmente sobre las decisiones difíciles que les puedan afectar. El preámbulo de la directiva reconoce así que las decisiones difíciles que afectan a los trabajadores continúan siendo tomadas “sin que se hayan observado previamente procedimientos adecuados de información y de consulta”. Ahora bien, en la medida en que la Comunidad Europea fomenta la organización flexible de las empresas, conviene desarrollar las “medidas de anticipación” y de “prevención” a través de la información oportuna y sobre todo a través del diálogo y el consenso obtenido por concesiones recíprocas.

a. La noción de empresa en el sentido de la directiva

La directiva se aplica en las empresas o en los establecimientos ubicados en la Comunidad. La empresa es definida como: “las empresas públicas o privadas que ejercen una actividad económica, independientemente de que tengan o no ánimo de lucro, situadas en el territorio de los Estados miembros”. Este carácter particularmente tautológico de la definición puede explicarse por la necesidad de diferenciar la empresa de su descomposición en establecimientos, ellos mismos definidos como unidades de explotación estables.⁷¹

Descartada para las pequeñas empresas, la aplicación de las reglas constitutivas del marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en grupos de empresas es igualmente incierta. Esto resulta sorprendente si se toma en cuenta que la adopción de la directiva fue acelerada por el caso *Vilvoorde* que involucró al grupo Renault. La noción de empresa, no obstante, es definida de una manera lo suficientemente amplia y abierta que es posible involucrar en ella la noción de grupo. Si la pertenencia al grupo en la definición de la empresa era aceptada, la directiva marco vendría a complementar la directiva “comité

⁷¹ Al respecto, véase Rodiere, P., *op. cit.*, nota 59, núm. 361, p. 367.

de empresa europeo”⁷² relativa sólo a las empresas y grupos de dimensión comunitaria.⁷³

En cualquier caso, cuando una decisión de externalización se toma en un grupo de empresas, la directiva marco debe garantizar la existencia de un mecanismo de información y consulta a nivel de las empresas que integran el grupo, sea cual sea el Estado miembro de implantación de la empresa.

La directiva se aplica, por elección de los Estados miembros, a las empresas de más de 50 trabajadores (referencia francesa) o a los establecimientos de más de 20 trabajadores (referencia alemana). Los efectivos son calculados descontando el número de trabajadores empleados en la Comunidad. Por lo tanto, incluso si se acepta la aplicación de la directiva en los grupos de sociedades, las empresas de los grupos ubicadas fuera del perímetro comunitario no son concernidas por la obligación de información y consulta. Por el contrario, son descontados para la aplicación de la directiva los trabajadores considerados en el seno del derecho nacional involucrado. Tal es el caso en el derecho francés, los trabajadores son puestos a disposición de una empresa utilizadora de una empresa de trabajo temporal (L.2324-17-1 Código del trabajo).

b. *El ámbito de aplicación material de la directiva*

La información y consulta de los trabajadores, independientemente de sus modalidades, debe obedecer a dos principios:

1. Los Estados miembros deben “garantizar en todo momento los resultados que impone la presente directiva”. La información y la consulta “con la suficiente antelación” es una “condición previa para el éxito de los procesos de estruc-

⁷² Véase *infra*, c. “La directiva empresa europea”.

⁷³ Rodiere, P., *op. cit.*, nota 59, núm. 361-2, p. 368.

turación y adaptación de las empresas” (considerando 9 de la directiva).

2. Los actores interesados, a saber, el empleador y los representantes de los trabajadores deben cooperar “en la definición o aplicación de las modalidades de información y de consulta”.

La directiva marco establece, imperativamente, la creación de mecanismos de información y consulta en el conjunto de empresas que entran en el campo de aplicación de la directiva. Poniendo fin así a la resistencia de algunos Estados, como el Reino Unido, que consideraban que la existencia de una representación del personal debe tener un carácter voluntario y requiere el consentimiento del empleador.

Dicho lo anterior, se plantean dudas sobre la realidad y el alcance de este mandato, ya que llama a la utilización de la negociación de los interlocutores sociales dentro de la empresa a mecanismos subsidiarios o suplementarios a falta de acuerdo. En efecto, el preámbulo de la directiva se refiere al “papel preponderante” que los Estados miembros pueden reconocerle a los actores sociales para “definir con total libertad, por medio de un acuerdo, las modalidades de información y de consulta de los trabajadores que consideren más adecuadas a sus necesidades y a sus deseos”. Sin embargo, qué sucederá ante la falta de acuerdo ya que la directiva marco no establece prescripciones subsidiarias. La Corte de Justicia no ha tenido todavía la oportunidad de interpretar las presentes disposiciones.

La información se entiende como “la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo” (artículo 2o. inciso f). La consulta se entiende como “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario” (artículo 2o. inciso f). La información y la consulta abarcan: a) la información sobre la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de

la empresa o centro de trabajo y de su situación económica; b) la información y la consulta sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo; c) la información y la consulta sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por la directiva 98/59/CE y la directiva 2001/23/CE.

La consulta se realiza con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que competen al poder de dirección del empleador. Se trata, en consecuencia, de una verdadera negociación que puede, sin embargo, ser marginada por un acuerdo, si la ley de transposición lo permite.

Los representantes de los trabajadores deben ser informados y consultados sobre la evolución del empleo y “las eventuales medidas preventivas previstas”, particularmente en caso de amenaza para el empleo. Por lo tanto, conviene que los representantes de los trabajadores reciban la información necesaria relativa al proyecto de externalización, reestructuración o reubicación; que puedan examinar, formular una opinión, reunirse y dialogar con la dirección para llegar a un acuerdo; no obstante, nada en la directiva establece que esto se realice antes de que la decisión sea tomada. En efecto, en el preámbulo de la directiva se hace referencia a “la suficiente antelación”, pero en el texto se establece que la información y la consulta se efectúan “en un momento, de una manera y con un contenido apropiados”. Parecería en consecuencia, que en el estado actual del derecho comunitario, cuando una empresa europea considera realizar una operación de reestructuración, externalización o reubicación, puede solicitar a los representantes de personal aprobar una decisión ya tomada y de apoyar la operación, contribuyendo así a su éxito.

Respecto a las sanciones, la propuesta de directiva señalaba que las decisiones tomadas, violando gravemente las obligaciones de información y consulta, no debían producir efecto jurídico sobre

los contratos y relaciones de trabajo. La ausencia de efecto debía perdurar hasta que el procedimiento no hubiera sido respetado o que una reparación adecuada hubiera sido fijada. Sin embargo, el texto de la directiva finalmente adoptado suprimió estas exigencias y renvió a los derechos nacionales que deben garantizar la eficacia de las exigencias comunitarias.

En la medida en que los derechos nacionales puedan ir más allá de las exigencias mínimas de la directiva, el derecho francés establece que “las decisiones del empleador son *precedidas* de la consulta del Comité de Empresa” (artículo L.2323-2 del Código del Trabajo). En otras palabras, la consulta debe tener lugar antes de la toma de una decisión. Respecto a los proyectos de reestructuración, el Código del Trabajo francés establece que “El Comité de Empresa es escuchado con “la suficiente antelación” de los proyectos de reestructuración y de compresión de efectivos” (artículo L.2323-15). Por otra parte, en caso de despido colectivo de al menos diez trabajadores en un periodo de 30 días, el empleador debe elaborar “un plan de salvaguarda del empleo”⁷⁴ que debe someter a consulta del Comité de Empresa. En tanto que el empleador no ha realizado dicho procedimiento, el despido es nulo (artículo L.1235-10 del Código del Trabajo) y los trabajadores pueden demandar su reinstalación (artículo L.1235-11 del Código del Trabajo). Por último, el empleador debe informar al Comité de Empresa los motivos por los cuales durante el año pasado utilizó los servicios de trabajo temporal y que podrían conducirlo nuevamente a requerir el próximo año contratos con una empresa de trabajo temporal (artículo L.2323-47 del Código del Trabajo).

⁷⁴ Hay sin embargo numerosos autores que se interrogan sobre la eficacia de este dispositivo, particularmente en el contexto de grupos de sociedades transnacionales. Al respecto, véase Auzero, G., “Plan de sauvegarde de l’emploi et groupe de sociétés: illustration de l’ineffectivité de la règle de droit”, *Jurispr. Soc. Lamy*, París, núms. 267 y 268.

c. La directiva empresa europea

El objetivo de la directiva 94/45,⁷⁵ del 22 de septiembre de 1994, relativa al establecimiento de un comité de empresa europeo o a un procedimiento de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, modificada⁷⁶ por la directiva 2009/38/CE del 6 de mayo de 2009,⁷⁷ es “la mejora del derecho de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”.

En otras palabras, el derecho a la información y a la consulta debe cubrir el conjunto de establecimientos o de empresas del grupo situadas en la Comunidad y ello con independencia de que la dirección principal de la empresa o del grupo se encuentre situada o no en la Comunidad. Una vez más las empresas de grupos situados fuera de la Unión Europea no están cubiertas por la obligación de información y consulta.

Sólo son involucradas las empresas o los grupos de tamaño importante. La empresa o grupo debe emplear al menos 1,000 trabajadores dentro de la Comunidad y al menos 150 en dos Estados miembros diferentes.

El ejercicio de este derecho exige la creación de un comité de empresa europeo ante la dirección central de la empresa o del grupo. Igualmente, un procedimiento de instauración de un procedimiento de información y consulta puede ser suficiente. De esta manera, conforme al principio de autonomía colectiva, corresponde a los interlocutores sociales en la empresa o en el grupo, instaurar a través de un acuerdo, el comité o el procedimiento de información y consulta. A falta de acuerdo, la creación de un comité europeo de empresa será impuesto en aplicación de las prescripciones previstas en la directiva.

⁷⁵ *JO*, núm. L 254 del 30 de septiembre de 1994, pp. 0064-0072.

⁷⁶ Modificación realizada luego de la publicación de un estudio de evaluación. Al respecto, véase COM (2000) 188 final.

⁷⁷ *JO*, núm. L 122 del 16 de mayo de 2009, pp. 0028-0044.

El principio es que todos los trabajadores de la empresa que laboren en la Comunidad reciban informaciones necesarias y sean consultados sobre las decisiones que los puedan afectar, sin importar que la decisión sea tomada; al respecto, no resulta trascendente que la decisión sea tomada en el Estado en donde los trabajadores son empleados, en otro Estado miembro o fuera de la Comunidad. La consulta es definida en la directiva como:

apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado, en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tenida en cuenta en la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria.

Según las disposiciones subsidiarias de la directiva, la información y la consulta abarcan: la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos, y los despidos colectivos.

