Informe general

Rafaële De Luca-Tamajo y Adalberto Perulli

I - CAPÍTULO INTRODUCTIVO

1. Caracteres generales de la descentralización de la producción

Desde hace tres siglos, las ciencias sociales han presentado la sociedad como una "máquina" (siglo XVIII), luego tal un "organismo" (siglo XIX), y después un "sistema" (durante buena parte del siglo XX). Hoy en día, las representaciones de la sociedad que aparentemente prevalecen son aquellas del "laberinto" y de la "red" las cuales van definitivamente más allá del modelo capitalista del siglo veinte represetado por la organización militar jerárquica descrita por Max Weber a finales del siglo XIX. La pirámide weberiana resumida por la metáfora de la "caja de acero", se ha vuelto una realidad estructural dominante tanto de cara a las instituciones como de cara a las grandes organizaciones económicas integradas verticalmente y articuladas funcionalmente. La militarización de la sociedad llevó sobre toda forma organizada de la vida civil introduciendo entre el Estado y la sociedad elementos unificadores que interesaban a los actores de la economía industrial así como a las instituciones civiles. La pirámide unificaba, centralizaba y concentraba. El Estado (social) también pudo tomar la forma de una pirámide burocrática y las trayectorias del poder público y de la empresa convergieron hacia el modelo keynesiano-fordista cuyas cumbres coinciden con la figura de un Estado emprendedor, regulador e inversor.

En lo que se refiere a la organización, la estructura así como el funcionamiento de la empresa managerial clásica reflejan los del Estado. Se conceptualizaba la empresa como un casi-Estado cerrado y dotado de mecanismos de autoridad y de transmisión del mando; una tecno-estructura concentrada que llevaba a cabo la totalidad del proceso de producción en un edificio único y enorme. Por una puerta entraba la materia prima, y por la otra salía el producto acabado.

A finales del siglo XX, nuevos desarrollos económicos y sociales lanzaron un reto a la caja de acero weberiana tanto en lo que se refiere al frente de la organización del Estado (reactivación de poderes autónomos en el Estado, emergencia de la dimensión local, pérdida de poder a favor de campos de regulación supra o transnacionales), como al de la empresa la cual tiende a pasar de tecnoestructura integrada a una red extendida de unidades semiautónomas o autónomas con formas elásticas de coordinación. Ciertos analistas como Richard Sennet consideran que los factores decisivos de cambio intervinieron en el momento de la transferencia del poder de los directivos a los accionistas en las grandes empresas conllevando consecuentemente un dinamismo nuevo de los instrumentos financieros así como nuevas oportunidades de inversión. El desarrollo de un "capital impaciente" somete a la empresa a una presión inédita hacia la flexibilidad y el dinamismo, y esta disposición a desestabilizar su organización propia se considera de ahora en adelante como un factor positivo. El desarrollo de nuevas tecnologías de comunicación y de producción permite que la economía mundial deje la tierra para elevarse al cielo. El *lugar* va perdiendo importancia mientras la empresa gracias a la revolución informática se beneficia de nuevas formas de localización, de centralización y de control – una "vigilancia panóptica", tal como la llamó Michel Foucault–. El mecanismo de producción es objeto de dos formas de tendencias aparentemente contradictorias: en la cumbre del sistema empresarial en donde se decide de cuanto se refiere a la empresa, a sus financias y a su gestión, se ven procesos casi dictatoriales de concentración -bajo todas sus formas, que van del partenariado genérico a las

mismísimas fusiones o adquisiciones de empresas- con la finalidad de promover empresas fuertes y dotadas de todo lo necesario para la competición global.

En la base de la pirámide, por lo contrario, se denota una intensificación de forma inédita de los programas de fragmentación organizacional y empresarial, con modelos de externalización y de *outsourcing* que penetran en cada vez más actividades de la empresa. Además, una empresa desverticalizada elimina el trabajo de rutina y ahorra al seccionar en los niveles funcionales de la base de la pirámide. En la reconstrucción de la ciencia de la organización, la liberación de la caja de acero se produjo gracias principalmente a límites evidenciados por una estructura organizacional compleja, organizada y articulada jerárquicamente. La rigidez burocrática, la lentitud de decisión, la disponibilidad de recursos a veces excedentes en cuanto se refiere a las exigencias reales y variables de la producción, la necesidad de entrar en competición en mercados globalizados, la exigencia de disponer de una estructura más flexible y menos burocratizada, orientada hacia la innovación han llevado a los mandos de la empresa a otra concepción de los dispositivos de gestión y de producción.

Hoy en día, la metáfora del laberinto y de la red son las que mejor reflejan la naturaleza de la empresa así como la naturaleza misma del trabajo en los intercambios y los flujos de producción y de circulación globales. Por eso, de ahora en adelante se habla de *network society* para indicar la difusión de uno o, incluso, de varios modelos organizacionales fundados en vínculos sociales y económicos alimentados por un nuevo *episteme* descentrado en el cual se hallan los valores de la apertura, de la conexión y de la *relazionalità (valores relacionales).* La ciudad, la empresa y el Estado que son las formas originales de la organización social, celebran paso de modelos centralizados y burocráticos configurados como castillos, a estructuras relacionales configuradas como redes en las cuales las conexiones y los nudos son más importantes que las jerarquías. La empresa evoluciona hacia modelos de federaciones de entidades autónomas, de casi-mercados, e *in fine*, según la formulación de las ciencias organizacionales post-fordistas, hacia sistemas de estudio (aprendizaje) altamente caóticos: "anarquías organizadas" y flexibles que valorizan la dispersión multinacional y la creación de "*eterarchie"*. La empresa y con ella el trabajo, se asemeja a un *archipiélago* que asume la economía-mundo, forma estructuralmente sin centro propio ya que construida a partir de varios centros (grandes áreas regionales, metrópolis, distritos, nuevas naciones emergentes, etc.) y de los innumerables flujos que los unen.

Las palabras de este nuevo paradigma organizacional son: *externalización, terciarización, outsourcing.* Son términos de empresas que han decidido emprender de nuevo e ir más allá de la producción de masa, términos que hacen referencia a las transiciones de un paradigma instalado (la empresa fordista verticalmente integrada) que se están llevando a cabo hacia un paradigma emergente que no está completamente delimitado y que genéricamente se denomina post-fordista.

El nuevo paradigma presenta algunos rasgos fundamentales que revelan un cambio rotundo de la lógica de producción dominante en el transcurso del "siglo breve". Un primer elemento consiste en rebasar progresivamente la producción material mediante una producción que emplea más y más frecuentemente objetos virtuales (conocimientos, representaciones, relaciones), los cuales abren nuevas posibilidades a la producción de valor. La revolución informática ha abierto una era nueva en la cual la superioridad de la inteligencia, de la información informatizada y de los servicios en general tienden a reemplazar el carácter central de la herramienta, del trabajo manual y de las materias primas. Basta considerar que a finales del siglo XX más de la mitad de la población activa de los países industrializados está empleada en producir y gestionar datos e información. Un segundo elemento está vinculado a la sustitución de la lógica del control jerárquico por una lógica de gobierno de complejidad que utiliza el aumento de la variación y de la indeterminación como modo para generar valor y ventajas competitivos. Un tercer elemento tiene que ver con la obsolescencia de las geometrías espacio-temporales de la producción científica. Son descompuestas y recompuestas sobre bases nuevas con una ampliación de la división del trabajo en circuitos amplios y redes globales, y en el lugar de la

centralización se establece una distribución amplia y difusa de las funciones productivas interconectadas que ocupan un espacio que tiende a ser fundamentalmente ilimitado.

En lugar de las conexiones materiales llevadas a cabo por el fordismo, la ingeniería post-fordista diseña modelos organizacionales desverticalizados, redes de producción que encuentran en el territorio, más bien que en la organización de las fábricas, el factor fundamental de integración. Se interrumpe la cohesión vertical. La empresa es reducida a un núcleo de competencias básicas (el *core business*), y los productores de componentes, de máquinas y de servicios, quienes antaño formaban parte de una misma empresa integrada, ahora acuden a diversos clientes, a adjudicatarios, proveedores, sub-proveedores, trabajadores autónomos, etc. Así mismo, las diversas unidades de la empresa (taller, oficina de proyectos, distribución) recurren a trabajadores y competencias externas adquiridas en *outsourcing.* El modelo presenta pues el resultado de una opción metodológica en lo que se refiere a las modalidades de management/organización de la empresa post-fordista que pueden ser objeto de investigación desde el punto de vista de la justificación económica y social o desde el punto de vista de la morfología jurídico-institucional.

a) Las razones de esta evolución son complejas y se deben buscar en las estrategias empresariales de reorganización flexible de la producción. La estructura por redes permite que la empresa sepa exactamente cuales serán exactamente los costes del proceso de producción. Se trata de un nuevo espíritu del *buy* que se substituye al que domina en las fábricas verticales integradas en el *make* inspirado por las nuevas lógicas de recorte de los costes transaccionales más bien que de los costes de producción interna. Le empresa post-fordista concentra su producción en un *set* de *core competencies* es decir las actividades que componen el diferencial competitivo, y externaliza (deslocalizando en el extranjero) las actividades tradicionalmente integradas las cuales por naturaleza no son representativas de su especialización ni de su vocación industrial (funciones propiamente productivas a varios *corporate staff services* : asistencia jurídica, relaciones públicas, gestión del personal, *accounting,* investigación básica, mantenimiento, financias, *data center, call center,* etc.), según una fórmula capaz de reproducirse en cascada mediante una cadena de subcontratistas: de esta manera se reducen los riesgos, se optimizan los costes y se gana en flexibilidad.

En segundo lugar, el confiar parte del ciclo productivo a otra empresa permite obtener un bien final con mejor valor añadido ya que se eligió dicha empresa debido a su competencia específica y a su especialización debida al *know how* adquirido. De esta manera, la empresa es más reactiva a las demandas del mercado. En el caso de una reducción de la demanda, la empresa tan sólo tendrá que reducir su demanda interna (los pedidos) a las empresas que tiene contratadas, sin que ello frene toda su organización ni se le acumule stock.

Cuando se examina este fenómeno, existen también razones financieras. Todos los segmentos o establecimientos de una empresa no tienen la misma tasa de ganancias. Si aislamos centros autónomos de costo y de beneficio, algunos tienen un buen rendimiento, otros presentan márgenes de ganancias bajos o inexistentes; para estos últimos, más vale externalizar sobre todo cuando el rendimiento económico es inferior al de una inversión en los mercados financieros de los recursos derivados de su inmovilización. Es decir, la lógica del mercado entra en la empresa y cada fase del proceso productivo se somete a una validación de rendimiento simulando los mecanismos del mercado. Consecuentemente, para cada segmento, se fragmentarán los establecimientos, virtualmente primero, y materialmente después.

Finalmente, se deberán estudiar las razones sociales sobre las cuales se ha fundado el nuevo modelo. Una cultura de dirección más sofisticada que parece haber asimilado los elementos generadores de la crisis del fordismo en la construcción de un nuevo proyecto de vínculo social capaz de otorgarle a la empresa una nueva legitimidad.

b) No obstante, la morfología del modelo no tiene todavía límites bien definidos que puedan dar lugar a una figura jurídica propia y verdadera. Por lo contrario, aparece como un recipiente en cuyo interior y según las combinaciones posibles en función de las excepciones, se mueven varias

instituciones jurídicas reconocidas y reguladas de manera distinta por los diversos sistemas normativos respectivamente dedicados a reglamentar los diversos momentos del fenómeno, los que "expulsan" y los que "recompran". Es inevitable pensar en la transferencia de empresas, en el despido colectivo, en el despido individual por motivo económico, en lo que se refiere al movimiento centrífugo del péndulo. Se piensa en las licitaciones, en la subcontratación, en la distribución, en el trabajo autónomo coordinado en lo que se refiere a la fase de internalización por parte del empresario, del resultado producido anteriormente en la empresa y luego externalizado. En una perspectiva conexa podemos evocar los mecanismos de composición/descomposición de la realidad económico/productiva a través del paradigma del grupo empresarial el cual no reclama ni la pérdida total de autonomía de la empresa vinculada, ni la centralización total de los procesos de decisión, para ser compatible con una forma de *empresa reticular* que se lleva acabo a través de vínculos más bien jurídico-contractuales que económico-empresariales.

El mecanismo de externalización evidencia pues la multiplicidad directriz operacional en la cual se acumulan instrumentos técnico-jurídicos así como procesos económicos diferentes.

b1) En primer lugar, la externalización puede abarcar fases de expulsión y fases de *insourcing.* En resumidas cuentas, la actividad "dada fuera" se puede recomprar mediante contratos comerciales lo cual se puede describir como un desarrollo en dos fases, distintas según un punto de vista lógico y jurídico, pero coordenadas desde un punto de vista temporal y funcional. En la primera fase (externalización), la empresa cede a un tercero parte de ella misma (un segmento del establecimiento), constituido de edificios, máquinas, saber-hacer, y de personal. En la segunda fase, por contrato, la misma empresa vuelve a adquirir del cesionario el bien, el trabajo o el servicio producido para agregarlo de nuevo a su propio y complejo proceso productivo. Así es como se determina una sustitución progresiva de la producción interna mediante adquisición externa de bienes o de servicios realizados por terceros que gestionan ellos mismos los riesgos propios, pero a menudo mediante utilización de los mismos factores de producción que aquellos precedentemente empleados por el cedente.

b2) Además, la externalización se caracteriza por la tendencia que tiene la empresa a conservar algunas de las actividades de su *core business,* es decir del núcleo de competencias específicas excelentes. La empresa encarga a terceros cada vez más segmentos productivos en relación no tan sólo con las fases meramente auxiliares de la actividad principal, sino también cada vez más funciones centrales y delicadas muy cercanas al corazón del proceso productivo primario. Se desarrolla entonces el proceso hasta darle a la gran empresa ya no un papel esencialmente de producción directa, sino de gestión del mercado, de investigación y de innovación, de *general contractor*, es decir de mera coordinación de los resultados productivos de las otras empresas subcontratadas. En esta perspectiva, esto me recuerda un poco le historia proto-empresarial del mercante del siglo XV, Francesco di Marco Dantini, y de su holding con filiales por media Europa, o la del mercante capitalista quien, en la fase de la industrialización, vinculaba empresas artesanales dotada cada una de organización y empleados propios, y que comercializaba el producto acabado mediante el *outsourcing* de actividades y funciones diversas. Hay que decir (y jurídicamente es importante), que a menudo las actividades descentradas ofrecen una tasa baja de estructuras materiales. Esto explica la función empresarial relativa, sobre todo en la utilización de bienes inmateriales, o en momentos de pura organización de la utilización de la fuerza de trabajo (se piensa en los servicios de asistencia informática, en la actividad de investigación, en el estudio de proyectos, en el marketing, en la elaboración de datos, en la producción de software, así como en los tradicionales servicios generales) con un redimensionamiento correlativo de los elementos (equipos, implantaciones) que tradicionalmente identificaban a la empresa.

Todo esto produce una desverticalización que rompe los grandes ciclos integrados y autonomiza el *business unit* de la empresa, hace la apología del trabajo autónomo, dándoles así un espacio a los proveedores externos especializados. Las empresas se vuelven flexibles visto que soportan menos inversiones de cara a conocimientos específicos. La empresa fordista explota distribuyendo así sus diversas operaciones en el interior de la red. El mercado del trabajo se presenta de manera muy

segmentada y funciona por círculos concéntricos o coronas sucesivas. El núcleo de trabajadores estables no siempre representa el corazón profesional de la empresa, así como los gabinetes profesionales en los cuales los únicos asalariados subordinados desempeñan funciones de secretariado, los profesionales operan como *partners* o consultores. A través del suministro de obligaciones entre sujetos autónomos, que pueden ser trabajadores independientes, cooperativas de trabajo, pequeñas o medias empresas, *business units* de una gran empresa con una especialidad propia, etc., el gran monolito fordista tiende a fragmentarse en multitud de estructuras con mayor o menor autonomía económica y funcional.

b3)Por otra parte, la modificación de esta organización toma la forma de una "terciarización interna" efectuada a través de la cesión a terceros de partes del proceso productivo el cual permanece *intra moenia* en el perímetro de la empresa comitente, utilizando el mismo entorno tecnológico y material, y el mismo capital humano. Este fenómeno abarca la descentralización jurídico-funcional así como la exigencia opuesta de contigüidad espacial de las producciones. Estas formas de deslocalización internas a la fábrica pueden interesar no tan sólo una actividad secundaria y marginal (tal las empresas de limpieza, de mantenimiento o de transporte), sino también funciones centrales que atañen el corazón del sistema productivo. Por ejemplo, se cederá una línea de producción a una empresa tercera la cual la gestionará. De esta manera, las profesiones concernidas por el fenómeno permanecen "internas" a la organización y persiguen las finalidades de la empresa a pesar de la externalización jurídico-contractual de segmentos del ciclo productivo. El resultado más visible de estas operaciones es la presencia de una pluralidad de estructuras empresariales y de sus asalariados respectivos en una misma unidad productiva cuya morfología se vuelve semejante a una estructura aeroportuaria con multitud de empresas u organismos vinculados a actividades complementarias e incluso a veces co-esenciales al proceso productivo o de gestión primario.

b4) Las situaciones descritas hasta este momento conciernen la externalización organizacional o externalización de actividad o de *business.* Pero los procesos de descentralización, en el sentido amplio, incluyen también la contratación de la fuerza de trabajo los cuales forman parte íntegra del concepto de *insourcing*. Los fenómenos de trabajo temporal, de la distribución y del *staff leasing,* en constante expansión en todos los países, y otros tal el destino provisional y el *staff sharing* vistos desde un punto de vista organizacional, reflejan la construcción de mercados externos del trabajo listos para ser utilizados según las exigencias variables de la empresa por el bies de las formas contractuales mencionadas anteriormente. Estas formas contractuales pueden servir estrategias para re-inicializar *sub specie* formas de empleo fuera de los estándares o atípicas mediante aportes de trabajo que de otra manera implicarían contratos de trabajo subordinados clásicos. Aquí, no es la producción que se encuentra descentralizada sino la función de contratación del personal así como el titular de la relación de trabajo. Esta aspecto de descentralización productiva se ve reforzado por una flexibilidad interior cuyos vínculos con los procesos de externalización quedan muy claros (véase más abajo).

2. Los retos de la descentralización al derecho del trabajo

Los cambios descritos en la arquitectura organizacional tienen repercusiones jurídicas muy importantes que conciernen en primer lugar las formas y la dislocación del poder patronal y ponen en tela de juicio categorías conceptuales así como normas del derecho del trabajo importantes. Por ello conviene mantener especial atención en lo que se refiere a un material en equilibrio inestable entre los fenómenos de racionalización de la producción y el recelo histórico hacia los procesos de desarticulación de las estructuras empresariales.

Es fácil entender en el acto que los procesos de externalización alteran el marco de referencia de las normas y de las construcciones del derecho del trabajo al plantear, en función de las orientaciones doctrinales, por una parte el problema de la obsolescencia o del exceso de vínculos en el interior de las empresas, por otra, de la exigencia de una modificación o de un reforzamiento de las protecciones

tradicionales de los asalariados para que sean más adecuadas y eficaces. Es decir que, en presencia de las metamorfosis del capital, las normas del derecho del trabajo se encuentran en el centro de presiones diversas y divergentes que pueden dirigir hacia tal rumbo o tal otro en función de intereses opuestos, y posponiendo la validación del delicado equilibrio entre la exigencia de no penalizar *a priori* las operaciones de reorganización del sistema productivo y los objetivos de protección de los asalariados.

El derecho del trabajo, construido en el marco del modelo de la gran empresa integrada, no podía permanecer indiferente y no reaccionar frente a las estrategias de descentralización. Una sospecha que de hecho se atenuó cuando apareció una forma funcional y no fraudulenta del recurso a las externalizaciones, y en cierto modo esencial a la actual fase de desarrollo de las economías capitalistas avanzadas. Así, la legislación del trabajo, se orientó más o menos según los países, hacia una distinción de las hipótesis de descentralización ficticias de las sinceras, y hacia la salvaguardia de los derechos de los asalariados en vez de intentar poner obstáculo o penalizar *a priori* las opciones empresariales de segmentación del ciclo.

Estos procesos de externalización de la actividad económica le imponen al jurista que elabore nuevos esquemas cognitivos y de interpretación para poner en sintonía los datos normativos y los cambios sociales. La empresa tiende a cambiar su propia forma de organización. Una red segmentada recta comprende relaciones negociadas, la organización se hace más y más inmaterial y ligera, calificable de nuevo de manera contractual por una red de contratos comerciales y de trabajo interdependientes, llevando a la empresa a coordinar los diversos factores y flujos de producción en una óptica de "autonomía controlada". La permanencia frecuente *intra moenia* de las actividades terciarizadas provoca tensiones entre las categorías jurídicas consolidadas, modeladas sobre el doble estereotipo de la titularidad de la unidad productiva por una sola empresa (y así la exposición a un solo poder de dirección) y de la coincidencia entre las fronteras de la empresa y las jurídico-empresariales (mientras la empresa en red se compone de un *network* de sujetos jurídicamente distintos). En consecuencia, los procesos de externalización ponen directamente en tela de juicio las instituciones fundamentales del derecho del trabajo, cuya racionalidad normativa se encuentra afectada por este guión cambiante y factual. Por otra parte imponen exigencias de regulación de los campos tradicionalmente externos a la esfera del derecho del trabajo, pero de ahora en adelante definitivamente inscritos en un horizonte de reflexión laboralista. Nuevos y antiguos problemas se entrecruzan en una doble perspectiva en la cual la evolución estratégica y estructural de la empresa se convierte en un factor determinante para analizar los procesos normativos, con un impacto sobre los sistemas jurídicos destinado a intensificarse, pero, al mismo tiempo, los vínculos institucionales y normativos existentes condicionan a su vez la estructura y la estrategia de la empresa.

Así es posible individualizar por lo menos tres microáreas de investigación.

1) La primera considera propiamente las relaciones entre la racionalidad económica y la forma jurídica, y remite a las articulaciones tipológicas de la descentralización productiva, a los instrumentos normativos de los procesos de externalización, y al modo por el cual el derecho contribuye a configurar el fenómeno económico-organizacional. En realidad, al contrario de lo que pretende la teoría económica clásica que integra la empresa en el interior de un esquema conceptual sin valores -un mero algoritmo que asocia *input* y *output*-, la empresa no se mueve en un espacio exento de regulación, no resulta de una auto-organización espontánea del mercado, ni es una adaptación recíproca y espontánea entre actores económicos. La lógica económica de la empresa, centrada en valores de eficiencia, de productividad y de reducción de costes, debe enfrentarse a la racionalidad jurídica centrada en la protección de valores no económicos en relación con los derechos sociales fundamentales, en lo que al derecho del trabajo se refiere. Por esta razón, la descentralización productiva, con respeto a la regulación jurídica del fenómeno, establece sobre todo mecanismos de protección en contra de *interposiciones fraudulentas.* Esto plantea el problema de la sinceridad de la operación económica. El carácter reducido del ciclo productivo y la misma disposición topográfica de

las externalizaciones (además incluso, como lo vimos anteriormente, en el interior mismo de la organización), se pueden interpretar como indicaciones de poca consistencia y autonomía empresarial del contratista.

En resumidas cuentas, el campo en donde se plantean los clásicos problemas de la *legalidad de las prácticas de descentralización productiva,* que se pueden resumir por límites previstos o previsibles de la deslocalización productiva, va desde las históricas preocupaciones de contraste de los fenómenos patológicos de intermediación y de interposición (el *regateo*) en el mercado del trabajo, hasta las ambigüedades actuales de las normas relativas a la transferencia de empresa, las cuales, pensadas inicialmente para garantizar la conservación del valor de intercambio y del complejo transferido, se convierten hoy en día en un vector de la realización de un interés, en cierto respeto, opuesto, es decir le desagregación de la empresa a través de un programa de *reegineering* cuyo objetivo es hacer que la empresa adelgace, concentrándola sobre su *core business.*

Además, parece que es hora de que estos fenómenos de organización no se prejuzguen desfavorablemente. Se debe establecer una distinción clara entre los procesos de especialización flexible del aparato productivo respeto a la fisiología de las relaciones económico-sociales, y los fenómenos de descentralización simulada o fraudulenta que quisieran prescindir de las garantías laborales inscritas en el sistema jurídico. Estos fenómenos se caracterizan por la presencia de seudo contratistas, sin ninguna consistencia económica u organizacional y que a menudo representan una cadena de subcontratistas cuyos últimos anillos efectúan el trabajo peligroso y sumergido, o delegan a terceros las meras operaciones de adelgazamiento de la empresa. Generalmente, estas empresas interpuestas son de tamaño modesto y lo más a menudo, son "mono-comitentes", con todas las consecuencias que esto implica hacia la empresa madre en términos de dependencia económica. Por lo contrario, se dan casos "virtuosos" en las economías más maduras y prósperas en las cuales la descentralización no se ha fijado como meta la supresión de las garantías de los asalariados, sino tan sólo la optimización de la organización productiva. A menudo estas experiencias registran un fuerte crecimiento de la dimensión de las empresas contratistas, a tal extremo que, como ocurre en los EEUU, se constituyen entidades gigantescas especializadas en servicios a empresas y que a veces incluso integran una forma diversificada con el fin de ofrecer un conjunto de prestaciones (por ejemplo, el *global service*). En estos casos, la segmentación del proceso productivo no parece ser motivada por exigencias de costes inferiores sino por razones de eficiencia cualitativa del servicio prestado.

2) La segunda área de investigación concierne un aspecto fundamental de la deslocalización que tiene más que ver con la *estrategia jurídica* implícita de los fenómenos de externalización que con las razones técnico-organizativas vinculadas, y que puede ser descrita en términos de beneficio social - por parte del actor económico - de la autonomía del sistema jurídico o en la utilización de los centros de responsabilidad jurídica como factor constitutivo de la organización flexible, desverticalizada y reticular. La gran empresa puede beneficiarse de la externalización gracias a la posibilidad de interponer el diafragma de la personalidad jurídica inducida por la reflexividad del sistema jurídico entre ella y los ex asalariados, para transferir estratégicamente a la empresa contratista o al proveedor los riesgos económicos vinculados a las fluctuaciones del mercado y a la gestión de la fuerza de trabajo. Es conocida la dificultad del derecho del trabajo (pero no tan sólo de esta rama del derecho), ocupado por el esfuerzo de individualizar a un empleador responsable, para entender exactamente la sustancia de las relaciones entre empresas integradas más allá de la formulación jurídica que impone considerar una realidad autónoma .

Puede que sea pertinente ahora llevar a cabo algunas reflexiones doctrinales. La doctrina se ha preocupado mucho de la noción de grupo de empresas. Ha puesto de relieve la asimilación entre grupo y concentración/centralización y ha individualizado este fenómeno como una forma variable y modulable de flexibilización del concepto mismo de empresa y de empleador (*datore di lavoro*), ofreciendo la ventaja de ser utilizable tanto para centralizar que para descentralizar los lugares de toma de decisiones en el seno de la empresa, de tal manera que los criterios de imputación jurídica de las

relaciones laborales pierden, por lo menos del lado patronal, su tradicional carga de estabilidad y de certidumbre.

Richard Sennet escribió recientemente que la desigualdad es ahora el talón de Aquiles de la economía moderna. Sobre todo en las formas de descentralización formal caracterizada por vínculos funcionales y operacionales entre la empresa y su red exterior (pudiendo ser descrita como una relación entre un centro de decisión y una periferia no completamente autónoma), la externalización le permite a la unidad central gobernar la periferia en modo bien determinado, por lo cual la eliminación de los niveles intermediarios elimina la cadena de la comunicación del poder empresarial, y la empresa puede controlar mejor los procesos de producción y de trabajo que se desarrollan en ella por mecanismos de coordinación contractual. La distancia, no geográfica sino jurídica, inducida por los mecanismos de descentralización entre el centro y la periferia, entre el centro de ganancias y de poder y el trabajo diseminado a lo largo de la cadena, puede *por un lado,* llevar a un aumento de la desigualdad de las condiciones de trabajo (aumento de la flexibilidad y de la precariedad, véase más abajo) y *por otro,* le va quitando cada vez más responsabilidad al centro. La descentralización y los acuerdos contractuales que la sostienen ponen en tela de juicio el tema de la transferencia del riesgo, el cual constituye un criterio importante de legitimidad o de ilegitimidad de la operación económica, ya que no hay que olvidar que los acuerdos contractuales destinados únicamente a trasladar los riesgos internos hacia terceros consienten un ahorro ilegítimo de los costes. La empresa principal (la que externaliza) debería en algunos casos ser considerada como única responsable. Por otro lado, la cuestión de la transferencia del riesgo afecta también a las figuras más "virtuosas" de la externalización, en el sentido que, si es cierto que el contrato de trabajo se puede concebir como un acuerdo para el reparto de los riesgos, la descentralización productiva opera seguramente una redistribución de los riesgos, la cual debería en principio, tener como consecuencia una redistribución de la responsabilidad, no sólo en las formas de solidaridad obligatoria de tipo indemnización *ex post* - que garantizan al trabajador-acreedor una pluralidad de deudores, como sucede para los créditos del trabajador en los procesos de licitaciones y de transferencia de empresa-, sino también en las formas de un verdadero y propio *co, o pluri « datorialità »,* cuya finalidad es recomponer una geografía diseminada y descompuesta a lo largo de la nueva cadena de valor. Se evidenciaron hipótesis similares de recomposición en la teoría del *polycorporatist network* como único *corporate actor* en hipótesis específicas. Los sistemas de *common law* conocen así la responsabilidad de la *principal enterprise,* para los riesgos vinculados al entorno de trabajo con respeto a los asalariados del *contractor (affiliated companies*) o en el caso de grupos de empresas en las cuales el juez puede levantar el velo y cualificar dos o más empresas formalmente independientes como *associated employer.* Los sistemas de *civil* law, como en Francia, permiten en algunas hipótesis de regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, "ir más allá en cierta medida, del marco estricto de la personalidad moral", individualizando reglas de atribución de la calidad y de la responsabilidad del empleador a una pluralidad de sujetos jurídicamente diferenciados, sea en los fenómenos de grupo, sea, por extensión, en casos de externalización (transferencia de empresa, subcontratación) cada vez que entre el cedente y el cesionario/contratista se verifica una mezcla de las atribuciones y una ingerencia del primero en la gestión del segundo. Los recorridos de recomposición que se pueden describir como senderos embrionarios ininterrumpidos por la dificultad de identificar los criterios seguros de justificación de la corresponsabilidad, podrían desembocar favorablemente gracias a la acción sindical, si esta no fuese puesta en tela de juicio por el proceso que debiera regular. En efecto, el plan de las instituciones contractuales colectivas debe también ser considerado susceptible de una evolución problemática de la acción contractual colectiva clásica hacia formas de micro contratos colectivos, o incluso directamente de individualización de los contratos (véase más abajo 1.6). Los fenómenos de recomposición son particularmente problemáticos para las empresas en red en un sentido estricto (unidad de vínculo voluntario, revocable y no implicando participación financiera), o, como fue observado recientemente, "estas nuevas formas de organización permanecen esencialmente como un desierto para el derecho del trabajo y la negociación colectiva".

3) El nuevo modo de concepción de la organización y las nuevas modalidades de conexiones reticulares posibilitan lo que llamamos en lenguaje empresarial, la simplificación (*delayering)* de las instituciones. Al externalizar las funciones hacia otras empresas, y al deslocalizar otras, la empresa puede eliminar niveles jerárquicos y funciones en el interior de la organización. El efecto es doble y cuestiona la problemática de la calificación de las relaciones de trabajo reconfiguradas en la nueva geografía diseñada por la descentralización, y los temas de articulación y de modulación de las protecciones, en gran parte construidos sobre un sistema binario basado en la exclusión de cada garantía para todas las formas de actividad de trabajo que no se pueden cualificar de trabajo subordinado.

La "*causalizzazione*" del trabajo inducida por los procesos de descentralización concierne, de hecho, bien al recurso a prestatarios ocasionales, independientes, subcontratistas, que dibujan una geografía del nuevo trabajo autónomo (los analistas ponen en esta categoría a los profesionales de los *network* globales hasta nuevas áreas de vulnerabilidad y de desclasificación a la periferia de las estructuras sociales), bien a la estructura interna que afecta al asalariado subordinado, con un aumento a plazo de los contratos precarios, de la sumisión de la mano de obra, de los trabajos atípicos. El efecto producido es el de una desestructuración del trabajo subordinado clásico, que se puede resumir en la fórmula "crisis de la subordinación" o "nacimiento de un trabajo autónomo de una nueva generación" (véase más abajo § 1.3.5).

Aquí tampoco el análisis no debe descartar *a priopri* la novedad. Hay que buscar soluciones de moderación que tomen en cuenta los factores positivos de los esquemas de descomposición de la empresa, valorizando la especialización flexible y la lógica de filial, y que garanticen a la par la reducción progresiva de los riesgos de flexibilización incontrolada y de precarización del trabajo que puede ser inducida por la descentralización. La empresa post-fordista, basada en vínculos jerárquicos débiles o en conexiones entre *links* de la red, genera su propia flexibilidad organizativa al utilizar prestaciones de servicios deducidas bajo forma de contrato de trabajo coordenado, de empresas, de subcontratistas, de *outsourcing*, etc., en un guión en el cual las distinciones entre las tipologías de negociación y las cualidades subjetivas de los co-contratantes son a cada vez menos definidas, y por ello plantean la necesidad de intervenciones correctivas de las situaciones de debilidad económico-contractuales entre sujetos, más allá de las tradicionales distinciones entre subordinación y autonomía. Con la cuestión de las fronteras de la empresa se plantea, pues, el tema de la dependencia económica a lo largo de la cadena de valor, sobre todo en las relaciones de casi-integración, tema que abre nuevos horizontes de investigación.

3. Las instituciones jurídicas de la descentralización productiva

Desde un punto de vista jurídico-institucional, el fenómeno de la descentralización productiva no es una *tabula rasa.* El derecho del trabajo y sus instituciones representan a la vez instrumentos de organización y de regulación de la descentralización productiva, la cual se puede articular a través de mecanismos y de técnicas distintas que varían de un país a otro, y a menudo muy diversificadas aún para un mismo territorio, e incluso a veces en una misma empresa. En lo que concierne el aspecto jurídico, el fenómeno de la descentralización se presenta en primer lugar, según una orientación frecuente de las cortes supremas, como una manifestación de la libertad de iniciativa económica, que figura en la mayor parte de las constituciones (artículo 41 de la constitución italiana, artículo 38 de la constitución española, artículos 14, 17 y 19 de la constitución argentina, etc.). A la par, la función tradicional del derecho del trabajo consiste en equilibrar adecuadamente estas libertades con los derechos de los trabajadores. Estos también se reconocen a nivel nacional constitucional, a nivel de ámbitos regionales supranacionales (Comunidad Europea), y a nivel internacional (OIT). Por lo tanto, las transformaciones socio-organizativas de la empresa y el rumbo que toman no representan hechos socialmente neutros, tal y como se describen a menudo, en una óptica de determinismo tecnológico.

La organización no es tan sólo el resultado de una acción organizacional, sino que es sobre todo la acción organizacional misma, es decir el ejercicio del poder empresarial. Un poder cuya limitación, reglamentación y combinación son históricamente las finalidades del derecho del trabajo, y que también combina con exigencias diversas.