La competencia del Comité en materia de información y consulta es transnacional. Involucra los temas que son de interés para el conjunto de la empresa o del grupo o sobre aquellos temas que involucren a dos establecimientos o empresas situadas en dos Estados miembros diferentes. Tratándose de empresas o de grupos en donde la dirección central se encuentra fuera del espacio comunitario, la competencia transnacional del Comité sólo abarca la parte comunitaria de la empresa o del grupo.⁷⁸

⁷⁸ Moreau, M. A., *op. cit.*, nota 63; Triomphe, C.-E., "Restructurations et cadres d'interventions publiques en Europe", *IREES*, 2005.

II. EL DERECHO EUROPEO DE LA SUBCONTRATACIÓN

El fenómeno de la subcontratación es muy conocido en Europa. Dicho esto hay que señalar que hasta ahora la UE no ha tomado ninguna iniciativa para regular el fenómeno en su totalidad. Sin embargo, en su comunicación intitulada “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”,⁷⁹ la Comisión manifiesta su intención de “tomar las medidas necesarias para aclarar los derechos y obligaciones de las partes en las cadenas de subcontratación a fin de evitar que los trabajadores no se vean privados de su capacidad para hacer uso efectivo de sus derechos”, por ahora, sólo el Parlamento Europeo adoptó una resolución⁸⁰ que aboga por el establecimiento de un marco susceptible de asumir la responsabilidad de los dadores de órdenes en las cadenas de subcontratación.

Es innegable que la subcontratación forma parte integrante de la actividad económica. La mundialización es su corolario, a saber, la competencia cada vez más fuerte, implicando cambios en la organización empresarial, incluido el aumento del uso de la subcontratación. La complejidad de relaciones entre las sociedades dadoras de órdenes y sus subcontratistas, hace muy difícil identificar claramente las diversas estructuras, actividades y estrategias, así como la responsabilidad de los diferentes actores en la cadena de producción. Estos cambios tienen consecuencias de un alcance considerable en las relaciones de trabajo, tanto que en ocasiones es difícil determinar la rama del derecho que se aplica a las relaciones con los subcontratistas en una línea de producción.

En algunos sectores, los procesos de producción se caracterizan actualmente por una cadena de producción fragmentada e integrada por especialidades, o tareas únicas frecuentemente “externalizadas” en pequeñas empresas o en trabajadores independientes. Esta situación afecta a la contabilidad de la empresa por la sustitución de los costos de mano de obra directa por los costos

⁷⁹ COM (2006) 0708.

⁸⁰ Résolution du Parlement Européen 2008/2249 (INI).

de la subcontratación, los servicios o los proveedores apoyados en facturas o en “contratos comerciales de empresa”.

Debe observarse que la subcontratación y la externalización hacia empresas jurídicamente independientes, no conduce a la independencia. Las empresas ubicadas en un nivel inferior de la cadena productiva, con la excepción de los subcontratistas especializados que operan alta tecnología o otros campos de punta, frecuentemente no se encuentran en posibilidades de operar en igualdad de condiciones con los contratistas principales.

La subcontratación, aun cuando implica numerosos aspectos positivos como incrementar la capacidad de producción, provoca igualmente desequilibrios económicos y sociales entre los trabajadores y corre el riesgo de favorecer una nivelación hacia abajo de las condiciones de trabajo, situación que resulta preocupante. También puede realizarse por simples interinatos, por ejemplo, sociedades de mano de obra o agencias de trabajo temporales. Muy a menudo un solo contrato es otorgado a los trabajadores son reclutados para este propósito. Estas prácticas revelan el carácter altamente inestable de la industria de la construcción y de otras industrias, en donde las relaciones de trabajo son frecuentemente precarias. Más aún, en un contexto transfronterizo, los problemas ligados a este contexto son más graves, por ejemplo, cuando uno o varios trabajadores son temporalmente enviados a un tercer Estado para la ejecución de un contrato comercial o para la prestación de servicios. Por último, fuera del perímetro europeo, los acuerdos internacionales, celebrados voluntariamente para materializar la responsabilidad de las empresas, sirven para comprometer a las empresas europeas con sus subcontratistas radicados en terceros países.

1. El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios

Una empresa europea que tenga su domicilio legal en el territorio de un Estado miembro puede subcontratar una parte de su

producción a una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro o incluso fuera del perímetro europeo. A pesar de la libre prestación de servicios que consagra el derecho comunitario,⁸¹ es inducida la libre circulación de trabajadores de las empresas europeas prestadoras de servicios. De esta manera, una empresa europea que haya obtenido un contrato en el territorio de un Estado miembro, puede desplazar temporalmente a su personal para realizar la prestación de servicios.⁸²

La pregunta que surge es si el empleador de los trabajadores desplazados puede someterlos a las condiciones laborales de su lugar de trabajo o está obligado a aplicar el régimen jurídico del país receptor. La pregunta es importante ya que las empresas establecidas en los Estados miembros de la UE con mano de obra más barata, podrían eventualmente hacer trabajar a su personal a costos menores en lugar al costo más alto del país en donde sus trabajadores realizaran sus servicios. Esta posibilidad podría incitar a los dadores de órdenes en donde los costos salariales son más altos a recurrir sistemáticamente a prestadores de servicios ubicados en países miembros en donde la mano de obra tenga un costo menor, particularmente en ciertos sectores que requieren mano de obra poco calificada o sin calificación alguna, como el sector de la construcción.

La Convención de Roma (artículo 6, 1980), orienta el desplazamiento de la relación laboral hacia la ley del lugar de trabajo habitual o hacia el lugar de la contratación. Sin embargo, esta respuesta que fomenta la movilidad intracomunitaria, genera una fuerte presión hacia la baja (*dumping* social).

Las autoridades nacionales y especialmente la inspección francesa del trabajo no lo entiende de esta manera y han manifestado su voluntad de obligar a las empresas prestadoras de servicios que operan desde otro Estado miembro a respetar las leyes y el costo

81 Artículo 49 de la Constitución Española o 56 del Tratado de Lisboa.

82 Jault-Seseke, F., "Le détachement", *RDT*, 2008, p. 412.

local de la mano de obra para el personal que hayan desplazado desde su Estado.⁸³

Es en este contexto que la Corte de Justicia reconoció que el derecho comunitario

no se opone a que los Estados miembros hagan extensiva su legislación o convenios colectivos a cualquier persona que efectúe un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal sobre su territorio, cualquiera que sea el país de establecimiento del empleador.⁸⁴

La Corte de Justicia había así abierto en beneficio de los Estados miembros, la facultad de eliminar los vínculos del artículo 60. de la Convención de Roma y permitir aplicar las prescripciones imperativas de la ley del país receptor o de desplazamiento al lugar de la ley señalada por dicho artículo.

El 16 de diciembre de 1996, las autoridades comunitarias adoptaron la directiva 96/71/CE,⁸⁵ relativa al desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de naturaleza transnacional. El objetivo de la directiva consiste justamente en hacer obligatoria la aplicación a los trabajadores desplazados de las reglas del Estado receptor que integren “un núcleo de reglas imperativas de protección mínima”.

A. La noción de desplazamiento en el sentido de la directiva 96/71

La directiva 96/71 se aplica a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores. Específicamente se refiere a situaciones cuando una empresa adopte las siguientes medidas transnacionales:

⁸³ Al respecto, véase Rodiere, P., *op. cit.*, nota 59, 2008, p. 547.

⁸⁴ TJCE, *Rush Portuguesa c. Office National d'immigration*, 27 de abril de 1990, aff. C-113/89, Rec. I, p.1417.

⁸⁵ JO, núm. L 018 del 21 de enero de 1997, pp. 0001-0006.

1. 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 destinatario 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
2. 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
3. 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.

La conservación de la relación de trabajo con la empresa que envía constituye un elemento esencial de la definición de desplazamiento.

Se entiende por «trabajador desplazado» todo trabajador que, durante un periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente» (artículo 2o., numeral 1). El desplazamiento debe, por lo tanto, estar limitado en el tiempo. No obstante, ninguna limitación específica se desprende de la directiva, ya que ésta presupone que la actividad se efectúa habitualmente en un territorio a partir del cual se realiza el desplazamiento.⁸⁶

⁸⁶ Kerbourc'H, J.-Y., "Qu'est-ce qu'une mise à disposition de personnel?", *Dr. Soc.*, París, mayo de 2009, p. 530; Jault-Seseke, F., "Le détachement", *RDT*, París, 2008, p. 412; Robin-Olivier, S., "La mobilité internationale du salarié", *Dr. Soc.*, París, mayo de 2005, p. 495.

Respecto al ámbito de aplicación geográfica de la directiva, ésta se aplica no sólo a las empresas establecidas en un Estado miembro, sino también a aquellas establecidas en terceros países y que no deban beneficiarse de un tratamiento más favorable (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. numeral 4). Es por este motivo que el texto habla del territorio del Estado, y no del Estado miembro en donde el trabajo se efectúa habitualmente y de donde el trabajador es desplazado.⁸⁷

B. El derecho del trabajo aplicable al trabajador desplazado

Los Estados miembros tienen la obligación de garantizar a los trabajadores desplazados sobre su territorio, independientemente de la ley aplicable a la relación de trabajo, el respeto de un núcleo de reglas imperativas de protección mínima. El artículo 3o. de la directiva precisa la materia de las reglas consideradas así como su naturaleza. Se trata de: a) los periodos máximos de trabajo así como los periodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra 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.

Entre las disposiciones garantizadas a los trabajadores desplazados, la que representa más problemas es sin duda el pago del

⁸⁷ En tal sentido véase, Rodiere, P., *op. cit.*, nota 59, p. 550.

salario mínimo que puede resultar no sólo de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, sino que también de lo establecido en los convenios colectivos o laudos arbitrales de aplicación general (artículo 3o.).

El artículo 3o. numeral 7 de la directiva abre, por otro lado, la posibilidad a los Estados miembros de aplicar a los trabajadores temporalmente desplazados sobre su territorio las “condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores”. Respecto al artículo 3o., numeral 10, autoriza a los Estados miembros imponer al prestador de servicios nacional o de empresas de otros Estados, condiciones de trabajo y de empleo referidas a materias diversas que las señaladas anteriormente “en la medida en que se traten de disposiciones de orden público”. Lo cual no impide que el TJCE proceda a una interpretación restrictiva de la directiva estimando que la sumisión del prestador de servicios a la obligación de ir más allá de las disposiciones mínimas del país de recepción constituye una restricción desproporcionada a su libertad de prestación de servicios.

a. *La interpretación restrictiva de la directiva*

En cuanto al salario, que puede ser pagado a los trabajadores desplazados, el TJCE estimó en su decisión *Van der Elst*,⁸⁸ que el derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros hagan extensiva su legislación o convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales relativos a los salarios mínimos a cualquier persona que efectúe un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal sobre su territorio (punto 23).

No obstante, en su decisión *Portugaia Construções*,⁸⁹ la Corte precisó que un Estado miembro puede imponer a una empresa que desplaza trabajadores la aplicación de un régimen de salario

⁸⁸ TJCE, *Van der Elst*, 9 agosto de 1994, aff. C-43/93, Rec., 1994, p. I-3803.