De manera general, refiriéndose a todos los países examinados, se puede decir que tras un siglo caracterizado por una organización industrial tendiendo hacia la integración vertical de la producción, se asiste hoy en día desde hace más de veinte años, a un fenómeno de desmembramiento de los grandes complejos industriales, apoyado por una estrategia empresarial orientada hacia la sustitución de las relaciones subordinadas por redes contractuales de tipo comercial (*subcontracting, franchising, concessions, etc.).* En la nueva economía, los sistemas de organización de la empresa y los sistemas de colaboración internos y externos pueden ser de naturaleza distinta, articulándose a través de vínculos más o menos intensos, más o menos institucionalizados, más o menos estables. De la misma manera, se presentan en forma diferenciada las relaciones jurídicas que unen entre ellas las empresas que conservan, al menos a nivel de la personalidad jurídica, una autonomía propia.

Estos vínculos contractuales, que implican también al derecho civil y al derecho comercial, así como al derecho administrativo cuando las externalizaciones conciernen al sector público, se desarrollan habitualmente en ámbitos totalmente externos al derecho del trabajo, huyendo a menudo de su aparato normativo.

A pesar de la ausencia de cifras o de estadísticas precisas, el fenómeno de la descentralización se desarrolla en todos los países estudiados, con un crecimiento intenso, en estos últimos años, de intensidad y de geometría variables, modificando las particularidades territoriales, económicas y normativas de todos los sectores productivos. Procesos de externalización de segmentos se verifican en los sectores públicos y privados, aun para las actividades auxiliares o accesorias - sean de bajo valor añadido como la vigilancia, la limpieza, la restauración colectiva, los trasportes, sean de alto valor añadido, como el marketing, los servicios informáticos, comerciales y financieros -, pero también para las actividades constitutivas de una parte importante de la actividad principal de la empresa. A veces, la progresiva centralidad de lo inmaterial llega hasta el punto de convertir en estratégica la única valorización - y el control que conlleva - de un mercado, mientras la producción material puede volverse marginal, pudiendo ser, en teoría, completamente externalizada. Retomando una reflexión de Emmanuel Dockès, parece posible decir, hoy en día, que la hipótesis de una empresa sin producción, ni asalariados, dueña de marcas y que tan sólo firmase contratos con los productores por una parte, y con los comerciantes por otra parte, ya no es una hipótesis de escuela.

3.1 Si la fase expulsiva no contempla renunciar al segmento productivo, sino confiárselo a un sujeto autónomo presente en el mercado, o recientemente constituido, la externalización se efectúa mediante un instrumento jurídico principal, la *transferencia de empresa o de rama de empresa.* En este caso existe una serie de disposiciones relativas a la sucesión de contratos de trabajo y al mantenimiento de los derechos de los asalariados en nombre del principio de insensibilidad de la relación de trabajo a los avatares vitales de la empresa. El recurso al procedimiento de transferencia de empresa es la consecuencia directa de la calificación de la operación expulsiva, cuyas bases y cánones interpretativos resultan de las jurisprudencias y de las doctrinas nacionales, o también para los países europeos, de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la definición normativa de la directiva 2001/23/CE del 12 de marzo de 2001. Por otra parte, los mecanismos de protección previstos por el derecho del trabajo tienden en ciertos casos a sufrir una inversión paradójica de sus finalidades, especialmente cuando los procedimientos de transferencia de empresa adquieren una función expulsiva que consiente en despedir automáticamente a los asalariados de la rama cedida sin su consentimiento y sin que se observe el procedimiento de despido colectivo por exceso del personal. Esto cuestiona de manera crítica el control de los tipos de excepciones, es decir la evaluación de la congruencia entre la forma jurídica de la transferencia y la realidad económico-organizativa de la externalización para averiguar las características de la entidad económica transferida. Una alternancia

de interpretaciones flexibles o más rigurosas en lo que concierne a las cualidades (en particular, la autonomía funcional o la gestión de la unidad económica, que esta sea principal o secundaria) extienden o restriñen el campo de aplicación del proceso, amplificando o limitando el efecto automático de la externalización.

3.2 Al lado de normas, que de una manera u otra, facilitan la descentralización de los procesos productivos (especialmente por la flexibilización de reglas de transferencia de la empresa y de licitaciones), se encuentran otras disposiciones cuya característica es liberalizar las posibilidades para el empleador de actuar con otros asalariados, es decir de utilizar y de dirigir en el interior de su propia organización productiva trabajadores dependientes de otros empleadores, sin asumir todas las responsabilidades patronales. Se piensa en el suministro de mano de obra en sus múltiples variantes y en el destino provisional. Estas instituciones que no respetan los principios de base del derecho del trabajo - el cual postula la imputación de la relación al que dirige y organiza a los asalariados utilizados en su empresa – dan lugar a una escisión entre la utilización y la dirección de la actividad de trabajo (garantizada por la empresa usuaria en beneficio del trabajador con destino temporal) y la titularidad de la relación (que permanece en manos de la empresa la cual gestiona al trabajador con destino temporal). Esto provoca derogaciones evidentes respeto a la prohibición de mera interposición o de alquiler de los trabajadores que se encuentra en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Progresivamente, el trabajador se asimila a los demás medios de producción. Así como para el capital, las herramientas o las fábricas, procuradas por contrato, el empleador encuentra la fuerza de trabajo no mediante una relación de dependencia directa, sino a través de las formas de integración del proceso productivo diversas del contrato de trabajo asalariado subordinado (alquiler, préstamo, trabajo subordinado, etc.).

Entre estas modalidades de empleo se encuentran en particular los suministros *de mano de obra (somministrazione di mano d'opera).* En la mayoría de los casos, el derecho nacional y la doctrina laboral hablan de trabajo temporal, ya que el recurso al suministro de mano de obra es legítimo para satisfacer exigencias temporales de la empresa usuaria. Pero, ciertos ordenamientos jurídicos pueden prever el recurso a tal mano de obra por un plazo indeterminado, por ejemplo en el caso del *staff leasing* en EEUU, o de la *somministrazione a tempo indeterminato* recientemente introducida por el legislador italiano mediante el decreto-ley n°276/2003, el cual implementa una ley delegada en materia de reforma del mercado del trabajo de la legislatura precedente, y que afecta a una serie de actividades previstas por la ley (véase los convenios colectivos).

En la gran mayoría de los países examinados, el suministro no representa la forma más significativa de descentralización productiva, ni la más preocupante por lo que se refiere a los derechos de los trabajadores. De hecho, el trabajo suministrado constituye casi siempre un objeto de regulación analítica para el legislador, el cual prevé sistemas de acreditación para las agencias que proporcionan la mano de obra, prohibiciones de discriminación con respeto a los demás asalariados, formas de responsabilidades solidarias entre proveedores y usuarios para los créditos de los asalariados, con sistemas estrictos de sanción.

Siempre en el ámbito de las instituciones que autorizan la utilización y la dirección de trabajadores por terceros, pero con la específica función de facilitar la circulación de asalariados entre empresas, se encuentra el *destino provisional (distacco o commando).* Gracias a esta herramienta, el empleador envía a un asalariado suyo para que desempeñe una prestación de servicio en otra empresa, la cual se vuelve destinataria de la prestación laboral y ejerce un poder de dirección y de control sobre el trabajador, aunque éste permanezca como asalariado de la primera empresa.

Aparentemente similar, pero muy distinto desde un punto de vista conceptual, se encuentra la hipótesis del *destino provisional inadecuado (distacco improprio*), en el cual se realiza un mero desplazamiento del trabajador, llamado a efectuar su actividad con un tercero que no asume ningún poder de dirección o de control. No hay aquí transferencia de poder de dirección del empleador. Por lo

general, esta hipótesis se realiza cuando una empresa efectúa para otra empresa y a través de un contrato comercial, una prestación de servicio especializada.

3.3 Las diversas esferas de contratación y subcontratación (*appalti e sub-appalti)*, que se producen con motivo de la transferencia de rama de empresa, están menos reglamentadas. Más exactamente, existen importantes diferencias en las reglamentaciones de los países que, contrarrestando el auge de desresponsabilización del contratante gracias a las estipulaciones contractuales, convergen, en modo variable, hacia la protección de los créditos y de los derechos de los trabajadores. Se le puede imputar al comitente o contratante la titularidad de la relación de trabajo en cuestión, en forma exclusiva (lo cual sucede cuando la adjudicación cubre una tentativa de desresponsabilización fraudulenta), o compartida según el régimen de co-empleadores (se piensa aquí en la *Joint Employment doctrine* difundida en EEUU). En algunos países (Turquía por ejemplo), la falta de confianza en estas formas de descentralización conduce si no a prohibirlas, por lo menos a restringirlas a algunos sectores productivos. Más frecuentemente, en presencia de contratas reconocidas como sinceras, se prevé una simple co-responsabilización del contratante en lo que se refiere a ciertos aspectos del tratamiento económico y/o normativo debido al asalariado, como por ejemplo el salario equivalente al de los trabajadores del contratante, en nombre del principio de la igualdad de tratamiento. También hay que decir que en ciertos países, esencialmente en aquellos de tradición anglosajona, la distinción entre contrata sincera y contrata ficticia es desconocida. Estos derechos no distinguen las situaciones de préstamo de mano de obra entre ellas, aún cuando no las efectúen agencias habilitadas, previendo tan sólo algunas garantías de orden general para los asalariados.

La cuestión de la adjudicación se cruza con la problemática de la empresa red, precisamente cuando la relación inter-empresas comporta una fuerte ingerencia de la empresa madre en las selecciones de producción de organización del trabajo de las empresas del *network.*

3.4 Si el sistema de contratas prevalece en los sectores industriales, en la distribución comercial se nota la difusión de otro instrumento, el *franchising.* Se trata de una forma contractual que en derecho positivo es desconocida (sin reglamentación) en una inmensa mayoría de países: los ordenamientos jurídicos dejan a las partes una gran libertad en la selección de las estipulaciones. Se trata de un contrato atípico y marginal, pero que cobra más y más importancia social, pues es conocido y utilizado en todo el mundo.

En las relaciones contractuales del *franchising*, en particular para el sistema de concesión de venta en exclusividad, a menudo, una serie de condiciones son impuestas al concesionario en la realización de su actividad comercial. Estas condiciones pueden tener una incidencia sobre las relaciones de trabajo de los asalariados del *franchisee* cuando, el *franchisor* no tiene ninguna relación jurídica con ellos, y no se le puede interponer ninguna demanda en justicia (excepto en caso de fraude comprobado, o de aplicación de una disposición previendo una responsabilidad solidaria).

3.5 De cierta manera, el *teletrabajo* también puede ser considerado como una forma de descentralización de la producción puesto que esta relación de trabajo representa una forma de descentralización de algunas actividades de trabajo fuera de la sede principal de la empresa. Esta forma especial de descentralización que se encuentra sobre todo en el sector de los servicios, en particular los informáticos, no atrajo la atención del legislador. En algunos países, se encuentran algunos textos específicos aplicables al teletrabajo a menudo en referencia al trabajo a domicilio. A menudo ocurre que la envoltura contractual de este tipo de relaciones laborales sea la del trabajo autónomo *sin más*.

3.6 El recurso al trabajo autónomo constituye una posibilidad bastante importante de los procesos de externalización productiva. Se trata del último eslabón de la cadena de descentralización, y, más precisamente, de un segmento de la actividad de la empresa, a favor de una persona física única. Estas consideraciones se pueden generalizar para todas las formas de trabajo autónomo ejecutado de manera continua y con predominio personal a favor de un empleador (*commmittente)* único o principal,

por parte de un prestatario que se compromete en efectuar la actividad convenida con modalidades diferentes de aquellas especificadas al contrato de trabajo subordinado.

A partir del final de los años 1980, muchos estudios pusieron de relieve el auge de sustitutos (formas de sustitución) comerciales del trabajo subordinado "interno" de la empresa. Tal proceso estaba justificado en virtud de factores diversos, tanto de naturaleza subjetiva, es decir en referencia a la preferencia de los trabajadores mismos por formas de empleo diferentes de las relaciones de trabajo subordinado, como de naturaleza objetiva, alusión hecha a las características morfológicas de las nuevas realidades empresariales, llevadas a preferir las relaciones de tipo comercial con el doble objetivo de reducir costes y, a la par, responsabilizar a los prestatarios al descargar en ellos de una parte mayor o menor de los riesgos empresariales.

Si es cierto que existe y seguirá existiendo en el futuro una parte de trabajo autónomo extraño al fenómeno de descentralizacion de la producción, una parte notable del trabajo autónomo de nueva generación se encuentra comprometido en ello, como lo demuestra tanto la expansión del trabajo económicamente dependiente ya desarrollado (y a veces reglamentado) en muchos países europeos, como el auge de los *independent contractors* de los países anglo-sajones, los cuales, como subraya el informe USA, están representados, en gran parte, por trabajadores que en el pasado efectuaban las mismas tareas, en la misma empresa, con la calificación de *employees* , o bien, más generalmente, la multiplicación de trabajadores que, sin vínculo de subordinación, ejercen su actividad propia en forma continuada (*continuativa*) y coordenada, por cuenta de un cliente exclusivo o principal del cual dependen económicamente.

Estas formas de trabajo independiente de nueva generación no deben por otra parte ser confundidas con el fenómeno de falso trabajo autónomo que no obstante representa un segmento substancial del proceso iniciado por las deslocalizaciones de la producción. Excepto los casos de fraude, desde el punto de vista técnico-jurídico no se crea una situación de subordinación, aunque en el plan sociológico y económico da lugar a una situación que se puede cualificar por los términos de *dependencia económica*.

4. Las relaciones entre las empresas

El fenómeno de descentralización de la producción sitúa al jurista frente a la necesidad de analizar los *networks* organizacionales. Estos se constituyen mediante relaciones comerciales y contractuales que vinculan entre sí a empresas jurídicamente independientes. Se multiplican y se llevan a cabo (*implementati*) como consecuencia de los procesos de descomposición y de descentración de la producción post-fordista, los cuales se presentan por otra parte de manera altamente diferenciada. Pero, un mínimo denominador común se puede hallar en la función de *coordinación contractual*, que asegura, desde el punto de vista económico y jurídico, la homogeneidad cualitativa entre las transacciones de "*mercado"* y las relaciones jerárquicas, y cambia la imagen misma de la empresa, que viene a ser el punto de conexión de una multiplicidad de obligaciones contractuales, no sólo internas, sino también y sobre todo, externas. El contrato comercial se convierte así en el requisito de base para asegurar la integración entre sujetos económicos y para asegurar la coordinación entre factores de producción, bienes materiales y recursos humanos, necesarios a la realización del producto/servicio que se pondrá en el mercado. La continuidad de las relaciones entre las empresas se garantiza mediante acuerdos estructurados temporalmente.

Hay un primer elemento subrayado en todos los informes nacionales que se debe confirmar: hoy en día, las grandes empresas tienden a externalizar no sólo los servicios secundarios de bajo valor añadido (desde la limpieza hasta los servicios de vigilancia) u otros de alto e incluso muy alto valor añadido como el sector del marketing o los servicios financieros e informáticos, sino también los segmentos que tienen más o menos que ver con el ciclo productivo; esto se produce gracias a las

nuevas tecnologías que permiten controlar y dirigir el proceso de producción, conservando tan sólo el *core business* (*le noyau dur* o *el corazón*, como consta en los informes en castellano).

Más allá de este denominador común es bastante difícil identificar modelos invariables o tendencias claras en el panorama internacional, dado que es bastante frecuente que las empresas, para regular sus relaciones, recurran a formas contractuales atípicas adoptando, caso por caso, la regulación de sus intereses recíprocos que se puedan adaptar mayoritariamente a sus propias exigencias de organización específica.

Un esfuerzo de clasificación, facilitado por las consideraciones desarrolladas en algunos informes particularmente completos y argumentados, como el informe español o el argentino, conducen a individualizar un primer modelo, probablemente dominante, denominado: *subcontratación dependiente.*

Se trata de un modelo particularmente difundido sobre todo en ciertos sectores importantes, como el metal (del sector automóvil hasta las construcciones navales), el sector financiero (desde los bancos hasta los seguros), las telecomunicaciones, trasportes, energía - en el cual la empresa madre mantiene un estrecho control sobre las empresas auxiliares, las cuales, aunque con accionariado independiente, están fuertemente condicionadas por la relación mercante predominante o exclusiva que las vincula a la principal.

Para expresar y describir este tipo de relaciones comerciales como, sobre todo, la larga duración de la relación contractual y el carácter incompleto de la regla negociada, fue elaborada desde hace tiempo la *Relational Contract Theory.* En los "contratos relacionales" se encuentra pues, por una parte la regulación de los intereses fijada por las partes en el contrato, y por otra parte un poder unilateral confiado a una de ellas, poder que se ejerce entre el momento de la conclusión del acuerdo y el momento efectivo del intercambio y que perdura según la relación contractual. A este propósito, a partir del principio de los años 90, se empezó a hablar con insistencia creciente de relaciones de tipo híbrido, a caballo entre mercado y jerarquía, destinadas a instituir verdaderos y propios sistemas de gobernanza privada.

No obstante, conviene evitar el prejuicio según el cual este modelo de descentralización "formal" (*formale*) representaría la única tipología de organizaciones compleja.

El modelo, particularmente importante y difuso, de la empresa en red horizontal delimita un sistema organizacional - o de gobernanza - policéntrica, en la cual las relaciones entre las empresas no son organizadas por el predominio de una o de varias sobre las otras. En este ámbito, la cooperación y la federación prevalecen sobre la jerarquía, incitando a cada sector a que valorice sus propias competencias y a extender su propio mercado, sacando beneficio de las relaciones que las empresas mantienen sea entre sí, sea con el ámbito exterior. Los ejemplos más conocidos y más contundentes de empresas en red los que representan los *distritos industriales* (*distritti industriali*), en donde se comparten a menudo servicios, infraestructuras, y, a veces, *know-how* (patentes, licencias, investigación, etc.), entre sujetos que son y que permanecen jurídicamente autónomos, no tan sólo en lo que se refiere a la personalidad jurídica, sino también en el plano económico y financiero, con todo lo que esto acarrea en lo que se refiere a la imputación de las responsabilidades que derivan de las relaciones de trabajo.