⁸⁹ TJCE, *Portugaia Construções*, 24 de enero de 2002, aff. C-164/99, Rec. p. I-787.

mínimo “si este último beneficia a los trabajadores desplazados” (punto 30). En otras palabras, el país receptor no puede imponer al prestador de servicios extranjero el respeto a un salario mínimo, si no otorga al trabajador desplazado “una ventaja real y contribuya de manera significativa a su protección”.⁹⁰ Lo que significa que el trabajador desplazado no podrá pretender las disposiciones mínimas del país receptor, si el país de donde salió le garantiza una protección equivalente.

Por otra parte, en su decisión,⁹¹ el TJCE invita al juez nacional a preguntarse si la aplicación de salario mínimo del país receptor no constituye una medida desproporcionada, ya que los trabajadores desplazados son obligados a efectuar, a tiempo parcial y en breves periodos, una parte de su trabajo sobre el territorio de uno o varios Estados. De lo que se desprende que el pago del salario mínimo del país receptor no es automático, ya que otras consideraciones circunstanciales pueden entrar en juego.

Finalmente, en el caso *Rüffert*⁹² la Corte de Justicia decidió que el salario garantizado a los trabajadores desplazados es el que resulta de la ley, el reglamento y la convención colectiva de aplicación general y aquel que resulta de una convención colectiva especial, no extendida a otros trabajadores o especialmente negociada. Es cierto que esta interpretación del contenido normativo de la directiva ya se había intuido, puesto que el TJCE había afirmado en el caso *Laval un Partneri*⁹³ que la posibilidad otorgada a los Estados miembros de considerar en beneficio de los trabajado-

⁹⁰ TJCE, *Finalarte*, 25 de octubre de 2001, aff. C-49/98, Rec. I-7831, RJS 3/02, p. 207 (punto 41).

⁹¹ TJCE, *Mazzoleni*, 15 de marzo de 2001, aff. C-165/98, Rec. 2001, I-883.

⁹² TJCE, *Rüffert*, 3 abril de 2008, aff. C-346/06; Moissard, N., “La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d’une prestation des services: un «noyau dur» protecteur?”, *Dr. Soc.*, París, 2008, p. 866.

⁹³ TJCE, *Laval un Partneri*, 18 de diciembre de 2007, aff. C-341/05, punto 80; Robin-Olivier, S. y Pataud, E., “Europe sociale et Europe économique (à propos des arrêts Viking et Laval)”, *RDT*, París, 2008, pp. 80-88.

res desplazados condiciones más favorables que las garantizadas por la directiva,

no debe ser interpretada en el sentido de que permite al Estado miembro receptor, subordinar la realización de una prestación de servicios en su territorio a la observación de condiciones de trabajo y de empleo que vayan más allá de las reglas imperativas de protección mínima.

En otras palabras, el trabajador desplazado no podrá pretender la remuneración convencional más favorable garantizada a los trabajadores nacionales.

La directiva 96/71/CEE garantiza a los trabajadores desplazados el disfrute de ciertos derechos individuales y abre la posibilidad a los Estados miembros de aplicar a los trabajadores desplazados cualquier disposición del país receptor con la condición que dichas disposiciones sea de orden público. Tal es el caso, por ejemplo, en Francia, en donde su artículo L.1262-4 del Código del Trabajo establece que a los trabajadores desplazados se les aplica la legislación francesa en materia de libertades colectivas y de derecho de huelga. No obstante, la conformidad del derecho francés al derecho comunitario está lejos de ser clara. En efecto, en su decisión *Commission c. Luxemburg*,⁹⁴ la Corte de Justicia consideró que “la excepción de orden público constituye una derogación al principio fundamental de libre prestación de servicios, cuyo alcance no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros”. La Corte concluyó, en consecuencia, la no conformidad de las disposiciones nacionales, en la medida en que son un obstáculo a la libre prestación de servicios.

⁹⁴ TJCE, *Commission c. Luxemburg*, 19 de junio de 2008, aff. C-319/06, Rec. I-4323, punto 30.

b. *El derecho de la seguridad social aplicable a los trabajadores desplazados*

En el marco de prestaciones de trabajo internacionales, el trabajador normalmente está sujeto al régimen de la seguridad social del lugar de ejecución del contrato de trabajo. Por lo que el trabajador desplazado debería, en principio, afiliarse temporalmente al régimen de la seguridad social del país receptor. Sin embargo, con el fin de evitar afiliaciones múltiples o terminaciones de afiliaciones, el Reglamento comunitario 1408/1971,⁹⁵ establece a título excepcional que en el marco de prestación de servicios temporales el trabajador permanece afiliado al régimen de seguridad social del país de origen. Este régimen de excepción se aplica cuando el desplazamiento tiene una duración determinada y no excede los 24 meses.⁹⁶ Por lo que, bajo la reserva que sea regularmente declarado en su país de origen, el trabajador desplazado, cuando dicho desplazamiento no dure más de dos años, se beneficia de la cobertura social del país de origen. Por lo que resulta evidente que mientras sean más bajas las cotizaciones del país de origen, el desplazamiento representa un mayor interés financiero para el dador de órdenes establecido en el país receptor. Por otro lado, es innegable que la aplicación de la protección social del país de origen representa para los sistemas de protección social de los países europeos más desarrollados, una ausencia de ingresos.⁹⁷

2. *La utilización de trabajadores temporales*

La externalización, en el sentido amplio de la palabra, puede tener lugar también en materia de trabajo temporal o interino.

⁹⁵ *JO*, núm. L 149 del 5 de julio de 1971, p. 2.

⁹⁶ Artículo 12 numeral 1 del Reglamento de Coordinación 883/2004, del 29 abril de 2004; *JO*, núm. L 200/1.

⁹⁷ Al respecto, véase Math, A., "L'envoi des migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de service transfrontalière: quels risques pour les systèmes de protection sociale?", *RDSS*, julio-agosto de 2005, núm. 4, p. 574.

Por lo que, en lugar de contratar a trabajadores permanentes y de someterse a las vicisitudes del mercado (fluctuaciones de los pedidos) y sobre todo a la aplicación obligatoria de la legislación social, las empresas europeas tienen la posibilidad de recurrir ocasionalmente, pero incluso casi permanentemente (industria de la construcción, automotriz o naval) a los servicios de empresas especializadas en el suministro de mano de obra, denominadas empresas de trabajo temporal.⁹⁸ El recurso a este tipo de empresas representa un interés económico innegable acentuado por la posibilidad de recurrir en la Unión europea, en el marco de la libre prestación de servicios, a empresas temporales que tienen su domicilio social en otro Estado miembro con costos de mano de obra y de seguridad social más bajos.⁹⁹

Con el fin de terminar con estas estrategias de especulación en detrimento de los trabajadores temporales o interinos, la Comisión, el Parlamento Europeo y los actores sociales, han buscado en vano durante 25 años adoptar una directiva sobre el trabajo temporal o interino con el objetivo de garantizar a los trabajadores temporales condiciones de trabajo equitativas. Si los intentos han sido difíciles, se debe a las divergencias insuperables entre las legislaciones nacionales. De suerte que existen países que reconocen la existencia de un contrato a duración indeterminada entre el trabajador temporal y la empresa temporal, y que hacen de la diferencia de trato una ventaja comercial (Holanda, Alemania, Reino Unido). Por el contrario, hay países que hacen de la igualdad de tratamiento, en relación con los trabajadores permanentes de la empresa que los emplea, la contraparte indispensable de la continuidad de la relación de trabajo que une al trabajador temporal con la empresa de trabajo temporal (Francia).

Veinticinco años después de negociaciones y varios intentos abortados, la directiva sobre trabajo temporal fue finalmente

⁹⁸ Jounin, N., “L’illégalité sous-traitée: les conséquences du recours à des employeurs intermédiaires dans le secteur du bâtiment”, *Dr. Soc.*, 2007, p. 38.

⁹⁹ *Supra*, “Desplazamiento temporal de trabajadores”.

adoptada el 19 de noviembre de 2008¹⁰⁰ y deberá ser trasladada al derecho nacional por los Estados miembros a más tardar el 5 de diciembre de 2011.

A pesar de que la directiva sólo tiene por objeto introducir medidas mínimas (artículo 9) los Estados con autorización para ir más allá en la protección de los trabajadores temporales, traicionan su verdadera naturaleza, el de ser un compromiso que no asegura su viabilidad.

A. Una igualdad de trato llena de derogaciones

Apoyándose en el artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (considerando primero), que establece que “todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad... a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas”, la directiva 2008/104/CE establece en su artículo 5o. párrafo 1, intitulado “Principio de igualdad de trato”, que

Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.

Sin embargo, este principio de igualdad se encuentra sujeto a numerosas derogaciones.

¹⁰⁰ Directiva 2008/104/CE, JO 5 de diciembre de 2008, L 327/9. Sobre el impacto de la directiva en los derechos nacionales, véase Lokiec, P. *et al.*, “L’impact de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire sur les droits nationaux”, *RDT*, París, 2009, pp. 737-740; acerca de los derechos nacionales relativos al trabajo temporal, véase Parent, K., “La réglementation du travail intérimaire en Europe”, *Cah. jurid. fisc. export.*, 1996, pp. 109-124.

a. *Igualdad y no discriminación del trabajador temporal*

Las condiciones esenciales de trabajo y empleo a las cuales tendrá derecho el trabajador temporal en la Unión Europea, son —según la directiva (artículo 3o. párrafo I inciso f)— aquellas

condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a: i) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los periodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos, ii) la remuneración.

Se puede distinguir inmediatamente que a diferencia de la directiva de desplazamiento,¹⁰¹ la directiva sobre el trabajo temporal garantiza a los trabajadores involucrados una remuneración igual a la de los trabajadores permanentes de la empresa usuaria y no un salario mínimo, como es el caso tratándose de trabajadores desplazados (véase *infra* B y C). Esta diferencia en el contenido material de las dos directivas es aún más sobresaliente en la medida en que la disposición de trabajadores temporales puede muy bien tener lugar en el marco de un contrato de prestación de servicios transfronterizos. En estas condiciones, es necesario ser prudente en cuanto a la interpretación que será realizada en su momento por el TJCE, sobre todo porque según el párrafo 2 del artículo 3o., la definición de remuneración es de la competencia de los Estados miembros:

Artículo 3 §2. La presente directiva no supone menoscabo del derecho nacional en lo que se refiere a la definición de la remuneración, del contrato de trabajo, de la relación laboral o del trabajador. Los Estados miembros no podrán excluir del ámbito de aplicación de la presente directiva a los trabajadores, los contratos de trabajo o las relaciones laborales únicamente por el hecho de que se trate de tra-

¹⁰¹ Directiva núm. 96/71/CE.

bajadores a tiempo parcial, de trabajadores con contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal.

Por lo que, es suficiente que un Estado miembro, como el Reino Unido, desarrolle una acepción restrictiva de la noción de remuneración para hacer fracasar el objetivo comunitario.

La igualdad de trato de los trabajadores temporales implica que no sean objeto en el seno de la empresa usuaria de un trato discriminatorio por motivos de su sexo, raza u origen étnico; de su religión, condiciones de discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 5o. §1 (b)). Incluso se podría agregar “ni en virtud de la precariedad de su situación”. No obstante, el artículo 6o. establece el derecho de los trabajadores temporales a ser informados sobre las vacantes en la empresa usuaria, con el fin de asegurarles la posibilidad de obtener un empleo permanente; asimismo, se establece el derecho de beneficiarse de la infraestructura colectiva (comedores, guarderías) incluso el derecho a una formación profesional junto con los trabajadores de la empresa usuaria.

Sin embargo, en materia de regímenes profesionales de seguridad social, incluidos los regímenes de jubilación, de enfermedades y de participación financiera, la directiva no garantiza la igualdad de trato para los trabajadores temporales. Según el artículo 5o. punto 4 párrafo 2, corresponde a los Estados miembros decidir si estos enunciados forman parte o no de las condiciones esenciales del trabajo y del empleo. En otras palabras, a falta de disposiciones nacionales o convencionales más favorables, los trabajadores temporales no se benefician del régimen de seguridad y de previsión social aplicables en la empresa usuaria.¹⁰²

¹⁰² Willmann, Ch., “Statut du travailleur intérimaire migrant détaché”, *Lex-base Hebdo, éd. soc.*, 2007, núm. 257.

b. *Las derogaciones al principio de igualdad*

La directiva 2008/104/CE incluye tres tipos de derogaciones al principio de igualdad. En primer lugar, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones al principio de igualdad cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el periodo de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones (artículo 5o., punto 2). Esta derogación, subordinada a una simple consulta de los actores sociales, es indudablemente la menos mala.

En segundo lugar, los Estados miembros pueden, tras consultar a los involucrados, llevar a cabo un marco general para la negociación derogatoria que permita la negociación a los niveles apropiados de los contratos colectivos susceptibles de establecer condiciones de empleo diferentes, sin dejar de garantizar una protección global a los trabajadores (artículo 5o., punto 3).

Finalmente, bajo la reserva que un nivel de protección suficiente sea asegurado a los trabajadores temporales, es posible, tras consultar a los interlocutores sociales nacionales y sobre la base de un acuerdo concluido entre ellos, diferir el inicio del acceso al tratamiento igualitario (artículo 5o. punto 4). Es claro que esta última posibilidad fue abierta para satisfacer a los británicos que no querían garantizar el tratamiento igual a los trabajadores temporales que sólo después de la expiración de un plazo de doce semanas. Para hacerlo, sin embargo, deberán de celebrar un acuerdo con el Congreso de Sindicatos de Gran Bretaña (Trades Union Congress, TUC), lo que parece un poco difícil actualmente.¹⁰³

¹⁰³ Davies, A. C. L., “La mise en œuvre de la directive sur le travail temporaire au Royaume-Uni”, *RDT*, 2009, pp. 743-747.

B. Los derechos colectivos de los trabajadores temporales

La directiva garantiza a los trabajadores temporales una representación colectiva. Según el artículo 7o. punto 1, los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal deben ser tenidos en cuenta, en las condiciones definidas por los Estados miembros, para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse, en la empresa de trabajo temporal, los órganos de representación de los trabajadores previstos por los derechos comunitario y nacional, y por los convenios colectivos.

En el derecho francés, el artículo L.2314-17 del Código del Trabajo establece que los trabajadores temporales necesitan al menos tres meses de antigüedad para ser electores y al menos seis meses de antigüedad para ser elegibles en una empresa de trabajo temporal.

Estas condiciones se consideran totalizando los periodos durante los cuales estos trabajadores han sido ligados a estas empresas por contratos de temporales en el transcurso de los doce últimos meses o de dieciocho meses según se trate de electorado o de elegibilidad. Este plazo se reduce a seis meses en caso de creación de una empresa o de apertura de un establecimiento.

En el punto 2 del artículo 7o. de la directiva 2008/104/CE, se establece que,

los Estados miembros podrán prever, en las condiciones definidas por ellos, que los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal sean tenidos en cuenta, dentro de la empresa usuaria, como lo son o lo serían los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria con contratos de la misma duración, para el cálculo del umbral a partir del cual pueden constituirse los órganos de representación de los trabajadores, previstos por el derecho comunitario y nacional y los convenios colectivos.

El derecho francés establece, no obstante¹⁰⁴ que “para los trabajadores cedidos... la condición de presencia en la empresa usuaria es de doce meses continuos para ser elector y de veinticuatro meses continuos para ser elegible”. Los trabajadores directamente empleados por la empresa usuaria necesitan tres meses de antigüedad para ser electores y de un año para ser elegibles. En otras palabras, los términos del derecho francés no parecen, al menos a primera vista, estar conformes al derecho comunitario ya que establece una condición de antigüedad más importante para los trabajadores temporales.

Finalmente, el artículo 8o. establece que la empresa usuaria debe proporcionar a las instancias representativas de los trabajadores, la información apropiada sobre el recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal dentro de la empresa cuando transmita información sobre la situación del empleo en la empresa a los órganos representativos de los trabajadores instituidos de conformidad con el derecho comunitario y nacional. En el derecho francés, en las empresas de al menos 300 trabajadores, el empleador debe proporcionar al Comité de Empresa, cada año, información relativa a las razones que lo condujeron en el transcurso del año que ha transcurrido, a recurrir a los servicios de un empresa de trabajo temporal (artículo L.2323-47 del Código del Trabajo). Cuando el Comité de Empresa tenga conocimiento de hechos susceptibles de demostrar un recurso abusivo a los contratos de trabajo temporal o a un incremento importante del número de trabajadores titulares de un contrato temporal, puede recurrir al inspector del trabajo (artículo L.2323-17 del Código del Trabajo).

C. Conclusiones sobre el trabajo temporal

La directiva no pierde la ocasión de recordar en su considerando 11 que

¹⁰⁴ Artículo L.2314-18-1C., de la Ley núm. 2008-789 del 20 de agosto de 2008.

la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal responde no sólo a las necesidades de flexibilidad de las empresas, sino de las necesidades de conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores. Así pues, contribuye a la creación de puestos de trabajo y a la participación e inserción en el mercado de trabajo.¹⁰⁵

El tema de la calidad de estos empleos evidentemente no es considerada y se establece que en la medida en que

las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, 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.).

Tales condiciones deben ser reexaminadas a más tardar el 5 de diciembre de 2013, al mismo tiempo que la directiva (artículo 12). ¿Se necesita de algo más para convencerse del futuro incierto de la directiva sobre el trabajo temporal?

3. El trabajo independiente en Europa

El contrato de trabajo nunca ha sido el modo único por el cual una persona puede comprometerse a trabajar (ni siquiera la manera única del trabajo dependiente). Numerosos contratos civiles o comerciales tienen también por objeto la realización de un trabajo mediando un pago. La historia del último siglo ha sido caracterizada por el desarrollo continuo del trabajo salariado y del retroceso relativo del número de trabajadores independientes. En la mayoría de los países, ese movimiento ha sido fomentado por el desarrollo de derechos sociales ligados a la calidad de asalariado, particularmente en materia de seguridad social. La ley y la juris-

¹⁰⁵ Véase *Stratégie de Lisbonne 2000, Agenda social jusqu'à 2010, y Communication sur les principes communs de flexicurité 2007.*

prudencia han buscado extender el campo de protección social a través de técnicas de asimilación al asalariado o a la protección del asalariado. No obstante, parece que la crisis del empleo y los nuevos tipos de gestión fomentan el movimiento inverso de regreso al trabajo independiente en relación con el trabajador asalariado.

El trabajo independiente crece en el sector de los servicios en beneficio de las empresas que externalizan ciertas de sus funciones. En los lugares en donde se desarrolla, puede responder a dos estrategias: a) devaluar el trabajo, en donde el recurso al trabajo independiente sirve para expulsar fuera del derecho del trabajo a los trabajadores que frecuentemente son poco calificados y se encuentran en una situación precaria. En esta hipótesis la estrategia aparece como una forma, eventualmente fraudulenta, de desreglamentación, un simple medio para el usuario de esta mano de obra independiente que le permite escapar a las obligaciones que pesan sobre las empresas competidoras, particularmente en lo relativo a los costos de la seguridad social. b) En contrapartida con la anterior, se puede deber a una estrategia de valorización del trabajo, ahí en donde el uso del trabajo independiente libera las capacidades de innovación y de adaptación de los trabajadores realmente autónomos y altamente calificados.¹⁰⁶

En la medida que el uso del trabajo independiente se desarrolla en todos los países europeos, resulta necesario otorgarle un estatus protector para evitar su devaluación. Esto resulta tanto más necesario que incluso sin ninguna estrategia de devaluación; sucede frecuentemente que los trabajadores jurídicamente independientes sean económicamente dependientes de su único o de su principal empleo.¹⁰⁷ Lo anterior no impide que en el derecho

¹⁰⁶ Al respecto, véase Supiot, A., *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999, p. 29.

¹⁰⁷ Antonmattei, P.-H. y Sciberras, J.-C., "Le travailleur économiquement dépendant: quelle protection?", *Dr. Soc.* 2009, pp. 221-233; Peskine, E., "Entre subordination et indépendance: en quête d'une troisième voie", *RDT*, 2008, pp. 371-377; Lokiec, P., "Le travailleur et l'actif", *Dr. Soc.*, 2009, pp. 1017-1024.

comunitario exista una definición común sobre la actividad independiente y mucho menos un estatus del trabajador independiente (*infra*, A). Por lo que resulta importante referirse a los derechos nacionales (*infra*, B).

A. El trabajo independiente: una noción desprovista de definición y estatus comunitario

El Tratado de Roma ha pretendido fomentar la libre circulación de trabajadores dentro de un mercado común, sin importar que realicen una actividad salariada o no asalariada. De esta manera, según el artículo 48 del Tratado (que se ha convertido en el artículo 45 del Tratado de la Unión Europea) establece que:

1. La libre circulación de los trabajadores está asegurada dentro de la Comunidad. 2. Ella implica la abolición de cualquier clase de discriminación, fundada sobre la nacionalidad, entre trabajadores de Estados miembros, por lo que se refiere a la ocupación, la remuneración y las demás condiciones de trabajo.