En algunos países como en Italia, la experiencia de los distritos aparece limitada a tan sólo algunas zonas del territorio nacional, mientras que en España, los *polígonos industriales* están presentes en sectores muy específicos (algunos centros comerciales que comparten algunos de los servicios). Estas formas de distritos de trabajo en red dieron recientemente lugar a lo que hay que llamar "empresas de servicios" o "empresas multiservicios", las cuales - estructuradas interiormente bajo forma de grupo de empresas - pueden suministrar a una empresa principal una serie de servicios estructurados (*articolati).* Las organizaciones reticulares de tipo horizontal son numéricamente menos importantes que los ejemplos del primer tipo, entre mercado y jerarquía. Pero, aún en los casos de empresas que descentralizan recurriendo al sistema de contratas (*appalti*) y servicios externos, no siempre se

encuentra el control ni el predominio de la empresa que externaliza. Un fenómeno particularmente interesante es el de las grandes empresas multiservicios, las cuales a menudo cuentan más empleados que el comitente o contratrista (*committente)* y venden sus servicios propios a más clientes. En estos casos el nivel de control de la empresa principal con respeto al de las empresas auxiliares se reduce considerablemente. No es fácil establecer cual el sujeto más sólido y más fuerte en la relación contractual, o decidir cual es la empresa capaz de ofrecer las mejores garantías desde punto de vista del trabajo.

5. Una síntesis conceptual de las relaciones triangulares que presiden la descentralización

Dejando de lado la excepción de la transmisión de empresa que presenta, gracias también a las normas comunitarias, un aspecto estable (*assestata)* y relativamente homogéneo, las relaciones inter-empresas a través de las cuales se realiza el proceso de descentralización se caracterizan por el polimorfismo más acabado en sintonía (armonía) con la creatividad y la capacidad mimética del mecanismo capitalista. Sin embargo, teniendo en cuenta cierto grado de aproximación debido a obvias diferencias estructurales y a definiciones presentes en diversas consideraciones observadas, aparece oportuno, también para facilitar la lectura de las síntesis descriptivas de los capítulos siguientes, trazar las líneas de un esquema elemental conceptual apto para ordenar y distinguir las excepciones triangulares de base, antes incluso de repasar las reglamentaciones jurídicas que les son atribuidas en los distintos países. Efectivamente, los modos de cooperación y los vínculos jurídicos entre las empresas son muy diversos y se declinan a través de tipologías contractuales distintas, lo más frecuentemente extranjeras al derecho del trabajo y pertenecientes al derecho civil, mercantil y administrativo.

Se debe hacer una primera distinción entre al caso de contratación (*appalto*) (o de contratos similares) y el de la pura interposición o préstamo-alquiler de la mano de obra. El primero se caracteriza por el hecho que el contratista (*appaltatore*) o la empresa auxiliar (subcontratista) aportan un *quid pluris*, un valor añadido con respeto tan sólo a la puesta a disposición de personal, ya sea en términos de estructuras organizadas de empresas (instalaciones, herramienta, etc.) o en términos de dirección efectiva y de organización de trabajadores implicados en la obra objeto de la contrata. Esta se realiza con su propia organización y bajo sus propios riesgos, aún cuando se efectúa en los locales del comitente (*committente*) o empresa "principal" (véase el punto 4 del cuestionario). La contrata cruza la problemática de las redes de empresas cuando la empresa principal descentraliza su actividad propia hacia una serie de empresas más o menos subordinadas y vinculadas por relaciones empresariales; y se encuentra con el trabajo autónomo cuando la obra o el servicio son confiados a un profesional o a un *team* de profesionales (Véase en el Reino-Unido el *project-based business organisation*).

Por lo contrario, hay **mera interposición (*mera interposizione*)** - prohibida en la mayoría de los países - cuando el seudo contratista (*appaltatore*) se limita a contratar personal que luego se manda a trabajar exclusivamente en la esfera de dirección y de organización de la empresa contratante (*committente)*, en algunos países se considera también el caso de una utilización y una dirección simultanea por varias empresas "de grupo".

La interposición se vuelve no obstante lícita, y constituye una excepción, cuando se realiza, coordinada con **el suministro del trabajo a través de Agencias especializadas** (para el suministro de trabajo temporal). La acreditación previa ante de las entidades públicas, previendo garantías adecuadas de naturaleza financiera, moral, etc., reduce las posibilidades de fraudes internos a esta tipología triangular. Este caso se caracteriza, pues, por la (legítima) disociación entre el ejercicio de poderes de dirección y de control de los trabajadores, que le incumben a la empresa usuaria, y la

titularidad de la relación de trabajo, que permanece a cargo de la agencia proveedora (cf. El punto 5.b del cuestionario)

Una disociación análoga, en vías de derogación a la prohibición de interposición, se presenta en el **destino provisional** o en las formas similares de préstamo de mano de obra, entre empresas que a menudo pero no siempre, son "de grupo", en las cuales el préstamo de algunos asalariados se concede bajo ciertas condiciones, de las cuales la más recurrente es que sea temporal (cf. el punto 5.a del cuestionario).

El caso del envío de trabajadores (por lo general con la maquinaria con la cual trabajan) a otras empresas es muy distinto aunque parezca semejante. No comporta una deslocalzación de los poderes de dirección y de control que continúan en manos de la empresa que los envía. Este es de nuevo el caso de una contrata lícita aunque se desarrolle *intra meonia* del beneficiario. Este es el caso, por ejemplo, de las contratas lícitas de las *public private partnership* inglesas, en las cuales una empresa privada a cargo del mantenimiento y de la limpieza de un edificio (escuela, hospital) que primero construyó y luego lo alquiló a un organismo público.

Naturalmente, estas distinciones desaparecen en las organizaciones que, en una óptica de liberalización máxima de la producción, tienden a legitimar en principio cualquier préstamo de mano de obra sin ningún valor añadido o se proponen tan sólo implementar algunos soportes previos a favor de los trabajadores concernidos.

6. El impacto sobre las relaciones individuales

Aun teniendo en cuenta la heterogeneidad de las causas que empujan a las empresas a descentralizar su producción, este fenómeno tal y como aparece en la mayoría de los informes nacionales -en referencia sobre todo a los procesos de deslocalización más allá de las fronteras territoriales de los países en los cuales la empresa madre tiene su sede -, se ve a menudo orientado hacia la reducción de costes, en particular de las cargas relacionadas con el coste del trabajo.

Este aspecto aparece igualmente cuando nos referimos al fenómeno de sustitución de las relaciones de trabajo asalariado por formas de trabajo autónomo, de forma sincera o simulada, ya que en el marco de tales relaciones contractuales, por una serie de razones que serán analizadas más adelante (Véase infra § 5), los trabajadores disponen de garantías económicas y jurídicas notablemente inferiores a las garantizadas por el derecho del trabajo a los asalariados subordinados. A estas desventajas, se añade la desaparición por parte del empleador del deber de asumir todas las obligaciones relacionadas con las contribuciones sociales y de seguridad previstas para el trabajo subordinado. El coste del trabajo autónomo se vuelve así a menudo muy inferior al coste del empleo de un asalariado.

Diversas consideraciones son aplicables a los trabajadores suministrados (*somministrati*). Aquí el recurso a la mano de obra proporcionada por una empresa que suministra personal o por una agencia de trabajo temporal, encuentra sus motivaciones en aspectos y elementos distintos de la sencilla reducción de costes. Estos son usualmente más importantes que aquellos que derivarían de una contratación directa, a causa de las compensaciones percibidas por el intermediario.

El elemento de coste del trabajo vuelve a ser central si uno se refiere al fenómeno de cesión de rama de empresa y al recurso a las contratas, cuya finalidad es asegurar a la empresa cedente los servicios efectuados por los trabajadores de la rama objeto de la cesión. En este caso, a causa de la reglamentación colectiva diferente que puede resultar de ello, y en ausencia de normas destinadas a asegurar una paridad de tratamiento entre los trabajadores empleados por el contratante (*appaltente)* y los prestatarios de trabajo que dependen del contratista (*appaltatore*), o de disposiciones destinadas a instituir regimenes de solidaridad pasiva para créditos vinculados al trabajo (*crediti da lavoro*), las

economías para la empresa madre pueden ser muy importantes tanto en términos costes como en términos de responsabilidad.

Se trata aquí de términos "clásicos" con los cuales los juristas del trabajo se han enfrentado varias veces en los últimos años. Sin embargo, el tema de la descentralización sugiere ideas (*spunti*) bastante interesantes en lo relativo a otras problemáticas que merecerían ser estudiadas más profundamente cuando se examina el impacto de los procesos de externalización sobre las relaciones individuales de trabajo. Nos referimos especialmente a los elementos de descentralización productiva (como la flexibilidad de la organización) que concurren a albergar el *marco temporal de la organización* y, con ellas, relaciones de trabajo activadas por la empresa, y que conducen a pensar en los efectos negativos de los procesos de descentralización en relación con la estabilidad de las relaciones de trabajo. Los informes nacionales evidencian este fenómeno, y muestran (*individuano)* un vínculo entre proceso de externalización productiva y crecimiento, notable a veces, de la tasa de empleo temporal.

En España, la tasa de *temporalidad* se sitúa hoy en día por encima de 30% de la fuerza de trabajo globalmente empleada mientras en países como Italia, en donde estos datos son relativamente bajos y de todas formas inferiores a la media europea, una encuesta llevada recientemente por el más influyente de los institutos estadísticos (Rapport Istat, marzo 2006) señaló que la mitad de los jóvenes que entraron en el mercado del trabajo en el último semestre de 2005, fueron contratados mediante contratos de trabajo temporal. El aumento del empleo temporal es todavía más visible, aunque con características distintas, en Gran Bretaña y en EEUU en donde el trabajo ocasional es el sector del mercado del trabajo con mayor crecimiento y en donde, aun en ausencia de contratos de trabajo temporal, el principio de *l'employment at will* significa que, por lo general, todo empleado puede ser despedido en cualquier momento. Entre los muchos estudios efectuados sobre este tema, se puede citar la *Current Population Survey* (CPS) del departamento del trabajo, que ha registrado una reducción drástica de la permanencia en empresa en el periodo comprendido entre 1983 y 2002 para todos los trabajadores masculinos de más de 20 años, con la baja más significativa para los mayores de 45 años

Las razones de la "causalización" (*causalizzazione)* del trabajo son seguramente más complejas y van más allá de los límites de la descentralización productiva para adquirir connotaciones sistemáticas. Sin embargo, no se puede excluir la existencia de un vínculo evidente y consistente entre el desarrollo de los procesos de descentralización de la producción y el aumento del trabajo de duración limitada. Basta considerar que los vínculos que mantienen las empresas que trabajan en régimen de coordinación mercantil o administrativa siempre presentan un carácter temporal: en consecuencia, es muy probable - por no decir absolutamente cierto- que las empresas auxiliares tiendan a no establecer relaciones laborales que duren más de lo que dura el vínculo que les une a la empresa principal.

Aun cuando la estipulación de contratos a término (o temporales en el sentido amplio) está condicionada por razones "técnicas, productivas, organizativas o de sustitución" (como en Italia: art. 1, D.lgs. n. 368/2001 en materia de contrato de trabajo de duración determinada y art. 20 D.lgs. n. 276/2003 en materia de suministro de trabajo (*somministrazione)* de duración determinada), en donde se retiene lícita si vinculada a un elemento "causal" (como sucede también en España), los procesos de externalización son considerados factores de justificación/legitimación de los contratos temporales, con consecuencias evidentes respeto a las condiciones de trabajo, a la estabilidad de las relaciones y al ejercicio efectivo de los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores. Considerando que estos últimos ordenamientos jurídicos - a la diferencia del sistema americano - son tradicionalmente considerados como rígidos o, en todo caso, caracterizados por tasas de rigidez del mercado del trabajo superiores a la media de los países europeos, las consideraciones efectuadas parecen poder adquirir un carácter más general, y afectar *a fortiori* a los sistemas en los cuales, en virtud del principio de *freedom of contract*, no existe ningún obstáculo para estipulación de contratos de trabajo de carácter temporal.

En definitiva, nos parece poder proponer la existencia de una relación directamente proporcional entre una tasa de trabajo temporal alta y prácticas de descentralización productiva. Paralelamente a la descentralización, los empleos temporales aumentan, en formas diversas del trabajo temporal, a la par del trabajo autónomo continuo de duración determinada o indeterminada. En consecuencia, se ve una tendencia hacia un mercado del trabajo dual: relaciones de trabajo sustancialmente estables y garantizadas en la empresa "madre", y relaciones más precarias en las empresas auxiliares. Un dualismo que, frente a consideraciones efectuadas en los informes nacionales en referencia a la dirección tomada por el proceso de segmentación de la producción, parece destinado a crecer en los años próximos y que obliga a los juristas del trabajo concebir (*congegnare)* nuevos instrumentos adecuados para afrontar eficazmente los retos que los esperan, si no quieren reducir progresivamente su influencia en la materia.

Abstracción hecha de las excepciones indicadas sobre las garantías de estabilidad, la tendencia a la diferenciación de trato económico y normativo entre empleados de las empresas comitentes (*committenti*), cedentes, utilizadoras o "madres" por una parte, y asalariados de las empresas contratistas (*appaltatrici*), proveedores o auxiliares por otra parte, se ve frenada (*disinnescata*) en algunos países por la existencia de una obligación de igualdad de trato. Tal obligación frena los intentos de segmentar el ciclo productivo con el solo fin de ahorrar en el coste del trabajo, de forma que los únicos procesos de descentralización o de integración de empresas convenientes son aquellos dictados exclusivamente por oportunidades de especialización y de optimización de la producción conexas al *know how* particular o al valor añadido que proporciona la empresa contratista o la auxiliar. En pocas palabras, la obligación de paridad de trato excluye un modelo de competitividad fundado en costes del trabajo más bajos y estimula los procesos de descentralización con la finalidad de mejorar la calidad del servicio o del producto. Sea como sea, privilegia la reducción de costes industriales diferentes de los laborales.

7. Impacto sobre las relaciones colectivas

El impacto de la descentralización productiva sobre las relaciones colectivas y sobre las relaciones con los sindicatos es sin duda muy sustancial, pero la lectura de los procesos pendientes, tanto por los sindicatos como por la doctrina jurídico-laboral, es bastante diversificada. Desde actitudes no desfavorables *a priori* a los fenómenos de descentralización productiva en países como Suecia, en los cuales el *outsourcing* es considerado como un modo de especialización de la producción qua aumenta la competitividad de la empresa que recurre a él; hasta evaluaciones diametralmente opuestas. Este es el caso, por ejemplo, de Turquía y de Uruguay, en donde la voluntad de disminuir el poder de los sindicatos parece representar una de las principales razones para llevar a cabo procesos de externalización.

En la mayoría de los contextos nacionales, desde Austria hasta el Reino-Unido, desde Canadá hasta Brasil, desde Francia hasta Venezuela, los sindicatos se muestran mayoritariamente críticos con el fenómeno de descentralización productiva, excepto en casos en que tales procedimientos aparecen como el único camino para mantener niveles de empleo que de otra manera se verían amenazados. Un análisis comparativo, abstracción hecha de las diversas orientaciones, parece evidenciar, en cada uno de los casos, la ausencia de estrategias claramente definidas por los sindicatos, y por consiguiente la ausencia de un "gobierno sindical" (*governo sindacale*) de los procesos de descentralización, ni en el momento de la formulación inicial de tales procesos, ni en el momento dinámico de su desarrollo. En esta segunda fase las dificultades son todavía más acusadas ya que los sindicatos no parecen disponer de un instrumento adecuado ni en el plano normativo, ni en el plano de la estructura asociativa.

En términos generales, parece difícil negar que acondicionamientos de las empresas que siguieron los procesos de descentralización hayan debilitado la acción colectiva. Tales consecuencias pueden

atribuirse a razones diversas, de las cuales algunas son comunes a la mayoría de los sistemas de regulación de las relaciones colectivas:

a) En primer lugar, casi en todas partes, hay dos niveles de representación colectiva, sobre los cuales interviene la legislación con a menudo una función de promoción; estos niveles son la empresa y la categoría (sector o rama profesional). Las manifestaciones fundamentales de la libertad sindical se limitan en consecuencia a estos dos niveles, representados por los convenios colectivos y los conflictos colectivos.

b) En segundo lugar, "el adelgazamiento" de las empresas determina de por si una debilitación del control sindical y colectivo. En efecto, si consideraciones sociológicas o fácticas permiten sostener que cierta concentración de intereses relativamente homogéneos otorgan mayor poder a una asociación y permiten una acción colectiva más eficaz, no es raro que la misma legislación someta el carácter operacional de la legislación que favorece la acción sindical a exigencias numéricas y de dimensión. Así por ejemplo, en Francia, no se eligen representantes de los trabajadores si el *centro de trabajo* ocupa a menos de diez asalariados; en Italia también, la parte proporcional del estatuto de los trabajadores, relativa a los derechos sindicales en empresas, está subordinado a umbrales numéricos determinados, relativos tanto al parámetro empresa como al parámetro productivo, y la "protección real" contra los despidos ilegítimos concierne tan sólo a las empresas con más de quince asalariados. De todos modos, como se subraya en muchos informes, aun cuando se rebasen los límites previstos por el legislador, es difícil, sobre todo en las pequeñas empresas, organizar elecciones y encontrar trabajadores dispuestos a ser candidatos o a emprender iniciativas de conflicto.