Supone el derecho a: "...a) contestar a las ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente a este efecto sobre el territorio de los Estados miembros...". Estas disposiciones han sido completadas por las disposiciones de los artículos 52 a 58 relativos al derecho de establecimiento de los trabajadores independientes. En esas regulaciones resulta inútil buscar una definición de trabajador independiente en el sentido comunitario. No obstante, el incremento del trabajo independiente se incrementa permanentemente, ya que hoy día en Europa un trabajador sobre seis es un trabajador independiente.¹⁰⁸

Sólo la jurisprudencia comunitaria refiriéndose al trabajo subordinado enuncia que: "la característica esencial de la rela-

¹⁰⁸ Triomphe, C.-E., *L'essor du travail indépendant en Europe : un défi pour le droit du travail*, Astrees (Association, Travail, Emploi, Europe, Société), 2008.

ción de trabajo, es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, prestaciones en contraparte de las cuales recibe una remuneración”.¹⁰⁹ Respecto a la aplicación del reglamento comunitario sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, se desprende de la jurisprudencia comunitaria que le es aplicable, sea un trabajador propiamente dicho, sea un trabajador no asalariado, pero asimilado a un asalariado en la medida en que “las disposiciones de un régimen de seguridad social se extienden a una categoría de personas diferente a la de trabajadores asalariado... cualquiera que sean las formas o las modalidades del legislador nacional”. Dicho de otra manera, el derecho comunitario, como los derechos nacionales, procede en la materia por el método de asimilación.

B. El trabajo independiente visto por los derechos nacionales

Entre los Estados miembros de la Unión Europea existen algunos que fomentan el uso del trabajo independiente sin otorgarle las garantías ofrecidas por un régimen protector (Francia) y otros que (como España, Italia o Alemania) desde hace poco o mucho tiempo han establecido un régimen especial para proteger a los trabajadores independientes en general y en particular a aquellos económicamente dependientes.

a. El trabajo independiente según el derecho francés

Desde la decisión de la Sala Civil de la Corte de Casación del 6 de julio de 1931,¹¹⁰ se considera en Francia que la situación jurídica de un trabajador en relación con la persona para quien trabaja no puede ser determinada por la debilidad o dependencia económica de dicho trabajador. Sólo puede resultar de un contra-

¹⁰⁹ TJCE, *Lawrie Blum*, 3 de julio de 1986, aff. 65/85, Rec. p. 2121.

¹¹⁰ DP1931, 1, 131.

to entre las partes. Sin embargo, la calidad de asalariado implica necesariamente la existencia de una relación jurídica de subordinación del trabajador con la persona que lo emplea.

Lo que no impide la dependencia económica de ciertos trabajadores que se consideran independientes, ya que contratados a través de un contrato de empresa o de subcontratación (estación de servicio, hotel) cree un desequilibrio contractual, que requiere una protección jurídica especial, porque en ausencia de un estatuto especial, el trabajador autónomo económicamente dependiente no goza ni de la protección del régimen de asalariado ni de independencia económica, ya que se encuentra a merced de su dador de órdenes. Dos riesgos no son cubiertos particularmente: el de desempleo y el relativo a los accidentes de trabajo. La razón de la ausencia de protección contra el riesgo de pérdida del empleo se encuentra en la naturaleza convencional del seguro de desempleo, del cual son excluidos, por ese hecho, los trabajadores que no tengan un contrato de trabajo. La razón de la exclusión de los trabajadores independientes de los beneficios de la legislación sobre accidentes de trabajo está ligada a la obligación general de seguridad que incumbe al empleador, obligación que la Corte de Casación francesa considera de resultado.¹¹¹

Para solucionar esta situación de desequilibrio, el legislador francés ha procedido a menudo por asimilación y caso por caso, estimando que ante la falta de subordinación jurídica verdadera o suficientemente clara, se deberá tener en cuenta la dependencia económica para presumir la existencia de un contrato de trabajo. Tal es el caso de los trabajadores a domicilio (L.7411-1), los agentes de ventas o vendedores (L.7313-1), los gerentes de sucursales (L.7321-1) o los periodistas (L.7112-1), los artistas (L.7121-3), los modelos (L.7123-3) a quienes el derecho francés aplica por asimilación el régimen protector de los asalariados (descansos por incapacidad, vacaciones, indemnización por despido).

¹¹¹ Barthelemy, J., "Les régimes de travailleurs indépendants", *Dr. Soc.*, marzo de 2009, p. 343.

Sin embargo, cada vez que las situaciones de dependencia económica se incrementan, cada vez más la técnica de la legislación específica pierde credibilidad y eficacia.

Por esta razón, el Ministerio del Trabajo designó a los profesores P.-H. Antonmattei y a J.-C. Sciberras elaborar un informe que recomiende medidas para proteger efectivamente la figura del trabajador económicamente dependiente.¹¹²

La Ley de Modernización de la Economía del 4 de agosto de 2008,¹¹³ ha introducido un nuevo régimen, la del empresario individual (autoempresedor) con el objetivo claro de apoyar la lucha contra el desempleo, estimular el crecimiento y el poder de compra. Sin embargo, este régimen, que tiene ciertas ventajas fiscales y se caracteriza por su facilidad de aplicación (ya que muy pocos trámites deben ser observados) no se acompaña del régimen social y de medidas protectoras en materia de desempleo o accidentes de trabajo. El autoempresedor francés se presume como independiente¹¹⁴ y sigue expuesto a los vaivenes del mercado y a la voluntad de su dador de órdenes. Mientras que el Ministerio celebra su éxito,¹¹⁵ varios autores prenden los focos rojos sobre los efectos perversos de este régimen que facilita, entre otras cosas, la transformación de los trabajadores más frágiles en autoempresedores.¹¹⁶

¹¹² Antonmattei, P.-H. y Sciberras, J.-C., *op. cit.*, nota 107, pp. 221-233.

¹¹³ Ley 2008-776, *JO* del 5 de agosto de 2008, p. 12471.

¹¹⁴ Artículo L.8221-6-1 C.

¹¹⁵ Más de 300,000 autoempresas han sido creadas a lo largo de los primeros ocho meses de 2009. Estadísticas aparecidas el 22 de septiembre de 2009.

¹¹⁶ Al respecto véase, Levratto, N. y Serverin, E., “Etre entrepreneur de soi-même après la loi du 4 août 2008: les impasses d’un modèle productif individuel”, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2009, pp. 325- 352; Reygrobellet, A., “L’«auto-entrepreneur»: vers un statut de l’activité indépendante”, *Rev. Lamy Aff.*, marzo de 2009, pp. 77-86.

b. *El trabajo independiente según el derecho español*

Desde julio de 2007,¹¹⁷ España cuenta con una nueva ley sobre el trabajo autónomo. Más exactamente, ha creado un “régimen del trabajador autónomo” y “un régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente”. Las palabras tienen todo su sentido, ya que España, luego de su transición democrática, aprobó un Estatuto de los Trabajadores y al lado de éste aprobó un régimen del trabajador autónomo. Debe observarse en consecuencia que tanto el trabajador autónomo como el trabajador autónomo económicamente dependiente no se encuentran regidos por la legislación del trabajo (disposición final del Estatuto de los Trabajadores) sino por el Estatuto de los Trabajadores Independientes que se desprende de la Ley 20/2007 del 11 de julio de 2007.

Según la exposición de motivos de la Ley en comento, busca, por una parte, clarificar la diferencia entre la relación comercial —aquella que existe entre el trabajador independiente y su cliente— y la relación salarial; y por otra, asegurar a los trabajadores independientes cierto número de derechos individuales y colectivos, e indirectamente fomentar la actividad independiente.

a) El régimen del trabajador independiente en el derecho español

Existen tres categorías de garantías en beneficio de los trabajadores autónomos, ya sean económicamente dependientes o no.¹¹⁸ Estas tres categorías son:

1. Una protección contra la discriminación. El régimen del trabajador autónomo permite la transposición de todas las directivas europeas relativas a la discriminación en el trabajo,

¹¹⁷ Ley 20/2007 del 11 de julio de 2007.

¹¹⁸ Valdés Dal-Ré, F. y Leclerc, O., “Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol”, *RDT*, 2008, pp. 298-303.

a todo tipo de trabajadores y no solamente a los trabajadores asalariados. En el mismo texto, la ley establece el derecho de los trabajadores autónomos de poder conciliar su actividad profesional y su vida personal y familiar, particularmente en lo relativo tanto a la duración de su jornada de trabajo como a su duración máxima.

2. Protección contra riesgos de trabajo. Los trabajadores autónomos están protegidos contra los riesgos de trabajo. La administración del trabajo tiene confiada la responsabilidad de asegurarse que los trabajadores autónomos cuenten con la misma protección en materia de riesgos profesionales, al igual que los trabajadores asalariados. Además, cuando el trabajador autónomo presta sus servicios en el local de una empresa usuaria, la responsabilidad en materia de salud y seguridad recae en esta última, bajo pena de compensar el daño sufrido. Finalmente, la Ley reconoce a todos los trabajadores (autónomos o no) un derecho de retiro en caso de riesgo grave e inminente para su salud.
3. Garantías financieras. La Ley refuerza la protección de la vivienda del trabajador autónomo, sin ir al límite de hacerlo esquivo, cuando el trabajador debe responder con su patrimonio las pérdidas ligadas a su actividad profesional. La Ley crea en beneficio de los trabajadores autónomos una acción directa para el pago de sus “honorarios” contra el propietario cuando ejercen su actividad al servicio de un contratista o de un subcontratista.¹¹⁹

En materia de derechos colectivos la ley española garantiza a los trabajadores autónomos:

- el derecho de adherirse libremente a una organización sindical o a una organización patronal de su elección;

¹¹⁹ Triomphe, C.-E., *op. cit.*, nota 108; Antonmattei, P.-H. y Sciberras, J.-C., *op. cit.*, nota 107, pp. 221-233; Valdés Dal-Ré, F. y Leclerc, O., *op. cit.*, nota anterior, pp. 298-303.

- el derecho de crear y de adherirse a asociaciones profesionales (que no tienen las mismas prerrogativas que las organizaciones sindicales). Si estas asociaciones son reconocidas como representativas (sobre la base de criterios diferentes a los aplicados a las organizaciones sindicales “clásicas”) tienen el derecho de ser consultadas por los poderes públicos cuando estos últimos consideran realizar acciones que tienen repercusiones sobre el trabajo autónomo.
- El derecho de celebrar acuerdos “de interés profesional” celebrados entre las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos o de trabajadores económicamente dependientes.

Estos contratos pueden establecer las condiciones de trabajo y son vinculantes para las partes. Por lo que las condiciones contractuales que sean contrarias al acuerdo “colectivo” serán consideradas nulas a partir del momento en que el trabajador autónomo esté afiliado a una “organización” firmante y haya dado su consentimiento para la aplicación del acuerdo colectivo.