Además, aun cuando las organizaciones sindicales tienen derecho a estar presentes en las empresas, lo hacen concretamente con grandes dificultades en los casos de pequeñas empresas auxiliares y, cuando lo hacen, a menudo se enfrentan con condiciones de trabajo establecidas por sujetos jurídicamente extraños a esta esfera, y tienen dificultades para individualizar cual es el verdadero interlocutor por parte de la empresa.

Si a esto se añade que los representantes sindicales de la empresa principal se ocupan prioritariamente de los trabajadores de ésta, acaba resultando una dificultad segura para implementar una estrategia común para todos los trabajadores vinculados al ciclo productivo descentralizado en su totalidad, con consecuencias perjudiciales para los trabajadores que menos garantías tienen.

No es extraño que los convenios colectivos que se aplican sean distintos, lo cual representa un ejemplo clásico de la manera en que la dimensión colectiva puede repercutir en la individual.

La complejidad de los problemas, meramente evocados hasta ahora, no nos exime - esta es nuestra opinión - de individualizar algunas tendencias, algunos horizontes que atraviesan las dinámicas de descentralización productiva en los países examinados, y a partir de éstos, fijar también algunas prioridades cuya finalidad es señalar, en el transcurso de nuestro debate durante estas importantes jornadas, la utilidad y, en algunos casos, la urgencia de un horizonte común para imaginar y luego calibrar, en relación con ordenamientos singulares, nuevas intervenciones legislativas en el ámbito laboral.

II. GRUPOS DE EMPRESAS Y UNIDADES DE EMPRESAS

1. El fenómeno de los grupos y el derecho del trabajo

El fenómeno de los *grupos de empresas* ha conocido un desarrollo significativo, particularmente durante los años 90, en correlación estrecha con las exigencias de flexibilidad, de descentralización o de articulación de la estructura productiva y del trabajo, dentro de todos los países considerados.

Fenómeno multiforme desde un punto de vista estructural o funcional, el grupo de empresas parece ser refractario a cualquier concepción unitaria, asumiendo características diferentes según los países, y formas diversas dentro de un mismo sistema jurídico. Puede tratarse de una simple participación de acciones que vincula a las empresas que cooperan, sin ninguna participación de capital recíproca, con contratos a largo plazo, hasta empresas con gestión unitaria dotadas de estrategias y estructuras comunes sobre la base de contratos de colaboración (contratos de transferencia de ganancias, de alquiler, de *franchising*, etc.). No se puede ignorar, por otro lado, el fenómeno de los grupos "de hecho ", caracterizado por el control del capital de diversas entidades del grupo por una misma persona física.

Estas características polimorfas y polifuncionales, acentuadas en numerosos países por la inexistencia de una noción jurídica general de grupo, lanzan -y no desde hoy- múltiples desafíos al derecho del trabajo, neutralizando las técnicas de regulación y poniendo en cuestión categorías jurídicas consolidadas en las cuales dichas técnicas se desarrollaron históricamente. Eso se atañe, por un lado, al principio de un empleador único, quien asume solo la cualidad de empresario, de titular de la relación de trabajo y de parte al contrato de trabajo, y, por otro lado, al principio de subordinación entendida como la inclusión del salariado de la empresa, en un contexto estable con fronteras definidas y controlables en el cual se cumulan propiedad, poder y responsabilidad. Se puede añadir a esto, para subrayar el carácter crítico de la materia, un efecto de fragmentación sindical inducida por el grupo en el campo de la relaciones colectivas, y la dificultad de desempeñar las funciones de contrapoder y de acción colectiva contractual con respecto a una empresa con estructura compleja, en la cual no se reconoce ni la unidad de acción ni la de lugar.

Esas razones justifican la persistencia de un motivo de fondo que atraviese los diversos sistemas jurídicos de trabajo. En países como Japón o Australia, donde no existe ningún dispositivo legal de protección de trabajadores de empresas relacionadas de varias maneras, en países como Francia o Argentina, que se enfrentan al problema con disposiciones especificas de derecho del trabajo, el problema de los grupo se percibe cada vez más, y la doctrina examina los mecanismos de adelantamiento de la autonomía jurídica de simples empresas ligadas, o sobre enfoques más realistas, pero diferenciados, destinada a identificar en el grupo la forma jurídica de empresa digna de una consideración unitaria normativa. Todo esto ocurre, no solo en el derecho del trabajo, donde las contradicciones de una elección de derecho de indiferencia jurídica para con los arreglos de los intereses conexos a la funcionalidad de las conjunciones de sociedades permite una utilización abusiva de los poderes de dirección y de gestión de varias entidades del grupo con relación a otros, lo cual contrasta con el arreglo de intereses, donde la protección presupondría al contrario una visión colocada a datos de efectividad en los cuales basar la elección de interpretación.

En muchos países, el grupo de empresas sigue siendo, de manera conceptual, un horizonte, más que un punto de impacto preciso de regulación. Por lo tanto, planteando los términos del problema, un enfoque formalizado rígidamente siempre parece menos adecuado, ligado al culto de la personalidad jurídica y a la negación de cualquier relevancia de las conjunciones de sociedades en el campo de las relaciones individuales y colectivas del trabajo. La tradicional incitación al modelo jurídico de la subjetividad en el cual se basa el proceso de imputación de los efectos no consigue dar una respuesta reguladora coherente frente a los fenómenos crecientes de externalización de la actividad de la empresa, los cuales aparecen, de manera conceptual como "procedimiento", de los cuales las sociedades representan otras tantas fases. La consecuencia es que el poder de creación y de elección de los modelos de articulación de la actividad económica en varios centros de imputación jurídica puede subtender estrategias de defensa oportunistas y objetivos implícitos de desregulación no solo en casos patológicos de grupos ficticios o seudo-grupos (en los cuales la empresa se fracciona constituyendo varios personas jurídicas), sino también en casos fisiológicos, en los cuales el que da trabajo adiciona los beneficios de una flexibilidad interna (realizada por ejemplo con la movilidad dentro del grupo, o el empleo acumulado de la prestación) con el beneficio de una flexibilidad externa

(despidos, derechos sindicales, etc.), jugando por turno con la ambigüedad del grupo como *unitas multiplex.*

Por otro lado, si el criterio de imputación jurídica tradicional no somete los elementos finalizados que están relacionados con la explicación del poder de organización entre esquemas y modelos objetivos, los intentos de enfoque realistas deducen, de manera simétrica, una consideración de la unidad del grupo en una óptica totalmente jerárquica estructural, reproduciendo, en términos revueltos, una hyper evaluación de la personalidad jurídica, o una "súper subjetividad" jurídica del grupo. Esa exigencia de identificar en el grupo un centro de imputación jurídica se enfrenta con la dificultad de definir la organización interna del grupo con esquemas predefinidos, que no muestran la perdida completa de autonomía de la sociedad conjuntada, ni tampoco la súper centralización de los procesos de decisión. Si dentro del grupo los centros de poder pueden ser múltiples, especialmente en grupos diversificados y multinacionales, la flexibilidad que deriva, impone al jurista calibrar la elección de los centros de imputación y de las reglas aplicables no de manera abstracta sino de manera concreta con arreglo a cada problema.

Las preocupaciones que provienen de la ausencia de indiferencia de la forma de la empresa frente al esquema de regulación del derecho del trabajo parecen ser amplificadas ulteriormente por la reciente emergencia de estructuras inter organizacionales de tipo reticular, que pueden ser distinguidas en *la empresa red*, en la cual la organización empresarial desarrolla, alrededor de un núcleo central de *assets* estratégicos, redes más o menos complejas de sub-proveedores, alianzas, *joint-ventures, franchising*, etc.; y en la *red de empresas,* autónomas de pequeña o mediana dimensión, que funcionan como unidades socio-ambientales (ambientali) delimitadas, de una manera asimilable a un sistema. Se trata, en estos últimos casos, de organizaciones insertadas que expresan los procesos colectivos co-empresariales de interacciones entre el mercado y las organizaciones, que generan poderes de decisión. En estos casos, en realidad, la empresas constituyen organizaciones complejas, que se alejan tanto de la idealización neoclásica de la empresa como sujeto atomístico coordenado por el *price mecanism,* como del modelo de desintegración vertical del ciclo productivo en unidades dimensionadas y coordenadas según la exigencias globales de un centro financiero, o del modelo de la empresa jurídicamente definible o del grupo, para desarrollar características particulares de recurso (ricorsività), de auto organización, de flexibilidad de los flujos coordenados inter-empresas que no pueden ser considerados como la manera de operar desorganizada del mercado, ni tampoco como elementos de una lógica de coordinación del ciclo productivo. Frente a estos fenómenos, en los cuales el vínculo se convierte en el factor de relación estratégica entre grupo y descentralización productiva, no sirve buscar, en todos casos, el elemento de coordinación del ciclo, o describir la existencia de un único designio empresarial que correspondería a la unicidad sustancial del proceso productivo, de la misma forma que no se puede poner en el centro del análisis reconstructivo un juicio preconcebido de valor negativo que concierne de manera indiferenciada a la empresa "mimetizada" (*mimtizzata*) con la intención de eludir la aplicación de las normas del derecho del trabajo y la red de empresa coordenada en distritos que consiguen hacer economías de escala y de *scope* que fue durante un tiempo la prerrogativa de la gran tecnoestructura.

El enfoque relativista se adhiere más a la problemática del derecho del trabajo. No sobrevalora el dato de la personalidad jurídica -puesto que esta ultima no constituye la razón de una disciplina determinada, como lo es, por el contrario, la empresa o la unidad de producción -, empujándonos a considerar la organización efectiva por la cual salen los diferentes niveles de garantía favorables al trabajador subordinado. En fin, no se trata de la subjetivización del grupo, sino de individualizar hipótesis especificas de comunicaciones de responsabilidad correlativas a la forma efectiva económica de la empresa. Entendemos, pues, que el esquema del grupo no puede ser afrontado si no evidenciamos las llaves objetivas de la actividad global de la empresa, buscando construir de nuevo la unidad la organización de unidades autónomas, imputando una relevancia jurídica a una entidad que, si

no es elevada a la dignidad de personalidad jurídica, es una protagonista activo de las relaciones jurídicas individuales y colectivas del trabajo.

Con límites inherentes a todo proceso de síntesis y de simplificación, con relación al fenómeno de los grupos, podemos señalar tres actitudes por parte de los sistemas jurídicos: la ausencia de cualquier relevancia jurídica del grupo, una relevancia limitada al derecho comercial y de sociedades, una relevancia del grupo en el derecho del trabajo.

2. Los ordenamientos que no atribuyen ninguna relevancia jurídica a la noción de grupo.

Los ordenamientos de una primera serie de países, la mayoría, no conocen ninguna noción de grupo de empresa. El fenómeno, en sistemas como el de España, Austria, Suiza, Turquía, Israel, Estados-Unidos, etc., está regulado por una esfera únicamente económica, y, en definitiva, por la esfera de hecho, que no es relevante en el plano jurídico, con todas las consecuencias que derivan en el plano de la imputación de relaciones de trabajo y de su estabilidad, por lo que se refiere a la distribución de responsabilidades, la garantía de créditos. La descentralización no altera, jurídicamente, el carácter dual propio del contrato de trabajo. En general, una empresa de grupo no tiene una *legal identity*, mientras que las unidades simples que forman parte de ella aparecen, salvo casos excepcionales, como empleadores exclusivos de los salariados que ocupan. Por lo tanto, cuando el legislador no menciona los grupos de empresa, la jurisprudencia, falta de referencias positivas, tampoco conoce la noción de salariado dependiente del grupo, de forma que los tribunales tienden a negar cualquier forma de responsabilidad del grupo de la empresa madre para con las obligaciones asumidas por la empresa controlada. Observamos, incluso en esos ordenamientos jurídicos, casos en los cuales los jueces, frente a situaciones fraudulentas, consideraron la posibilidad de romper la dimensión formal (en España) y levantar el "velo de la sociedad" (en Suiza) lo que permite considerar a los salariados como dependientes de la empresa principal. El sistema israelí, en particular, garantiza varias jurisprudencias del caso de "piercing the corporate veil", evidenciando como el tribunal puede destacar elementos indiciarios con los cuales es importante adelantar el estatuto formal: a) incumplimiento a la exigencia de buena fe por parte del empleador, b) comisión de *asssets*, c) actividad delictiva, d) falsa representación de la identidad del empleador. Como podemos ver, en este caso así como en una mayor parte de los países, el control judicial moviliza la institución del fraude de ley, atribuyendo al demandante la condición de trabajador subordinado en virtud del carácter obviamente ficticio del grupo.

En otros sistemas, a la inversa, incluso la institución de fraude de ley no se puede invocar de manera útil. Es el caso de Australia, donde los tribunales, incluso en cuestiones de derecho sociedades, se hallan en estado de levantar le velo solo en circunstancias excepcionales, y donde prevalece el enfoque convencional de "*separateness of corporate entibies*" afirmada por el alto tribunal. Caso ejemplar de cómo el grupo de empresas explota el principio de autonomía jurídica en detrimento de la garantías propias del derecho del trabajo, el sistema australiano se caracteriza por la crecimiento del fenómeno de "*multiple corporate entities*" dentro de las cuales se distribuye el patrimonio de la empresa (*holding of group assets*) a algunas entidades del grupo mientras que otras sociedades formalmente autónomas tienen la titularidad del informe de trabajo, con la consecuencia, en caso de insolvencia de la empresa-empleador, de que los salariados no podrán dirigirse contra las unidades titulares del patrimonio de la empresa y estarán privadas de cualquier protección adecuada. Según la estrategia denominada "*phoenix company*", el titular de la empresa crea una nueva empresa y le transfiere los *assets*, frecuentemente a cambio de servicios de poco valor ; la empresa antigua, que mantiene formalmente su cualidad de empleador, se convierte en una "shell company", que será declarada en quiebra, cuando la nueva empresa vuelve a nacer sin deudas ni obligaciones para con los asalariados y los acreedores.

3. Sistemas que atribuyen una relevancia jurídica al grupo en derecho comercial y de las sociedades

En una segunda serie de países, entre los cuales se encuentran Grecia e Italia, la cuestión del agrupamiento de empresas atrajo la atención del legislador en materia del derecho comercial y de sociedades, pero no de derecho del trabajo. En Grecia, el derecho comercial ha reconocido la noción de "comunidad de empresa" y la de "comunidad de ganancias". Introdujo al mismo tiempo la teoría del "doblegamiento de la personalidad jurídica" y la del "levantamiento de la autonomía de la personalidad jurídica", y, por otro lado, previó instituir el abuso de personalidad jurídica. A partir de esos elementos, podemos hacer prevalecer la unidad del nivel económico sobre la separación de las personas jurídicas, dando otra medida a los perfiles jurídico-formales: el elemento esencial, en esta perspectiva, se basa en la constatación de que cada tipología de agrupamientos de empresa induce turbulencias y determina de desregulación del derecho comercial y financiero. Para contrarrestar el fenómeno, el ordenamiento confiere una personalidad ficticia a esta unidad económica. En consecuencia, incluso en la práctica judicial, la noción de "empresa prevalerte" y la de "empresa controlada" se han convertido en nociones jurídicas.

En Italia también la materia esta regulada únicamente en derecho de sociedades, el cual, con la reforma de la noción de sociedad de capitales (D.lgs.N.6/2003), ha regulado algunos aspectos del fenómeno del "grupo contractual" que plantea la responsabilidad de jefe-grupo que efectúa una actividad de *dirección y de coordinación* de sociedad "*en violación de los principios de gestión correcta de las sociedades y de las empresas"* (Art. 2497 cc.). Para el derecho del trabajo, sigue vigente el principio de separación subjetiva y de la formal independencia jurídica de las sociedades que pertenecen al mismo grupo. El articulo 31 del D. Lgs. N. 276/2003 lo recordó hace poco: la norma, que limita a los cumplimientos administrativos en materia de plantilla la relevancia jurídica de la gestión unitaria de los grupos de empresas, afirma claramente que esta disposición no puede ser utilizada para individualizar el sujeto titular de las obligaciones contractuales y legislativas en relación con las simples sociedades empleadores.

Con la excepción de algunos países importantes que conocen una reglamentación tanto a nivel comercial como a nivel del derecho del trabajo, parece que los ordenamientos jurídicos nacionales muestran un retraso notable en el diálogo entre derecho comercial y derecho del trabajo. Este ultimo no parece estar dispuesto a dejarse influir por las soluciones aplicadas por derecho el comercial y de sociedades, mientras que la jurisprudencia en el derecho del trabajo parece tener problemas para encontrar soluciones que superen el levantamiento del velo de la sociedad que se niega tradicionalmente a seguir el recorrido emprendido en otros sectores del ordenamiento (Grecia) y que afirma que la función económico-funcional entre empresas gestionadas por una sociedad de un grupo único no es suficiente para retener que las obligaciones inherentes a una relación de trabajo subordinado, formalmente intercambiado entre un asalariado y una de la sociedades, debe extenderse también a la otra, a menos que exista una situación que permita identificar un único centro de imputación del informe de trabajo (Italia).Desde hace poco tiempo, empezamos a ver avances en el campo de la utilización fraudulenta del velo societario. La jurisprudencia griega ha admitido que la noción de organización de rama podría estar basada en el criterio de la comunidad de intereses económicos que deriva de un grupo de sociedades, y permite levantar el velo societario en casos de abuso de la personalidad jurídica y de la utilización de contratos simulados, mientras tanto en Italia la pantalla subjetiva de un sociedad que asuma la cualidad formal de empleador puede ser quebrada en presencia de ciertos elementos de hecho (unidad de la estructura de organización, integración entre las actividades ejercidas por las diversas empresas del grupo, coordinación técnica, administración y financiamiento orientado por una meta común, utilización de la prestación de trabajo por parte de diversas sociedades titulares de empresas formalmente distintas, etc.), que puede mostrar que la sociedad fue creada artificialmente con el fin fraudulento de eludir la aplicación de una norma

protectora (por ejemplo, la reglamentación sobre los despidos) fraccionando un actividad organizada y gestionada unitariamente entre diversos sujetos del grupo.

Uno de los paralelos más avanzados entre derecho comercial y derecho del trabajo, que se refiere al fenómeno de los grupos, se observa en los ordenamientos francés y alemán, en los cuales la relación entre dos materias parece operar en condiciones de reciprocidad, y, en cierta medida, de manera derribada con respeto a la situación encontrada en Grecia e Italia.

4. Sistemas que atribuyen también la relevancia jurídica del grupo en derecho del trabajo

Los países más interesantes son aquellos en los cuales la legislación o la jurisprudencia pueden reconocer, en algunas condiciones determinadas, la calificación de empleador al jefe del grupo unitariamente entendido, o al jefe de empresa que asuma en el grupo un posición dominante, o, de manera más modesta, establecen regímenes de responsabilidad económica, solidaria o subsidiaria, entre las empresas simples que forman parte del grupo.

Las técnicas adoptadas, recurrentes en los sistemas jurídicos estudiados, pueden ser más o menos reducidas: a) una visión del derecho del trabajo del fenómeno, en la cual se valoran elementos como el poder de dirección, la existencia de una comunidad de trabajadores, la identidad o la complementariedad de la actividades efectuadas en diversos lugares de trabajo, etc. , b) una visión de derecho comercial del fenómeno, basada substancialmente en el concepto de control, de junción de accionistas (o más simplemente económico) y de dirección unitaria, construida por la ley o la jurisprudencia, recibida y valorizada en el campo del derecho del trabajo. El sistema francés es particularmente rico en indicaciones. Conoce muchas pistas de superación de la personalidad jurídica. Desde el punto de vista del derecho del trabajo, hay que poner de relieve cómo la jurisprudencia, adelantando la técnica de fraude de ley, fue la primera que identificó los criterios objetivos para reagrupar varias empresas en el seno de una misma entidad gracias a la noción de unidad económica y social. Esta última se caracteriza, en primer lugar, por la concentración de poderes de dirección dentro del perímetro considerado así como por la similitud o la complementariedad de la actividades desplegadas por estas diferentes entidades, y en segundo lugar, por una comunidad de trabajadores que proviene de su estatuto social y de sus condiciones de trabajo similares que pueden traducirse por una cierta permuta de los salariados.

Otra técnica, propia del derecho del trabajo, funcional a la identificación del sujeto en quien imputar derechos y obligaciones con respeto a los trabajadores, consiste en la calificación como empleador de quien, ejerce de hecho, el poder de dirección sobre los salariados. En este caso, el sujeto puede ser cualificado como empleador único o empleador conjunto, el contratante formal quedándose codeudor solidario de las obligaciones del derecho del trabajo con el que detiene en realidad el poder de dirección. Según el Tribunal Supremo, la “confusión de intereses, de actividades y de dirección”, que existe entre el co-contratante formal y otra persona moral permite atribuir la cualidad y la responsabilidad de empleador conjuntamente a las dos personas morales. Esto permite una cierta generalización de la noción de unidad económica y social, fuera del marco de las instituciones representativas del personal, para cualificar de empleador, de co-empleador o de empleador conjunto lo que representa formalmente un conjunto de personas morales distintas.

Una tercera pista, signo de una visión mercantilista, lleva a reconocer al sujeto deudor en la pluralidad de empresas reunidas bajo el mismo poder en la bases de la noción de sociedad de grupo aceptada en la legislación del derecho del trabajo. En esa perspectiva, el grupo puede componerse de una empresa madre que detiene la mitad del capital de la empresa hija o puede componerse de sociedades controladas (una sociedad controla a otra cuando dispone de la mayor parte de los derecho de voto en la junta general o cuando dispone del poder de nombrar o revocar a la mayor parte de los miembros de los órganos de administración, de dirección o de vigilancia de esta sociedad, o cuando dispone por lo menos, directamente o indirectamente, del 40% de los derechos de voto y ningún otro

accionista tiene un porcentaje de derechos de voto superior a la suya) ; o también, puede componerse de una empresa que ejerce "una influencia dominante sobre otra en virtud de un contrato o de cláusula estatutaria, cuando el derecho aplicable lo permite" (por ejemplo el franchising) ; en fin, el grupo puede aparecer cuando existe un control conjunto, definido como "la repartición del control de una empresa explotada de forma común por un numero limitado de asociados y accionistas, de modo que las decisiones resultan de su acuerdo".

En la cultura jurídica de influencia anglo-sajona se enfrenta también el problema de la fragmentación de una actividad empresarial unitaria en una pluralidad de sociedades -llamadas *Capital Boundary Problem*- a través de la técnica de junción y del control. Se encuentran unas normas en el Reino Unido, en donde la legislación del derecho del trabajo admite que dos o varias sociedades pueden ser consideradas como "*juntas*" (*assiociated employers*) cuando una de ellas detiene, directamente o indirectamente, el control de una o de las otras (*employement right act 1996 section 231 ; trade union and labour relation 1992 section 237*). En virtud de la noción de *assiociated employers*, un salariado conserva, por ejemplo, la continuidad de la relación de trabajo y sus derechos relativos cuando aparece una transferencia entre *assiociated employers* en un grupo de empresas. Además, en el cálculo del número total de los salariados empleados en el *business* con fines de reconocer o excluir la aplicación de algunos *statutory rights*, es frecuente que se incluya en el recuento a todos los salariados de los *assiociated employers*.

Para definir el concepto de "control", los tribunales ingleses utilizan el sistema de la "propiedad de acciones", reconociendo la existencia de empresa "controladora" cuando detiene el 51% de las acciones, o individualizando un grupo cuando varios sujetos actúan juntos y tienen un voto equivalente de control.

Técnicas mixtas o híbridas, dentro de la cuales se mezclan la visión mercantilista y trabajadora del fenómeno están establecidas en Canadá, donde una *principal company* y sus *contracting affiliated, subsidiary companies or partners*, en la base de una serie de indicadores -gestión de empresas, propiedad, marca y *assets* comunes, reparto del mismo mercado y de la misma clientela, movilidad de los salariados dentro del grupo- lo sujetos empresariales, formalmente distintos, son responsables "*jointly and severaly*" para las obligaciones que derivan de la relaciones de trabajo (por ejemplo, en caso de despidos por un empleador insolvente, para el reembolso de créditos retributivos, la ausencia de preaviso y otros salarios no pagados).

El criterio mercantilista, interpretado de manera ligera como un simple vinculo económico que une a las distintas sociedades del grupo y conformado a los cánones laboristas del derecho del trabajo y del principio de realidad, permitió• a algunos países de América Latina proceder a una superación de la autonomía jurídica de la empresas que forman parte de un grupo, considerado en calidad de "empleador" o "empleador completo", responsable de las obligaciones contractuales comprometidas con los salariados de cada empresa afiliada. Países como Chile, Costa Rica, en mayor medida, Uruguay, tienen menos dificultades teóricas y prácticas con respeto a los ordenamientos de Europa continental y han fundado la regulación de grupos de empresa, en un ambiente laborista, a partir del del mecanismo de la responsabilidad solidaria, procediendo de la jurisprudencia hacia una despersonalización de la cara del empleador, reconociendo a los salariados empleados en una de la empresa del grupo la facultad de revindicar sus propios derechos frente a todas la empresas que forman parte del mismo, llamadas a responder en justicia, conjuntamente o por separado, por cada uno de los titulares. La legislación brasileña es asimilable a una técnica fundada en una visión de derecho mercantil. Reglamenta de manera articulada las consecuencias en materia de trabajo del fenómeno de agrupaciones de empresas. En el ordenamiento brasileño, en particular, cuando una o varias empresas que tienen un personalidad jurídica se encuentran bajo la dirección, el control y la administración de otra empresa, o cuando, incluso conservando su propia autonomía, está integrada en un grupo económico y financiero de tipo industrial, mercantil, rural, o de cualquier otra clase, este último es solidariamente responsable de las obligaciones que resultan de las relaciones de trabajo dentro del

grupo. Por consiguiente, en virtud de la sola existencia del grupo económico, cada empresa será obligatoriamente solidaria con las otras para los créditos de trabajo, independientemente de haber utilizado directamente la fuerza de trabajo. La norma venezolana establece igualmente una relevancia laborista al grupo de empresas, individualizando un régimen de presunción de su existencia -con posibilidad de prueba en contrario- en presencia de cuatro presupuestos (el uso de una denominación o de una marca idéntica, el desarrollo de una actividad común, que puede evidenciar la integración de la diferentes empresas, la participación común de accionistas, el reparto de la administración o de otro órganos de la empresa dotados de poderes de decisión) reunidos, de los cuales resulta un régimen de responsabilidad solidaria entre todas las empresas que constituyen el grupo.

Según un modelo híbrido, otros países suramericanos adoptan criterios de identificación y de relevancia del grupo que podrían ser clasificados en la visión mercantilista, en el cual la visión del fenómeno se une a los mecanismos tradicionales antifraude. Ocurre esto en Perú, donde la práctica jurisprudencial utiliza la existencia del grupo cuando un complejo de empresas jurídicamente independientes tienen una dirección unitaria con indicios precisos de abuso de la personalidad jurídica dirigida a perjudicar a los asalariados, mientras que la sanción no consiste en una acción de responsabilizar el grupo entendido de manera unida, sino en la técnica habitual de la responsabilidad solidaria de cada empleador. Una perspectiva análoga se encuentra en Argentina, donde el simple hecho de la existencia de una situación de control no determina por ello la caída del velo de la separación de las sociedades, destinad a ser eliminado cuando, frente a un grupo económico "*de carácter permanente*" -grupo fundado en una técnica de jerarquía, subordinación o control- averiguamos que los vínculos que a vinculan las empresas confieren "*maniobras fraudulentas*" en perjuicio al derecho del trabajo o al derecho de la previsión social, o una "*conducción temeraria o desaprensiva de los negocios sociales*" por parte de la empresa madre. México, al contrario, parece ponerse en el campo de las técnicas impregnadas de una visión laborista, por otro lado aisladas y antiguas, individualizando con algunas sentencias en el grupo un *patrón único* en la base del ejercicio de poderes de dirección y el desarrollo de una actividad de trabajo común.

5. Representación colectiva y acción de contratar en los grupos de empresa

El fenómeno de grupos de empresa modifica profundamente el escenario de las relaciones colectivas, desestabilizando las formas de representación tradicionalmente centradas en la empresa única, o sobre el lugar de trabajo, concebida como moneda a parte, induciendo por una parte a mantener el esquema tradicional - donde las relaciones colectivas se desarrollan de manera diversificada par cada empresa que forma parte del grupo, en calidad de entidad jurídicamente autónoma- por otra parte empujando los sistemas a desarrollar (de manera heterónoma o autónoma) formas de organización y de acción colectiva adecuada a la organización compleja procedente del grupo.

En algunos países solo los ordenamientos han a) afectado algunos modelos mínimos de participación colectiva al nivel del grupo (particularmente en Francia, Alemana, Austria, y, o desarrollado b) formas de acciones contractuales colectivas de grupo.

a) En lo que concierne a los modelos participativos, se basan en la constitución de "comités" o "consejos" de grupos, entendidos como sedes de información y de consulta. Es el caso en Francia, donde la legislación prevé el comité de grupo, en el cual una delegación del personal designada por las organizaciones sindicales participa entre los que fueron elegidos a los comité de empresa de las sociedades del grupo; y también en Alemana, donde el consejo de empresa de grupo (*KonzernBetriebsrat*) puede ser constituido por acuerdo favorable de los órganos de representación general de las empresas que constituyen el grupo, solo por iniciativa del órgano de representación de la empresa dominante. Hay que precisar que en Alemana el consejo de grupo se constituye en la empresa con varios consejos de empresa, erigiéndose casi como une organismo de coordinación de

diversas estructuras constituidas en cada empresa del grupo, y no teniendo por lo general naturaleza sindical. Se presenta como instancia de información más que como instancia de representación de la plantilla, por eso las dudas sobre la posibilidad de atribuirle una capacidad de negociación al nivel del grupo. Si es verdad que el organismo fue constituido para permitir al conjunto de los trabajadores del grupo participar en las decisiones de la dirección misma del grupo, es necesario considerar contextualmente que opera en competencia con el organismos de la sociedad (el Consejo de vigilancia) y tiene funciones residuales con cara a las competencias reconocidas a los consejos generales de cada empresa: el poder de participación se atribuye en realidad a los organismos mixtos como el consejo de vigilancia dentro del cual se realiza el modelo típico de cogestión del ordenamiento alemán.

Un "*group work concil*" con un poder de representación de todos los trabajadores empleados en la empresas del grupo existe en el sistema austriaco, donde hay un acuerdo en este sentido. Este órgano tiene derecho a ser informado y consultado en las materias que conciernen a los trabajadores de varias empresas, y puede designar los representantes de los trabajadores ante el *Supervisory board* del frente del grupo, órgano representativo de los trabajadores del frente del grupo y de sus afiliados.

b) La estructura de la acción colectiva de negociar, en la más mayor parte de los sistemas jurídicos, nació y evolucionó en la base del binomio tradicional *convenio de empresa / convenio de sector, contrat d'entreprise / contrat de branche, contratto nazionale / contratto decentrato*, así sucesivamente. Se trata de un sistema de relaciones industriales no muy propicio al desarrollo de una acción contractual a nivel de grupo, la cual, si existe, se limita como mucho a empresas de gran dimensión del sector industrial, y tiende a desplegar funciones similares a las de otros convenios de empresa, mientras es escaso y excepcional que un sistema contractual estructurado con convenio marco contenga principio generales validos para el grupo entero, a precisar sucesivamente a través de los contratos simples articulados en cada una de las empresas que forman parte del grupo.

Un cierto grado de desarrollo material de la acción contractual del grupo se puede averiguar en algunos sistemas: en mayor parte en los que b1) prevén normas promocionales, pero también en los países que, al contrario, b2) no tienen ningún apoyo legislativo, y las dinámicas de negociación del grupo siguen una vía autónoma.

b1) En el primer grupo, situamos a países como Francia, Canadá y Argentina. En Francia, las negociaciones colectivas de grupo pueden tener vocación general sobre todo el estatuto colectivo, o pueden desarrollarse en aspectos específicos encaminados a precisar las modalidades de organización de la negociación o de la información de los representantes de los trabajadores a nivel del grupo, o también sobre el empleo, la formación y el acompañamiento de despidos colectivos decididos a nivel del grupo.

Un modelo interesante de legislación promocional es el del *Ontario Labour Relations Act*, en el cual las disposiciones relativas a los *comon employers* se dirigen expresamente a asegurar la integridad de los proceso de acción contractual colectiva; no es por casualidad que el *status* de *comon employer* se invoque normalmente por una organización sindical a fines de ser reconocida como representación colectiva legítima a contratar en el interés de todos los salariados del grupo. Las condiciones requeridas por el Ontario Labour Relations Board, que tiene competencia exclusiva en materia de interpretación y aplicación de la norma son la presencia de varias empresas, la conexión entre ellas, representada por un control y orientaciones comunes y la existencia de razones válidas de protección de prestatarios de trabajo. El Board, que dispone de una cierta protestad discrecional en la calificación de los hechos, tiene en cuenta bien la relación jurídica entre las empresas del grupo, bien las relaciones que mantienen con los trabajadores y sus representaciones colectivas: en cuanto a los vínculos entre empresas, los jueces dan claramente más valor a los aspectos de control y de dirección común que a la propiedad y al control financiero. Por otro lado, convalidan la eventual circunstancia de que los trabajadores ya están representados de manera adecuada por una organización sindical que tiene una relación estable y duradera con el empleador. Consideran la oportunidad de preservar, con motivo de reestructuraciones, los derechos colectivos consolidados; en fin, toman en consideración la

exigencia de permitir a los sindicados reconocer como contraparte al verdadero centro de poder económico.

El apoyo legislativo no parece, al contrario, haber producido un resultado significativo en Argentina, que prevé expresamente la posibilidad de concluir contratos colectivos de grupo. Un ejemplo significativo esta representado por un contrato colectivo del sector ferroviario.

b2) España es un ejemplo del segundo modelo, donde la ley no prevé expresamente la facultad a la negociación colectiva de concluir *convenios colectivos* para los grupos de empresas; sin embargo, los actores sociales desarrollan la negociación de grupo, de tal forma que de hecho hay ejemplos concretos en los cuales el convenio colectivo institucionaliza una representación con estos caracteres. Pero los ejemplos son numéricamente limitados. Por un lado, en realidad, el silencio legislativo sobrentiende la ausencia de incitación estatal, por otro lado, hay pocos *convenios colectivos* que existan a nivel de grupo.

En otros países de Europa del este como la Republica Checa, aunque no exista una legislación que regule la constitución de representantes del personal a nivel del grupo, si los empleadores de las empresas se afilian a la misma organización, puede ser estipulado un convenio colectivo de *higher level*. En Polonia también se permite a los sindicados concluir un contrato de empresa que afecte a varios empleadores cuando ellos forman parte de una estructura organizativa más grande, independientemente del hecho de que tal sujeto económicamente unitario tenga una personalidad jurídica. En este caso, el derecho de los convenios colectivos plantea que las disposiciones del contrato más favorable hacia los salariados con respeto a los contratos aplicados por los empleadores respectivos encuentran automáticamente aplicación a las relaciones individuales del trabajo de los salariados del grupo (principio de incorporación).

Los convenios colectivos de grupo son recurrentes en Costa Rica en lo que concierne el sector público. A diferencia del sector privado, los sindicatos representan todos los salariados del grupo de empresa, y la estipulación de un convenio colectivo unitario es una práctica difundida.