No obstante, cabe señalar que en la exposición de motivos de la Ley 20/2007, la intención del legislador era hacer prevalecer la autonomía de las voluntades sobre el acuerdo de interés profesional. Por lo que, si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley reconoce la existencia eventual de un acuerdo de interés profesional, la misma Ley le garantiza una eficacia limitada, ya que su aplicación está restringida a los firmantes y a sus miembros. No se trata de una transferencia de la negociación colectiva a este tipo de relación.

b) El régimen del trabajador autónomo económicamente dependiente en el derecho español

A las disposiciones anteriormente evocadas se agrega una serie de medidas que sólo conciernen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, acercando así sus derechos a los

de los asalariados. El trabajo autónomo económicamente dependiente se encuentra definido en la ley española de la manera siguiente:

los trabajadores autónomos económicamente dependientes son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, *el 75 por ciento* de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.¹²⁰

Las condiciones siguientes deben ser reunidas para poder beneficiarse del régimen de trabajador económicamente dependiente:

- no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad;
- disponer de infraestructura productiva y material propios, distinta a la del cliente;
- desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas de carácter general que pueda recibir de su cliente;
- percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente, asumiendo los riesgos de la actividad;
- finalmente, el contrato que ligue al trabajador autónomo y al cliente debe mencionar expresamente la calidad de trabajador autónomo económicamente dependiente.

A partir del momento en que estas condiciones son cumplidas:

1. El trabajador autónomo económicamente dependiente tiene derecho a una interrupción de su actividad anual de 18 días

¹²⁰ Ley 20/2007, del 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

- hábiles, sin perjuicio de que dicho régimen pueda ser mejorado mediante contrato entre las partes o mediante acuerdos de interés profesional. Mediante contrato individual o acuerdo de interés profesional se determina el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal.
2. La realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente es voluntaria en todo caso, no pudiendo exceder del incremento máximo establecido mediante acuerdo de interés profesional. En ausencia de acuerdo de interés profesional, el incremento no puede exceder del 30% del tiempo ordinario de actividad individualmente acordado.
 3. El horario de actividad procurará adaptarse a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente.

La relación contractual entre las partes se extingue por alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mutuo acuerdo de las partes.
2. Causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto.
3. Muerte y jubilación o invalidez incompatibles con la actividad profesional, conforme a la correspondiente legislación de seguridad social.
4. Desistimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente, debiendo en tal caso mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres.
5. Voluntad del trabajador autónomo económicamente dependiente, fundada en un incumplimiento contractual grave de la contraparte.
6. Voluntad del cliente por causa justificada, debiendo mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres.

7. Por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género.
8. Cuando la resolución contractual se produzca por la voluntad de una de las partes fundada en un incumplimiento contractual de la otra, quien resuelva el contrato tendrá derecho a percibir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.
9. Cuando la resolución del contrato se produzca por voluntad del cliente sin causa justificada, el trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el apartado anterior.
10. Si la resolución se produce por desistimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente, y sin perjuicio del preaviso previsto, el cliente podrá ser indemnizado cuando dicho desistimiento le ocasione un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad.
11. Cuando la parte que tenga derecho a la indemnización sea el trabajador autónomo económicamente dependiente, la cuantía de la indemnización será la fijada en el contrato individual o en el acuerdo de interés profesional que resulte de aplicación. En los casos en que no esté regulada, a los efectos de determinar su cuantía, se tomarán en consideración, entre otros factores, el tiempo restante previsto de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el trabajador autónomo económicamente dependiente vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada y el plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción del contrato.

Se consideran causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad por parte del trabajador económicamente dependiente, las fundadas en:

1. Mutuo acuerdo de las partes.
2. La necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles.
3. El riesgo grave e inminente para la vida o salud del trabajador autónomo.
4. Incapacidad temporal, maternidad o paternidad.
5. La situación de violencia de género, para que la trabajadora autónoma económicamente dependiente haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.
6. Fuerza mayor.
7. Mediante contrato o acuerdo de interés profesional podrán fijarse otras causas de interrupción justificada de la actividad profesional.

c. El régimen del trabajador independiente en el derecho alemán

El derecho alemán ha extendido el campo de aplicación del derecho de la seguridad social más allá de las fronteras del trabajo asalariado, para incluir en él a los trabajadores formalmente independientes, a partir del momento en que se encuentran en una situación de dependencia económica (*Arbeitsnehmerähnliche Personen*, que significa las personas similares a los asalariados).

Esta extensión sólo es posible en el caso de que los trabajadores concernidos:

- no empleen trabajadores ellos mismos o dentro de una retribución límite;
- trabajen esencialmente para un mismo cliente;
- que el cliente solicite la ejecución de trabajos similares a trabajadores que el emplee directamente.
- que la actividad ejercida no tenga las características de un contrato de empresa.

Según el derecho alemán,¹²¹ son trabajadores económicamente dependientes con necesidad de una protección social análoga a la de los asalariados, las personas físicas que ejecutan su trabajo en favor de otras personas, sobre la base de contratos de servicios de obra, de manera personal y esencialmente sin el recurso de trabajadores asalariados y que, ya sea que ejecuten su trabajo para una sola persona, o que reciban de una sola persona, en promedio, más de la mitad de la retribución que se les deba por el trabajo que han ejecutado.

d. El trabajo independiente en el derecho italiano

La noción italiana de parasubordinación se sitúa en una perspectiva un tanto diferente, aunque sus resultados son prácticamente los mismos. La noción de “trabajador parasubordinado” apareció en la Ley 533/1973 codificada en el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles (CPC) que extendió la competencia de las jurisdicciones del trabajo a los litigios derivados de las relaciones de agencia, de representación comercial, es decir, las relaciones de colaboración que se concretizan en una prestación de trabajo continua y coordinada, de naturaleza personal, incluso si no tiene el carácter de subordinada. Se trata de una categoría abierta, en donde en la práctica se encuentran categorías de profesionistas tan diversas como la de los abogados que trabajan para una sociedad o los médicos del servicio nacional de salud. La diferencia con los cuasiasalariados del derecho alemán es que la necesidad de protección social no tiene ningún espacio en esta definición. La discusión en Italia se ha concentrado en saber si era necesario ver en esta noción un reconocimiento del criterio de dependencia económica, que autorizaría una aplicación del derecho del trabajo a los “parasubordinados”, o al contrario, si éstos preservaban su calidad de trabajadores independientes, a los cuales dicho derecho no era aplicable que en los casos expresamente señalados en la ley, es decir, principalmente en materia contenciosa y de higiene

¹²¹ Ley que data de 1974.

y seguridad. Es la segunda tesis la que ha prevalecido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.¹²²

Los contratos de colaboración coordinada sólo son utilizados en el marco de un proyecto de trabajo determinado. Estos contratos (que no son contratos de trabajo subordinado) deben estipular la duración de la prestación y la definición de sus diferentes fases.

Algunos derechos concedidos a los beneficiarios de estos contratos deben considerar la retribución promedio de las prestaciones de trabajo en el lugar de ejecución:

- se benefician de garantías en caso de embarazo, enfermedad y jubilación;
- sus cotizaciones sociales son ciertamente inferiores a las de los asalariados, pero la diferencia se encuentra sensiblemente reducida;
- en materia de accidentes, el empresario que los emplea cotiza en el Instituto Nacional para la Reparación de los Accidentes de Trabajo;
- se benefician de la formación profesional y de los programas de inserción profesional, por los titulares de los contratos de colaboración, que se desarrollan en las empresas con dificultades económicas;
- en el plano colectivo, pueden formar parte de las organizaciones especiales encargadas de la defensa de los derechos de los parasubordinados.¹²³

¹²² Véase Supiot, A., *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, París, Flammarion, 1999, p. 33.

¹²³ Triomphe, C.-E., *op. cit.*, nota 108; Antonmattei, P.-H. y Sciberras, J.-C., *op. cit.*, nota 107, pp. 221-233.

C. *El trabajo independiente visto por el Comité Económico y Social Europeo.*

Cabe destacar también el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las “Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente”.¹²⁴ El 26 de febrero de 2009, el Comité Económico y Social Europeo decidió, conforme al artículo 29, apartado 2, de su Reglamento Interno, elaborar el dictamen en comento, el cual fue aprobado el 23 de febrero de 2010.

El dictamen señala que hay una serie de factores que pueden encontrarse en el origen de la aparición de los “nuevos” trabajadores autónomos, es decir, los trabajadores que ejercen actividades que *a priori* no se integran en los marcos tradicionalmente establecidos para las profesiones independientes, como los agricultores o las profesiones liberales:

- las estrategias de las empresas, y en particular ciertas formas de externalización del empleo;
- la emergencia de nuevas necesidades sociales que deben ser satisfechas, relacionadas en especial con los cambios demográficos y con el envejecimiento de la población;
- los cambios que afectan a la mano de obra, como el aumento del nivel de formación de las poblaciones;
- el aumento del número de mujeres que se incorporan al mercado laboral;
- las necesidades de incorporación al empleo de categorías vulnerables excluidas del mercado de trabajo; para estas poblaciones, el trabajo autónomo puede constituir, en determinados casos, una alternativa al desempleo;
- el deseo de determinados trabajadores de articular mejor su vida profesional y su vida privada;

¹²⁴ SOC/344–CESE 639/2010.

- el crecimiento de los servicios y las oportunidades nuevas que brindan las tecnologías de la información y la comunicación.

Por otro lado, la literatura académica, basada en investigaciones empíricas, se ha ocupado de identificar las distintas categorías de trabajadores autónomos. Las que se utilizan con más frecuencia son:

- los empresarios, que explotan su empresa recurriendo a la contratación y, por consiguiente, a la ayuda de asalariados;
- los profesionales liberales “tradicionales”, los cuales, para ejercer su oficio, están obligados a ajustarse a las exigencias específicas que establecen las distintas normativas nacionales (certificación de sus competencias y respeto de las normas deontológicas de sus respectivas profesiones); si bien es cierto que pueden emplear personal, también lo es que, en general, ejercen sus actividades solos o asociándose con compañeros; se incluyen en esta categoría, por ejemplo, los abogados o los médicos;
- los artesanos, comerciantes y agricultores, que constituyen el núcleo de las formas tradicionales de trabajo autónomo y que pueden trabajar con miembros de sus familias y/o un pequeño número de empleados, fijos o no;
- los “nuevos autónomos”, que ejercen actividades calificadas pero cuyas profesiones no se encuentran reguladas en todos los países, contrariamente a las de los profesionales liberales arriba citados;
- los trabajadores autónomos que ejercen actividades poco o muy calificadas, sin recurrir a la contratación de asalariados, cuya existencia se deriva de las estrategias de las empresas y en particular del desarrollo de la externalización de determinadas fases del proceso productivo.