Para concluir, parece necesario reconocer -con excepción de algunos casos particulares- una sustancial inadecuación de la ley con respecto a la estructura asociativa de los sindicatos, la cual se ha modulado, con el transcurso del tiempo, de forma que no se tiene en cuenta la dimensión completa del grupo.

Si a esto le añadimos las grandes resistencias, por parte de la direcciones de los grupos, a aceptar el nivel de negociación para el grupo considerado de manera unitaria, prefiriendo convenios diferentes para cada empresa, sería fácil imaginar por qué la relaciones colectivas de grupo acusan un retraso particular, denunciado por varias partes.

Examinando los países de la UE., no me parece que la transposición de la directiva comunitaria en materia de comité de empresa europeo haya determinado, hasta hoy, grandes revoluciones. Además, la norma comunitaria no impone de manera general, la creación de comités de grupos estables, limitándose a referirse a las empresas de dimensión comunitaria, mientras que las organizaciones sindicales, salvo escasos episodios de movilización común generada por disposiciones adoptadas por el legislador comunitario (por ejemplo la directiva Bolkenstein), todavía parecen ligadas, principalmente, a la dimensión nacional.

Esfuerzos sindicales consistentes, al contrario, se dirigen, en los países estudiados, hacia la defensa de formas de representaciones en materia de prevención de los riesgos del trabajo. El impacto notable que producen las nuevas formas de organización empresarial descentralizadas en el campo de la salud y de la seguridad en el trabajo ha llevado a buscar sistemas de coordinación entre las diversas empresas y una mejor articulación de las políticas de prevención.

6. Conflictos colectivos a nivel del grupo

No hay muchas experiencias de conflicto colectivo desarrollado a nivel del grupo y no son muy significativas.

La gran mayoría e la relaciones nacionales evidencian la ausencia, o en algunos casos, la poca relevancia cuantitativa y cualitativa, con motivo especialmente a las consideraciones que hemos hecho antes.

Sin embargo hay que precisar, particularmente tomando como referencia países europeos como Francia o Italia, que el reconocimiento amplio del derecho de huelga no plantea ningún limite al entorno en el cual se puede ejercer el derecho de los conflictos colectivos puesto que no hay interdicción, en el plano legal, de convocar una la huelga en un grupo de empresa, o una empresa red.

En algunos casos, se producen huelgas cuando se trata de contestar una estrategia empresarial orientada a realizar una reestructuración que concierne el grupo entero o que, considerando la empresa principal, tiene repercusiones en las empresas auxiliaras.

De todos modos, las huelgas debidas a la renovación de los convenios colectivos siguen siendo muy raras, a causa de las estructuras binarias de los sistemas contractuales: en la medida en que los convenios colectivos de grupo o de redes son escasos, de la misma manera, las huelgas a este nivel son raras. Las empresas, por su lado, intentan presentar de manera independiente para que cada filial del grupo, con el objetivo preciso de evitar la concentración de conflictos colectivos y así eludir las huelgas con una repercusión más amplia.

Un ejemplo significativo de conflicto colectivo a nivel del grupo ocurrió en Austria en el sector del transporte aéreo. Aquí, los representantes de los salariados contratados en los servicios aeroportuarios gestionados por empresas jurídicamente autónomas que forman parte de une mismo grupo, revindicaron una mejora de las condiciones de trabajo en cada empresa invocando la estipulación de un nuevo contrato de grupo.

La situación del Reino Unido merece algunos comentarios, en lo que concierne a las acciones colectivas desarrolladas después de la externalización que ocurrió en el sector público. Aquí, la utilización creciente de los Public Private Partnership ha determinado, frecuentemente, una notable diversificación de tratamientos normativos y de retribuciones aplicables a los asalariados que trabajaban uno al lado de otro, unos como asalariados de sector público, los otros como asalariados de sociedades privadas contratados bajo convenios colectivos, con normas de tratamiento muy inferiores. A fin de contestar este trabajo “en dos escalas” (*two-tier workforce*), las organizaciones sindicales de los asalariados del sector público han intentado poner en marcha formas de presión orientadas a mejorar las condiciones de los asalariados de la sociedades privadas, pero no pudieron ir más allá en este terreno. Las acciones de huelga, hubieran parecido, según la ley inglesa, como “*unlawfull secondary action*” (acción segundaria ilegitima) porque iban dirigidas a intervenir sobre la condiciones de trabajo de otro empleador (la sociedad privada), lo que hubiera expuesto a los sindicatos a acciones de reparación de los daños sufridos.

Los países de América central meridional no parecen tampoco conocer episodios particularmente significativos de *huelgas* capaces de afectar a todos los salariados de empresas de un grupo.

En Brasil, el informe da a conocer que en los grupos de empresas de gran dimensión, en donde se encuentra sin embargo la constitución de organismos sindicales representativos de todos los salariados de las *empresas prestadoras de servicio*, no es raro ver huelgas específicas de algunos asalariados sin la adhesión de los trabajadores directamente dependientes de la empresa utilizadora.

7. Las relaciones colectivas en los grupos: el papel de los comités de empresa europeos y la valorización de los derechos de información y de consultación

La directiva 94/45 del Consejo del 24 de septiembre de 1994 relativa a la institución de un "CEE" (comité de empresa europeo) o de un procedimiento para la información y la consultación de los asalariados en las empresas y en los grupos de dimensión comunitaria, ha planteado las bases para la creación de un sistema transnacional de relaciones industriales basadas en una legislación europea. El desarrollo del mercado interno, que favoreció la formación progresiva de empresas que actúan en una dimensión comunitaria, la existencia de coherencias sociales a nivel comunitario constituyen los elementos que pesan a favor de un crecimiento de sistemas de relaciones industriales micro-corporativos y transnacionales a nivel de empresas o de grupos de empresas. En cuanto al campo subjetivo de aplicación, y con respecto especialmente a la noción de grupo, el legislador comunitario identifica el grupo como una entidad compuesta de una empresa que controla y de una o más empresas controladas o sometidas a una influencia dominante, en consecuencia, a título de ejemplo, "del hecho de la propiedad, de la participación financiera o de las reglas que la rigen" (Art. 3 dir. 94/45 CE). Como lo confirme además la jurisprudencia comunitaria (Caso Gofrost CJCE 29/03/2001), no hay que tener una noción predeterminada del grupo frente a la conciencia de la heterogeneidad de la estructuras de las sociedades a escala mundial. Resulta la posibilidad de entender también modelos de grupos horizontales (o paritarios) basados en los acuerdos contractuales entre varias sociedades.

La directiva, con respeto al principio de subsidiaridad, remite a las legislaciones de cada Estado miembro, ya sea por lo que se refiere a los criterios de elección o de designación de representantes de los asalariados con el objetivo de formar la delegación especial de negociación, o para las disposiciones subsidiarias del articulo 7 relativas a la elección o a la designación de representantes del personal en el seno del CEE. Esto crea incertidumbres relativas al tipo de representación que expresa el CEE, y consecuentemente a la clase jurídica de este organismo. ¿Se trata de un órgano de representación del personal de base electiva, o es un organismo sindical derivado? Evidentemente, el sistema permite constituir representantes a nivel del grupo, pero respetando la diversidad de los sistemas nacionales. El tipo de CEE acusa mucho de esta manera las especificidades culturales de las empresas, transmitidas por la casa madre, pero también, y sobretodo, normas internas de transposición. Desde este punto de vista, es el CEE de hecho el comité de una empresa europea más que el comité europeo de la empresa. Las consecuencias son obvias: en un sistema como el italiano que está basado en un canal único de representación, los destinatarios de la información y de la consultación son los mismos sujetos negociadores. No es el caso en Francia, donde solo los delegados sindicales tienen la capacidad de negociar, mientras existe una institución representativa del personal como el comité de empresa que no esta• habilitado a negociar.

El análisis de los acuerdos negociados por la dirección central y por la representación de los asalariados es interesante. Permite poner de relieve la influencia de los factores nacionales/transnacionales sobre los contenidos de los acuerdos a fin de evaluar si representan por lo menos un viático favorable a la emergencia de una dimensión supranacional de las relaciones industriales a nivel de la empresa o del grupo de empresa de dimensión comunitaria. Los juicios no son uniformes. Según algunos, los CEE constituyen una extensión del sistema nacional de representación en los lugares de trabajo en el país donde se halla la dirección central de la empresa o del grupo; otros sostienen que los acuerdos reflejan la especificidad del sector al cual se refieren. Si la directiva dio un impulso a la acción de negociar convenios colectivos transnacionales, a nivel de la empresa o del grupo europeo, se trata de una acción contractual de tipo procedimental que generó frecuentemente instituciones participativas. Hay que poner de relieve que en algunos sistemas nacionales, la información y la consultación son funcionales a la acción negociar, mientras que en otras, son funcionales a la codecisión. Sin embargo, a nivel de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria no existen mecanismos institucionales para contratar, ni tampoco sedes de codecisión en el sentido técnico. ¿Con estas premisas, cómo es posible imaginar que los CEE constituyan un

vehículo de internalización de la acción contractual colectiva en las materias que son objeto de información y consulta?

Podemos formular dos hipótesis, y ambas parecen resultar confirmadas por el análisis empírico. La primera es que el CEE se plantea como actor de para-negociaciones que formulan grandes líneas para una acción contractual que se hallará en las filiales, al nivel nacional. La segunda hipótesis es que el CEE estimula la comparación y la colaboración entre sindicatos y representantes de los asalariados de los diferentes países que forman parte del comité. Por lo menos donde los sindicatos son organizados de buena manera, la creación de estas redes de información puede conducir las partes a formular posiciones comunes.

III. TRANSFERENCIA DE EMPRESAS U OTRAS MODIFICACIONES DE LA BASE LEGAL O JURÍDICA DE UNA EMPRESA, O DE UNA PARTE DE ELLA

1. Premisa

Dado el carácter multiforme de los fenómenos de descentralización productiva, recuremos más frecuentemente a la transferencia de toda o parte de empresa para conferir una forma jurídica a los procesos de externalización, la cual tiene, en los campos de estrategias de descomposición de la bases de producción, una importancia creciente desde hace veinte años ("*trend*" positivo).

Parece acertado, debido a la heterogeneidad de las normas, y a las dificultades lingüísticas que complican la comparación entre planificaciones diversas, operar una síntesis y una simplificación de la materia. A este fin, el método elegido es el de la comparación entre las normas presentes dentro de la UE (con la directiva n°2001/23/CE) y las normas de países europeos y extra europeos considerados en la base de derechos nacionales.

Si es cierto que esa elección genera una simplificación y una reducción de las perspectivas de análisis, presenta cualidades que justifican su adopción.

En primer lugar, tal perspectiva comparativa se justifica por la existencia de un grupo que consiste en sistemas jurídicos nacionales que presentan una homogeneidad relativa de normas realizadas a través de la armonización comunitaria, es decir por un vector supranacional de reglamentación. La existencia de una norma supranacional, incluso limitada regionalmente, permite destacar las analogías y las diferencias entre el sistema de regulación común a la UE y de los países que, al contrario, no han regulado el fenómeno (por ejemplo, Chile, Costa Rica y Estados-Unidos), y que a veces recurren a la jurisprudencia ; o países que aplican normas especificas de transferencia por *analogía legis* (como es el caso en Perú, que aplica, para las transferencias, la norma L*ey General de Sociedad* que concierne a las fusiones) ; o también sistemas donde los tribunales tienen un poder creativo de derecho y donde operan fuentes normativa segundaria (estatutos, reglamentos, etc.) que garantizan una reglamentación incompleta y heterogenia : se trata principalmente aquí de países de *common law* : Reino Unido, Canadá (sin Québec), Republica de Sudáfrica, etc.

Privilegiar la observación comunitaria no perjudica la posibilidad de evidenciar las especificidades de los países que tienen normas diferente, ni incluso las de los países de la UE, lo que muestra la interacción entre la fuentes internas y supranacionales, y el dialogo -a veces difícil- entre jurisdicción nacionales y el TJCE. A este propósito, conviene recordar que la directiva es el instrumento legislativo adecuado a fin de acercar las legislaciones de los Estados miembros de la UE relativas al mantenimiento de los derechos de los asalariados en caso de transferencia de empresa, de centro de trabajo o de una parte de la empresa, fuente de vínculo para los Estados que representa un objetivo a

perseguir, y no un instrumento para alcanzarlo (art.249 al.3 Tratado CE). Pertenece a la competencia de los Estados miembros lograr estos objetivos en cuanto a la forma y a los medios. El margen de libertad dejada a las decisiones de aplicación de los Estados miembros puede también cambiar sencillamente, pueden ser directivas que dejan espacios amplio de flexibilidad, funcionales con respecto a las particularidades de los sistemas nacionales (como por ejemplo, las directivas que son objeto de grandes discusiones sobre la sociedades europeas y sobre la participación, o pueden ser directivas como la que trata de la transferencia de empresa, muy especifica (pero que deja también unos espacios de flexibilidad evidenciados *infra*), las cuales imponen, al contrario, una aplicación puntual y uniforme. El punto de vista elegido se justifica por fin, por el carácter relativamente completo del sistema normativo europeo, que reglamenta en detalle los principios aspectos del fenómeno, otorgando una base racional para la reglamentación con vocación supranacional. La reglamentación cubre de hecho, además de la definición de los campos objetivos y subjetivos de aplicación de la directiva, la protección acordada al trabajador cogido en el proceso circulatorio de la empresa, los procedimientos de información y de consulta sindical, los regímenes de responsabilidades entre cesionista y cesionario en la relación con el asalariado transferido. Se trata, como podemos ver, de un sistema normativo que se encuentra con dificultad en las planificaciones no europeos, los cuales, al contrario, reglamentan de manera parcial esta disciplina o no tiene ninguna reglamentación, y se apoyan, de manera generalmente insatisfactoria, en la jurisprudencia.

La discusión seguirá el orden coherente propuesto por el cuestionario. Primero hay que definir el campo objetivo de aplicación de la institución "transferencia de empresa o de parte de ella", clarificando lo que entendemos por "transferencia", es decir (i) ¿Qué actos jurídicos son idóneos para realizar la transferencia, y que entendemos por el termino "objeto de cesión"(ii). Después, será necesario explicar un problema de carácter general, relativo a la distinción entre transferencia de empresa y transferencia de una sola parte, a fin de verificar el carácter adecuado de una reglamentación indiferenciada (iii).

Analizaremos después el campo subjetivo de aplicación de la disciplina sobre la transferencia y sus protecciones. Se tratara de definir quienes son los sujetos destinatarios de la protección (iv) y de analizar con distinción las garantías (que derivan de las condiciones del contrato de trabajo individual, con referencia al empleador) (v), las garantías colectivas (previstas por los convenios colectivos) (vi), el eventual derecho de oposición del asalariado a su transferencia (vii), el régimen de responsabilidad solidaria que liga al cesionista y al cesionario con el asalariado (viii), y, por fin, el reconocimiento de derechos de información y de consulta de las organizaciones representativas sindicales o de los asalariados directamente interesados.

Cada uno de estos aspectos merece una atención particular. Sin embargo, la lógica que guía la presente reflexión no es una análisis "vertical" de la instituciones sino una análisis transversal, es decir una comparación / confrontación de la cual emergen características globales de la reglamentación, en la medida en que sean controlables. Son grandes líneas comunes que hay que confirmar o defender en la medida en que garantizan protecciones eficaces para los asalariados, o que hay que pensar de nuevo para las que parecen ser defectuosas para garantizar las condiciones de trabajo de los sujetos durante externalizaciones.

Sección 1

1. Definición del campo objetivo de aplicación del supuesto de hecho; el instrumento jurídico utilizado

Una definición general, o mejor dicho, global, de la transferencia de toda o parte de empresa, válida para todos los sistemas jurídicos, puede expresarse más sintéticamente, en términos más descriptivos que normativos, como una *cesión de una entidad/actividad económica por parte de un sujeto que ejercía antes esta actividad de manera interna, a otro sujeto, que adquiere su gestión*. En caso de que lo que se cede sean simple funciones de empresa o partes de actividad, tal forma de externalización se

acompaña frecuentemente de una sucesiva readquisición por parte del cedente del servicio o de la actividad cedida anteriormente ejercida dentro de la empresa, por el esquema de "la *externalización intra moenia*".

Una vez introducida tal definición general, es acertado clarificar cual(es) es (o son) los instrumentos jurídicos idóneos para realizar un cesión de empresa o de una parte de ella, definiendo, en sus limites morfológico-jurídicos, el objeto de la cesión. Este último punto es particularmente debatido en la doctrina y la jurisprudencia. Existen, en efecto, diferencias e imprecisiones terminológicas mostradas por la utilización de nociones que no son siempre equivalentes u homogéneas como la de una empresa, un establecimiento, una entidad económica, una actividad, un business, etc.