Igualmente, de forma paralela a estas definiciones, la encuesta de población activa de Eurostat (*Labour Force Survey*), con el fin de encuadrar estadísticamente el trabajo independiente, distingue, dentro de los trabajadores autónomos:

- los empleadores, que se definen como las personas que explotan su propia actividad (empresa, profesión liberal, actividad agrícola) para obtener un beneficio y que contratan al menos a una persona;
- los *own account workers* (trabajadores por cuenta propia), que se definen como las personas que explotan su propia actividad (empresa, profesión liberal, actividad agrícola) para obtener un beneficio, pero sin recurrir para ello a la contratación de asalariados; en 2008 esta categoría de trabajadores representaba más de 36 millones de personas en la Unión de los 27, es decir, aproximadamente 16% de la población empleada;
- los *family workers* (trabajadores familiares), que se definen como aquellas personas que ayudan a un miembro de su familia en el ejercicio de una actividad económica (comercial o agrícola), siempre y cuando no se les pueda calificar de asalariados.

El dictamen continúa señalando que:

Hay una verdadera dificultad de cuantificación del fenómeno del trabajo autónomo económicamente dependiente. Solamente en aquellos países en los que se ha reconocido jurídicamente esta categoría de trabajadores existe una delimitación más precisa del colectivo que siendo autónomo trabaja en situación de dependencia económica. Sin embargo, es indudable el hecho de que al menos una parte de los trabajadores que desde un punto de vista estadístico se consideran autónomos, se encuentran, en el ejercicio de su actividad, en situación de dependencia económica respecto de un cliente o mandante. Así, si nos remitimos a los datos europeos disponibles respecto de la magnitud del trabajo autónomo, es posible comprobar que en 2007, en

cada uno de los Estados miembros, los trabajadores autónomos que no empleaban ningún asalariado constituían como mínimo el 50% del total de los trabajadores autónomos. En ciertos Estados dicho porcentaje era incluso más elevado (el 70% o más). Es el caso de la República Checa, Lituania, Portugal, Eslovaquia y el Reino Unido. Si se tienen en cuenta los cambios económicos y sociales que explican la aparición de nuevas formas de trabajo autónomo y la experiencia de los países que han regulado tales nuevas expresiones del trabajo autónomo, no puede más que pensarse que una parte muy significativa de esta importante población de *own account workers* trabaja en situación de dependencia económica.

Asimismo, que las reflexiones relativas al trabajo autónomo económicamente dependiente no pueden disociarse por completo de las relativas a los “falsos autónomos”. Si bien es cierto que es indudable que ciertos trabajadores

siendo autónomos desde un punto de vista formal (especialmente respecto de la denominación que las partes atribuyen a sus relaciones), desempeñan su actividad en las mismas condiciones que los asalariados. Estas situaciones se corresponden a menudo con supuestos en los que un empresario recurre a la calificación de trabajo autónomo para eludir la aplicación del derecho laboral o de la seguridad social. En realidad, en numerosos casos, la conversión en trabajador autónomo económicamente dependiente no es, en sentido estricto, una opción voluntaria sino forzada por causas ajenas, como una externalización productiva o la reconversión de una empresa con la consiguiente extinción de los contratos laborales.

El dictamen señala que el trabajo autónomo dependiente o “parasubordinado” es una realidad económica y social nueva, ya regulada en algunos países. Si bien es cierto que dicha regulación implica riesgos, puesto que el reconocimiento de trabajo autónomo económicamente dependiente puede encasillar en esta categoría a personas que hasta el momento han sido considerados asalariados, lo es también que no se pueden ignorar las evoluciones del trabajo autónomo, ya que se corre el riesgo, en los países

en donde no está reconocida dicha figura, en dejar desprotegidos a una franja importante de trabajadores europeos.

4. *La responsabilidad solidaria en las cadenas de subcontratación*

La responsabilidad en las cadenas de subcontratación es un tema controvertido, ya que implica la participación de varios actores, como el empresario principal, los subcontratantes y los asalariados de estos últimos que no están necesariamente ligados los unos con los otros. La idea que está ganando terreno en Europa es que en los sectores de la economía que utilizan ampliamente la subcontratación, el empleador principal, es decir, sus contratistas son responsables frente a los asalariados de sus subcontratantes para el pago de los salarios, los pagos a la seguridad social y al fisco. Esta responsabilidad no se limita solamente a los subcontratistas que el empleador principal ha contratado directamente y con los cuales está ligado contractualmente, si no que se extiende a los subcontratantes contratados por su cocontratante o subcontratista principal. La responsabilidad así vista, es solidaria e indivisible; en este sentido, los acreedores en la parte inferior de la cadena de subcontratación puede demandar por la totalidad de su deuda no solamente a su empleador directo sino también a su cocontratista, es decir, al empresario principal en función de la solvencia de cada uno.

La Unión Europea todavía no legisla en la materia. En el libro verde *Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*,¹²⁵ la Comisión expresa, en cualquier caso, su intención de tomar las medidas necesarias para clarificar los derechos y las obligaciones de las partes en las cadenas de subcontratación. Con el fin de evitar que los trabajadores no sean privados de su capacidad para hacer uso efectivo de sus derechos. Por el momento, ocho Estados miembros, entre ellos Alemania, Austria, Bélgica,

¹²⁵ Comisión Europea, COM (2006) 0708.

Finlandia, Francia, Italia, España y Holanda ya cuentan con un marco jurídico referente a los niveles de responsabilidad en una cadena, al menos en el sector de la construcción.¹²⁶ En estos países, la legislación que regula la responsabilidad en cadena ha sido realizada para evitar que los derechos de los asalariados no sean nulificados por los empleadores insolventes y, sobre todo, para hacer a los empresarios más responsables respecto a la elección de su cocontratantes, y así evitar que escojan sistemáticamente a los subcontratantes más baratos en detrimento de los derechos de los asalariados. Algunos países como Francia e Italia han hecho de la responsabilidad en cadena un instrumento para combatir el trabajo ilegal así como la competencia desleal de los prestatarios de servicio extranjeros que pagan salarios muy bajos.

La responsabilidad en cadena, tal y como resulta de los ocho Estados miembros antes citados,¹²⁷ cubre, en principio, el pago de los salarios, los impuestos y las contribuciones a la seguridad social. En algunos de estos países, no obstante, la responsabilidad en cadena está sujeta a ciertas condiciones. Por ejemplo, en Alemania, la responsabilidad solidaria en materia de pagos a la seguridad social sólo se aplica si el valor de los trabajos a realizar en la construcción asciende a más de 500,000 euros. En Francia la responsabilidad solidaria en materia de falsa subcontratación sólo se plantea cuando la prestación de servicios es superior a 3,000 euros.

En Austria, España y Países Bajos, solamente existe responsabilidad exclusiva del contratista principal que se ha comprometido; mientras que en Bélgica, Finlandia, Francia, Italia y España, la responsabilidad se extiende a todos contratistas e incluso al cliente (Francia y Finlandia). Por el lado de los empleados, se benefician de la responsabilidad en cadena todos los empleados del o de los subcontratistas, empleados a tiempo completo o en otra

¹²⁶ Al respecto véase Houwerzijl, M. y Peters, S., *Liability in Subcontracting Processes in the European Construction Sector*, julio de 2008, <http://eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/>

¹²⁷ *Idem*.

forma de trabajo flexible. En contraste, las personas que no están relacionados con el subcontratista por un contrato de trabajo, sino por un contrato diverso, no se benefician de la responsabilidad en cadena.

En Italia,¹²⁸ la responsabilidad del contratante en relación con los subcontratistas es solidaria e indivisible tanto para el pago de los salarios como para el pago de impuestos y las cotizaciones sociales. En países como Bélgica, la responsabilidad sólo es contractual, lo que significa que los trabajadores del subcontratista sólo pueden dirigirse contra los contratistas directos del empleador para satisfacer sus reclamos. Por el contrario, en otros como Alemania, la responsabilidad para el pago de los salarios es solidaria e indivisible, no solamente en relación con el empresario principal, sino también con respecto al cliente, de los contratistas intermediarios o de la empresa usuaria.

La responsabilidad en la cadena es a veces objeto de una obligación de control previo. Así, la responsabilidad en cadena del empresario principal sólo tiene lugar, por ejemplo en Francia y Finlandia, si el empresario no ha efectuado un control previo de solvencia de sus subcontratistas.

El Parlamento Europeo adoptó dos resoluciones relativas a la responsabilidad en cadena. La primera sobre el desplazamiento de los trabajadores¹²⁹ invita a la Comisión a

que regule la responsabilidad solidaria para las empresas generales o principales con el fin de abordar los abusos en la subcontratación y el desplazamiento de trabajadores transfronterizos y de establecer un mercado interior transparente y competitivo para todas las empresas.

¹²⁸ Decreto legislativo número 223/2006.

¹²⁹ Resolución del 26 de octubre de 2006, *JO*, C 313 E del 20 de diciembre de 2006, p. 452.

La segunda,¹³⁰ sobre la responsabilidad social de las empresas subcontratantes en las cadenas de la producción: 1. Invita a la Comisión a:

que presente una propuesta sobre la aplicación de la agenda relativa al trabajo digno a los trabajadores de las empresas de subcontratación y, en particular, sobre el cumplimiento de las normas laborales fundamentales, los derechos sociales, la formación del trabajador y la igualdad de trato...

2. Solicita a la Comisión a:

a) que establezca un instrumento jurídico comunitario inequívoco que introduzca la responsabilidad solidaria a nivel comunitario, respetando al mismo tiempo los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en los Estados miembros, así como los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; b) que realice una evaluación de impacto sobre el valor añadido y la viabilidad de un instrumento comunitario sobre la responsabilidad de la cadena como forma de incrementar la transparencia en los procesos de subcontratación y garantizar una mejor aplicación del derecho comunitario y nacional; destaca que ese estudio debería ser transectorial.

5. La responsabilidad social de las empresas europeas

La noción de responsabilidad social implica para las empresas no solamente responsabilidades en relación con sus trabajadores y sus sindicatos, sino que también en relación con las “partes interesadas” en un sentido amplio, es decir, los consumidores, los proveedores, los subcontratistas, las ONG que trabajan en el ámbito del medio ambiente.

En la medida en que el derecho comunitario ha adoptado un enfoque más o menos abstencionista en materia de responsabilidad social de las empresas (RSE) resulta importante referirse a

¹³⁰ Resolución del 26 de marzo de 2009, 2008/2249 (INI).

los acuerdos marco internacionales, voluntariamente celebrados entre las multinacionales sujetas a un control europeo y a las organizaciones sindicales de dimensión internacional.

A. *La política comunitaria en materia de RSE*

El *Libro Verde y Blanco* de la Comisión sobre la RSE, publicado al inicio de la década de 2000, han colocado la RSE en el orden del día de las instituciones de la Unión Europea. La responsabilidad social se define como “la integración voluntaria por las empresas de preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores” (*Libro Verde*, 2001). Por otra parte, la creación del Foro Plurilateral Europeo ha generado un verdadero debate entre las partes interesadas, pero no ha logrado señalar lo que la UE podría hacer para adoptar medidas concretas que promuevan la responsabilidad de las empresas.

Durante dos años, la Comisión no reaccionaba porque dudaba en decidirse entre los que querían que la RSE estuviera sujeta a criterios de transparencia en la forma de control externo y/o de una legislación y que los actores involucrados tuvieran un papel real, y entre los que al contrario concebían la RSE como un ejercicio liderado sólo por las empresas, que debía desarrollarse sin la intervención de los poderes públicos. Finalmente, la Comisión decidió retirarse del debate mediante la emisión de una declaración de apoyo a un planteamiento sustancialmente opuesto a la regulación.¹³¹

En su última comunicación sobre el tema, de fecha 22 de marzo 2006, titulado “Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo, hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas”,¹³² la Comisión no toma

¹³¹ “La dimension sociale de la mondialisation – Comment la politique de l’UE contribue à en étendre les avantages à tous” (COM (2004) 0383).

¹³² COM (2006) 136 final.

ninguna nueva acción distinta de la creación de la Alianza Europea para la RSE. En cuanto a la dimensión internacional de la RSE, la Comisión reitera su compromiso de intensificar su cooperación con la OIT para promover condiciones de trabajo decentes. Este compromiso se ha reflejado en su Comunicación “Agenda Social Renovada: Oportunidades, Acceso y Solidaridad en la Europa del Siglo XXI”.¹³³

En reacción a la Comunicación de la Comisión de 2006, el Parlamento Europeo adoptó una resolución¹³⁴ sobre la responsabilidad social de las empresas. Como parte de esta resolución expresa la opinión (punto 60) que

el impacto potencial de las políticas en materia de RSE sigue siendo el mayor en relación con las cadenas mundiales de abastecimiento de las empresas, para permitir que las inversiones responsables por parte de las empresas, para combatir la pobreza en los países en desarrollo, fomentar condiciones dignas de trabajo, apoyar los principios de comercio justo y buena gobernanza, así como para reducir la incidencia de violaciones de normas internacionales, en particular de normas del trabajo, por parte de empresas en los países donde la normativa es escasa o inexistente.

El Parlamento también lamentó que la Comisión no haya dado mayor prioridad a la promoción de iniciativas mundiales en su comunicación (punto 63). Por último, en su resolución¹³⁵ sobre la responsabilidad social de las empresas de subcontratación en las cadenas de producción, el Parlamento Europeo

reitera su petición a la Comisión de que presente una propuesta sobre la aplicación de la agenda relativa al trabajo digno a los trabajadores de las empresas de subcontratación y, en particular, sobre el cumplimiento de las normas laborales fundamentales, los derechos sociales, la formación del trabajador y la igualdad de trato (punto 3).

¹³³ COM (2008) 412 final del 2 de julio de 2008.

¹³⁴ Resolución 2006/2133 (INI).

¹³⁵ Resolución 2008/2249 (INI).

B. La responsabilidad social de las empresas europeas en relación con sus subcontratistas extracomunitarios: los acuerdos marco internacionales

A falta de la gobernanza europea, las multinacionales buscan crear, ellas mismas, nuevas formas de regulación para responder a los problemas globales de sus actividades.

Fenómeno relativamente reciente, la firma de acuerdos marco internacionales constituye un paso suplementario en la aplicación de prácticas empresariales en materia de RSE, que implican la participación en organizaciones sindicales sectoriales, regionales y mundiales. Es la razón por la cual los acuerdos marco internacionales, que emanan de empresas, de iniciativas sectoriales o internacionales, como el Pacto Mundial de la ONU, pueden aparecer como un complemento de los códigos de conducta, que buscan remediar algunas lagunas, como su carácter unilateral. La innovación más importante de estos acuerdos consiste en que asocian a los trabajadores y a las organizaciones sindicales en la aplicación de los compromisos en el ámbito de subcontratación y seguridad.

Estos acuerdos son negociados, en principio, entre un grupo empresarial y una federación sindical internacional (asociación de trabajadores que agrupan a asalariados provenientes de la misma industria o que ejercen la misma actividad) para definir los derechos de los trabajadores de las filiales del grupo, entre ellos los derechos de los trabajadores de los subcontratistas, así como el conjunto de los compromisos sociales y ambientales que las partes desean cumplir. La conclusión de un acuerdo marco es un compromiso voluntario de los sindicatos y de las empresas implicadas, ya que la legislación nacional, europea e internacional no regula específicamente su negociación. Si estos acuerdos no son muy numerosos en relación con el número de empresas de talla internacional, la mayoría emanan casi exclusivamente de empresas europeas (49 de 55 a finales de diciembre de 2006).

El ámbito de aplicación de los compromisos elegidos por los firmantes es determinante. Teniendo en cuenta los desafíos mundiales, la mayoría de las empresas no han definido el área geográfica. Sin embargo, es importante que los acuerdos marco definan su ámbito de aplicación. El análisis de 49 acuerdos marco por parte del ORSE¹³⁶ muestra algunas empresas del grupo de manera general, mientras que otras se distinguen entre empresas del grupo, las filiales de propiedad mayoritaria, los proveedores, los subcontratistas, etcétera.

Las relaciones con los subcontratistas son un factor de exposición y riesgo de imagen, al cual se enfrentan las empresas multinacionales. Se debe recordar al respecto que la firma de un acuerdo marco internacional entre ciertos grupos (como Ikea o Chiquita) fueron el resultado de una campaña de denuncia pública sobre el incumplimiento de los convenios fundamentales de la OIT por sus subcontratistas. Hoy día las relaciones con los subcontratistas están integradas en casi todos los acuerdos marco internacionales.

Según el contenido del acuerdo, el término “contratista” puede aplicarse a todos los contratistas, es decir, a sus subcontratantes, sus proveedores principales, incluso cuando detentan una licencia (franquiciatarios). El término “subcontratista” se entiende en el marco de estos acuerdos “cualquier persona física o moral que proporciona, bajo contrato al contratista, un trabajo o una prestación contractualmente destinada a la empresa”.

El tema de la responsabilidad en la cadena de producción se presenta de diferentes maneras. Puede ser objeto de una rúbrica o de un documento específico o se integra en el acuerdo marco. Por ejemplo, “Rhodia espera de sus proveedores y subcontratistas que respeten las leyes y reglamentos y los derechos humanos fundamentales, tal y como lo expresan los convenios y normas internacionales”. A diferencia de la gran mayoría de los acuerdos marco revisados, el acuerdo EDF (Electricidad de Francia) distingue entre proveedores y subcontratistas. La responsabilidad

¹³⁶ ORSE: Observatoire Responsabilité Sociale des Entreprises, www.orse.org.

del grupo en relación con sus proveedores consiste en promover los principios del Pacto Mundial. Sin embargo, la exigencia del grupo respecto a sus subcontratistas, son mucho más específicas y se acompañan de medios para su ejecución.

En la medida en que la cadena de creación de valor es cada vez más amplia y compleja, en los sectores caracterizados por el uso en cascada de la subcontratación, es importante que precisen en qué medida se proponen ampliar su responsabilidad. Por ejemplo, en el acuerdo de Hochtief, “las partes contratantes deben garantizar que sus socios contractuales en relación con una actividad del grupo de Hochtief se adhieren a los principios contenidos en el código”.

Obviamente, la influencia del dador de órdenes sobre sus subcontratistas depende de una serie de factores (volumen de compra, duración del compromiso, medidas de acompañamiento propuestas), de lo contrario, las órdenes de la primera sobre la segunda no tendrán ningún efecto. Algunos acuerdos establecen una jerarquía de sus exigencias en relación con los subcontratistas, ya sea realizando una lista de ellas o insistiendo en un compromiso especial en el acuerdo. Así, por ejemplo, el acuerdo EDF establece que: “las exigencias del grupo EDF se centrará concretamente en: el respeto a la ley, la salud y seguridad de los trabajadores, la conducta ética con los clientes...”. Los efectos del acuerdo serán diferentes dependiendo de si el incumplimiento de los subcontratistas se refiere a un aspecto prioritario o no prioritario del dador de órdenes.

Los medios de aplicación varían entre una simple información sobre el contenido del acuerdo en el idioma apropiado y el estímulo más o menos apoyado para cumplir los principios acordados. Así, el Grupo BMW “espera que sus socios comerciales empleen estos principios como base en sus relaciones comerciales mutuas y los considera como un criterio apropiado para las relaciones comerciales durables”.

Los procedimientos para supervisar el cumplimiento de los compromisos por los subcontratistas varían en función de si: a) se

encuentran en la dimensión contractual de la relación del grupo con sus subcontratistas, b) son parte del proceso de seguimiento del acuerdo, o c) están centrados en los compromisos prioritarios del grupo.

Algunos acuerdos ponen de relieve la dimensión contractual de la relación y registro de sus necesidades en este contexto. Así, Ikea “quiere influir y apoyar a sus proveedores para que cumplan las condiciones establecidas por el código... Ikea ha creado un organismo de control encargado de apoyar y de darle seguimiento a los trabajos de cumplimiento”. El acuerdo Chiquita establece dos modalidades de control. Por un lado, “el grupo pedirá a sus proveedores, a sus socios comerciales y socios en los *joint-ventures*, proporcionar pruebas que demuestren que respetan la legislación nacional y los estándares de trabajo mínimo enumerados en el acuerdo”. Por otro, “la aplicación de esta parte del acuerdo deberá ser evaluado conjuntamente por el comité de seguimiento que tomará en cuenta estos factores”.

En el acuerdo EDF, los métodos de control varían dependiendo de si los compromisos se refieren a las prioridades o no. Así,

las sociedades del grupo EDF instaurarán, con sus subcontratantes, los procedimientos apropiados de elección y de evaluación que respondan a estas exigencias... Concerniendo más específicamente la salud y la seguridad de los trabajadores de las empresas subcontratantes, un reporte de los accidentes de trabajo que ocurren en el marco de las misiones que le son confiadas, les será solicitado.

Las implicaciones del incumplimiento de los principios por los subcontratantes son más o menos importantes. Varían entre un criterio de selección y el término de las relaciones contractuales. De esta manera, la mayoría de los acuerdos celebrados con la Federación Internacional de Obreros de la Metalurgia (FIOM) establecen que: “el cumplimiento de los subcontratistas y de los proveedores de estos principios constituye una base favorable para las futuras relaciones del grupo”. El acuerdo Bosch establece, por su parte, que “el grupo excluirá a los proveedores, de los cuales

se demuestre, que no respetan permanentemente las principales normas de la OIT”. Para Rhodia, “todo incumplimiento grave y no corregido luego de una observación, a la legislación en materia de salud y seguridad de los trabajadores... implicará la suspensión de las relaciones con la empresa concernida respeto de las obligaciones contractuales”.