La directiva n°2001/23/CE plantea que cualquier acto idóneo para producir una cesión contractual, incluso la fusión, realiza una transferencia de empresa o de una parte de ella. Tal principio está confirmado por la jurisprudencia del TJCE, la cual, a varias veces, insistió en el carácter irrelevante del acto jurídico utilizado, reconociendo aún la aplicabilidad de la directiva a fenómenos caracterizados por la ausencia de negociación directa entre el cedente y el cesionario, para que la transferencia pueda efectuarse en varias fases, por efecto de una mediación de una tercera persona. En el sentido del derecho comunitario, entre los instrumentos jurídicos que pueden estar en la base de una transferencia de empresa, podemos añadir la cesión de sociedad, non obstante el hecho de que ésta no esté expresamente mencionada por la directiva n°2001/23/CE, pero entra en los instrumentos translativos que figuran en el remisión operada por la directiva 82/891/CE al sector de la transferencia de empresa en sus aspectos que conciernen a la protección de los derechos de los asalariados de cada una de las sociedades que participan a la cesión. El enfoque funcionalista no formalista adoptado por los jueces comunitarios parece ser aceptado por los legisladores de los países miembros de la UE. Por ejemplo, en el articulo 44 ET español, en articulo 2112 del código civil italiano, que define la transferencia como toda operación que comporta la mutación del titular de una actividad económica organizada haciendo abstracción de la tipología de la negociación o de la medida ; en la ley austriaca, que define la transferencia como todo procedimiento idóneo a transferir el poder de decisión de un sujeto a otro (venta, cesión de los derechos de propiedad, alquiler etc.). Una definición amplia y análoga en el campo de aplicación de la norma se halla también en los derechos del trabajo sueco y holandés. El enfoque funcionalista esta• también presente en sistemas que, como el alemán, no precisa la clase jurídica del acto de transferencia, dejando a la jurisprudencia de la BAG (tribunal federa alemán) afirmar, en conformidad con la interpretación de la CJCE, el carácter idóneo de algunos actos jurídicos que comportan una mutación de la propiedad de la empresa. Tal noción se aplica entonces a todas la sucesiones de carácter simple, excluyendo, al contrario, las sucesiones a carácter universal (herencia, fusión, división, etc.) las cuales entran en la reglamentación del 324 UmwG. Sin embargo, este ultimo, extiende la materia del par. 613 a BGB también a estos supuestos de hecho con tal que existan requisitos que supongan una transferencia de empresa. Los actos que no suponen una relación contractual/jurídica directa entre cedente y cesionario entran también en la noción de transferencia, mientras se excluyen del campo de aplicación del 613 a BGB las escisiones realizadas sobre la base de disposiciones de la ley o de actos "*autoritativi*".

Tenemos que fijarnos particularmente en la definición contenida en el *transfer of undertakings (protection of employment) regulation 2006,* adoptado recientemente por el parlamento del Reino Unido. Este texto pretende delimitar con mayor certidumbre las características del *transfert of undertakings* en el contexto de la externalizaciones. Tales *regulations* tiene el mérito de dar una ejemplificación del radio de instrumentos utilizables para realizar una transferencia de empresa (*service provision chamge*), en armonía con la norma europea e incluyendo varias hipótesis vinculadas al *outsourcing* como la de la cesión de *activities* por un *contractor* o un *subcontractor*. La *Regulations* se aplica en casos de *transfert of understaking*, *business or part of undertakings or business* -que solo existen antes de la transferencia- a otro empresario *employer*, en caso de que se confirme la transferencia de una *economic entity which retains its identity* (transferencia de una entidad económica

que conserva su identidad). Se aplica también en caso de *service provision change*, en el cual las actividades gestionadas por un sujeto (*client*) en su propio beneficio están gestionadas por otro sujeto (*contractor*) en beneficio del primero; en caso de una cesión de *activities*, gestionadas previamente por un contractor en beneficios de un *client* y cedidas a otro sujeto (*subsequent contractor*) que las gestiona siempre en beneficio del *client.*

Atendiendo a los "nuevos países comunitarios", la Republica Checa distingue la transferencia de empresa (o de una parte de ella), regulada y definida por los términos de "liquidación de empresa", venta de todo o parte de empresa, de la transferencia de "*task and activities*" definida en el código del trabajo, donde *task* está considerada como una producción de bienes, o como desarrollo de servicio, o cualquier otra actividad similar. Tal diversidad de fuentes no limita los instrumentos jurídicos para realizar una transferencia. El derecho polaco se expresa en términos de transición de una empresa que está necesariamente basada en la adquisición de un derecho de propiedad por parte del cesionario, lo que confirma la libertad de utilización de los instrumentos jurídicos más variados.

En los países de *comon law*, encontramos analogías sobre los tipos de instrumentos utilizables para realizar la cesión de empresa. En Canadá, por ejemplo, según el *employment standards act* (2000) del Ontario, los derechos del sucesor entran en vigor en caso de la venta de empresa. Aunque una definición pueda limitar la individualización de la institución en el único caso de compra, la venta se define de manera amplia a fin de realizar una transferencia también en caso de acuerdo, de reestructuración, de fusión de empresa, de testamento (sucesión hereditaria), privatizaciones con un abanico de hipótesis más grande que las que prevé la legislación comunitaria.

En la homogeneidad general de los instrumentos idóneos para realizar una transferencia, la planificación chilena es una excepción: el término de transferencia se limita al único caso de compra, según la visión limitada, que no aplican los otros países de América latina. El derecho venezolano define, de hecho, la transferencia por la expresión muy general de "sustitución de patrón", el derecho peruano que solo ha codificado el supuesto de hecho de la fusión, aplica tal legislación por analogía con todos los otros casos de transferencia de empresa.

Para concluir, podemos afirmar que, con algunas escasas excepciones, entre los sistemas estudiadas, la definición del campo objetivo de aplicación hace abstracción del instrumento jurídico utilizado para realizar la transferencia, por eso, la individualización de los factores discriminantes a fin de cualificar la mutación del titular de la empresa en términos de transferencia de empresa (o de una parte de ella), debemos abandonar el terreno del título jurídico para acceder al terreno relativo al objeto de la transferencia, lo cual es en mayor parte fenomenológico.

2. Definición del objeto de cesión. La noción de entidad económica en la norma comunitaria: la evolución de la interpretación de la CJCE

La directiva n. 2001/23/CE define su propio campo de aplicación a las transferencias de empresa, de establecimiento o de parte de una empresa a un nuevo empleador después de cesión, o de una fusión, y define el objeto de la transferencia como una entidad económica que conserva su propia identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de desarrollar una actividad económica esencial o accesoria (art. 1, 1b).

Exigiendo expresamente la existencia de un conjunto de medios organizados, el legislador comunitario deja entender que la entrada en el ejercicio de una simple actividad no integra en sí las extremidades de la transferencia de una entidad económica idónea a conservar su propia identidad. Al mismo tiempo, la directiva no precisa la clase y la circunstancia de los "medios organizados" que apoyan la identidad económica. El derecho europeo no prescribe de este modo una reducción de los elementos que constituyen la organización productiva a los solos bienes -materiales o inmateriales- organizados por el empresario, sino que atribuye una relevancia amplia al concepto jurídicamente

neutro de “medios organizados”, los cuales pueden ser identificados -en ciertos casos y en ciertas condiciones- como los únicos recursos humanos de la empresa.

En esta perspectiva, la directiva encierra en su propio campo de aplicación no solo las “partes de los establecimientos”, que ya estaban presentes en la primera directiva en matera de transferencias n°77/187, sino, con una posición que relativiza la consistencia de bienes materiales al sector de referencia, valorizando también la organización de “medios” ampliamente entendido, a las “partes de los establecimientos”.

Decir que el legislador comunitario codificó la orientación jurisprudencial de la CJCE a partir de la sentencia *Suzen* con la directiva n° 23 de 2001 (en realidad con la directiva n°98/50), es una observación común. La expresión “entidad económica” apareció por primera vez de manera significativa con la sentencia *Spijkers*, dentro de un razonamiento de conjunto conducido por el tribunal sobre elementos necesario par identificar el objeto de la transferencia de empresa. Al averiguar si las condiciones habían sido satisfechas, el tribunal elaboro• un test general, en el cual indico• una serie de indicios tipológicos. Hay que tomar en consideración “todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación, y particular el tipo de empresa o de establecimiento en cuestión, la cesión por lo menos de los elementos materiales, entre los cuales los edificios y bienes inmuebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la cesión, por lo menos que el nuevo empleador contrate de nuevo a la mayor parte de la plantilla, la transferencia, por lo menos de la clientela, así como el nivel de analogía de las actividades ejercidas antes y después la cesión y la duración de una eventual suspensión de la actividad. Hay que observar que, con la lupa de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, se trata de indicios heterogéneos, los cuales fueron interpretados por el tribunal de manera equívoca. Algunos elementos son relevantes en lo que concierne a la individualización de los hechos de especie mientras otros concurren a la evaluación del mantenimiento de la identidad de la entidad económica.

La estrategia argumentativa adoptada por la sentencia *Spijkers* se mantiene en las sentencias siguientes (*Ny Molle Kro, Daddy’ dance may (o Tellerup*). Todo esto es coherente con una afirmación incluida en una de la primeras decisiones en la materia (la sentencia *Botzen*), que había indicado que “la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vinculo que existe entre el asalariado y la parte de empresa o de establecimiento a la cual se vincula”. Si el carácter fundamental de la relación laboral es la relación inherente a la parte de la empresa a la cual el salariado está asignado, es posible dar un paso más recordando que la transferencia de actividades a la cual el asalariado se vincula vale tanto como una transferencia de una parte de la empresa. A través de la superposición del concepto de entidad económica y del de actividad económica, el tribunal consigue hacer prevalecer la noción de transferencia de empresa a la de llamada de servicio, aumentando el campo de aplicación de la directiva hasta comprender la hipótesis de transferencia de un contrato de prestación de servicios (ver las sentencias *Waszon Rask, Scmidt, Merckx*). Esta orientación fue muy criticada, como lo muestra el difícil dialogo entre la CJCE y los tribunales nacionales, que intentan mantener la tradición interpretativa centrada en la noción de *empresa-organización* (por ejemplo en Alemania, Italia, España), o que tienden a orientarse hacia ella (Francia).

En su esfuerzo por aportar una protección adecuada a los asalariados implicados en los proceso de terciarización, en las sentencias precitadas, el juez comunitario había cultivado un dato que no se puede despreciar. Poniendo en el mismo plano transferencia de empresa y transferencia de actividad, el tribunal mostró que había entendido como los procesos de externalización se manifestaban de manera diferente de la organización de los factores productivos en los cuales la función organizacional no se difundía a lo largo de los canales de propietarios, sino a lo largo de una red de vínculos contractuales.

Después de la sentencia *Schmidt*, parecía claro que el tribunal, en la cumbre de una orientación expansiva bien enraizada, y teológicamente orientada hacia la maximización de la potencialidad de la garantía de la directiva, se había definitivamente lanzado por la vía de la identificación casi total del

concepto de empresa / entidad económica con el de actividad. Había optado de este modo, de una vez para siempre, por la teoría que evoca la que fue elaborada por la doctrina francesa, y mantenida en la interpretación de la disposición del Código del trabajo (art. L.122-12) de la *empresa actividad*, en detrimento de la concepción opuesta -que prevalece ahora en Francia después del cambio brusco del tribunal supremo en 1985 y 1986- de la *empresa-organización*. Las criticas muy vivaces y las polémicas suscitadas por esta decisión obligaron el tribunal a desandar lo andado. Asistimos a un asentamiento más que a una inversión de la tendencia, en el sentido en que el juez comunitario consolida su propia conciencia de los fenómenos de externalización, dando una lectura de los mismos a la luz de la directiva (dir. 77/187/CEE). Al mismo tiempo, se da cuenta de que no puede dar a esa ultima interpretación totalmente comprehensiva juntada en la jurisprudencia precedente, por eso la sentencia *Suzen* dentro de la cual el tribunal intenta contestar a la criticas de un enfoque excesivamente expansivo e "hypergarantista" de la sentencia *Scmidt*, que va hacia una evaluación más rigorosa, y necesariamente contextual y de todos los conjuntos de indicios elaborados por la sentencia Spijkers.

Tras un homenaje formal a la precedente jurisprudencia, el tribunal se aleja de ella afirmando que la noción de entidad económica presupone un conjunto organizado de personas y de cosas finalizadas para ejercer una actividad económica. Por un lado se excluye que la simple sucesión en el desarrollo de una actividad cumpla los extremos de una transferencia de empresa, sabiendo que una entidad económica no puede reducirse a la actividad le fue confiada, pero al mismo tiempo notamos que "si la transferencia de elementos patrimoniales constituye uno de los varios criterios que el juez nacional debe tomar en consideración para evaluar la efectiva existencia de una transferencia, la ausencia de tales elementos no excluye la existencia de la transferencia". Un conjunto organizado de asalariados subordinados específicamente y de manera estable afectados a la realización de una tarea determinada en ausencia de otros factores, podrá corresponder a una entidad económica. El cortocircuito entre elementos que constituyen el supuesto de hecho y los efectos de aplicación de la materia -cuyo mayor efecto previsto por el derecho comunitario, a saber la continuación de los contratos de trabajo con el cesionario, que se transforma en una pre condición de su aplicación- no esta• desarmado. Sin embargo, pueden apreciarse algunos elementos de novedad. En *Suzen,* a diferencia de *Schmidt*, el tribunal afirma claramente "que es el juez nacional competente el que debe averiguar a la luz de todos los elementos interpretativos enunciados anteriormente, si en el supuesto, se pudo averiguar la transferencia", y sobre todo, pone el acento, no en la transferencia de tal o tal parte del personal, sino en la transferencia de una "parte esencial", en términos de número y de competencia del personal. Notamos que no es una transferencia de un conjunto de relaciones de trabajo, sino la transferencia de un conjunto de trabajo que debe permitir desde un punto de vista tanto cuantitativo (numero de asalariados) como cualitativo (conocimientos, competencias profesionales) que la actividad económica se realice.

Podemos ahora formular unas reflexiones conclusivas, que introducen el tema del objeto de la transferencia en el contexto de los sistemas nacionales. La principal conclusión es que el derecho comunitario acoje, a partir de la sentencia *Suzen*, una noción de *empresa desmaterializada (dematerializzatta)*, pero no *inmaterializada, sin materializacion (smaterializzatta)*. No se subrayan tanto los bienes que componen esta entidad como el valor económico en la cual pueden concurrir de manera significativa las prestaciones de trabajo (*rectius,* la mayor parte de las prestaciones de trabajo apreciadas en términos cuantitativos y cualitativos): una noción ligera de la empresa, compuesta por la presencia de elementos materiales y de prestaciones de trabajo, que se retienen de tal manera que el juicio sobre la circunstancia de la entidad económica para que su transferencia este ligada por la presencia de elementos materiales y estructurales.

Para poder cualificar un supuesto de hecho de transferencia de empresa, se exige: (1) que el objeto de la transferencia sea una entidad económica que es en sustancia una organización de personas y de elementos que permite el ejercicio de una actividad económica. Pero para que el tribunal no adopte una visión estrecha de la empresa organización, estos elementos no se identifican necesariamente con

bienes patrimoniales, materiales o inmateriales, por consecuente (2) la entidad económica puede estar constituida exclusivamente por un grupo organizado de trabajadores afectados por el empleador específicamente y de manera estable a un deber común. Además, subrayamos (3) una organización del grupo (con o sin el uso de elementos patrimoniales) entendida como vinculo objetivo entre sus componentes, cualificado y determinado a la finalidad productiva perseguida, que existía antes de la operación de descentralización y que no era puramente potencial, representando un dato instrumental de la empresa (o parte de ella) del objeto de cesión. En fin, notamos elementos de identificación de la entidad transferida en el sentido que ésta (4) debe ya ser operante frente a la empresa cedente y (5) deber seguir mantenida durante la transferencia y después de la transferencia (la recontratación "voluntaria" por parte del cesionario nos da un indicio presumiendo de la estabilidad estructural del personal empleado por el cedente).

3. La noción de entidad económica en las planificaciones de los Estados miembros.

Hemos querido dedicar un espacio amplio a la reglamentación comunitaria, integrando el hecho normativo con la rica elaboración jurisprudencial de la CJCE, porque la dialéctica entre transferencia de actividad económica y transferencia de entidad económica describe bien los movimientos de oscilación que determinan el objeto del supuesto de hecho y, en consecuencia, el campo de aplicación de la disciplina de la transferencia ; todo esto tanto en los sistemas jurídicos europeos como mundiales, ya que la aplicación del núcleo normativo de protección prevista, sea por el Estado, sea por la jurisprudencia, depende de la definición del objeto, o más bien sobre el *dicrimen* entre actividad (*smaterializzata, non materialisée, imatérialisée*), y la entidad (*dematerializzata, dématérialisée*).

En lo que concierne a los países europeos, hay que notar la adecuación legislativa a la directiva comunitaria a determinar un nivel de europeización consecuencia de una norma bien organizada, aunque, como lo hemos dicho, esa permite oscilaciones y tensiones relativas a la aplicación jurisprudencial según las orientaciones de los tribunales nacionales. Emerge también un grupo de sistemas (Francia, Alemania, España, Italia) orientados a concebir el objeto de la transferencia en términos de empresa organización, introduciendo, en consecuencia, criterios rigurosos y selectivos de control de los supuestos de hecho a lo largo de los tres ejes principales donde se puede decomponer este control: es decir la noción de entidad económica, la reconducción de supuestos de hecho sin elementos materiales, la distinción entre empresa y parte de ella (punto en el cual nos detendremos *infra*). Hay que notar en estos puntos el rigor ejemplar de la normativa alemana, que codificó la noción de empresa y de parte de empresa en el § 613 a BGB, desarrollando después la jurisprudencia una noción coherente con la norma comunitaria. La empresa (o parte de empresa) se entiende como un conjunto organizado (entidad organizada) de personas y de medios (materiales o inmateriales) finalizados al ejercicio de una actividad económica con fines propios. Los elementos substanciales de la entidad son la existencia de una identidad antes de la transferencia, ya individualizable en la organización del cedente aunque sea limitada a una función auxiliar y accesoria, y su conservación en la transferencia y después de la transferencia, mostrada por la efectiva continuación de la actividad objeto de la cesión por parte del cesionario. Es interesante notar la valorización efectuada por la BAG del elemento de la duración de la actividad económica desarrollada de la entidad transferida, juzgando que la pura potencialidad de esta última a durar después de la transferencia no es suficiente. En los confines de la noción, notamos, por un lado, que la pura sucesión de funciones de empresas no caben en los supuestos de hechos reglamentados por el § 613 a BGB, mientras que la cesión sin la transferencia de medios de empresa esta• resuelto por un recorrido lógico-jurídico que coincide con el que efectuó la CJCE en *Suzen*, por eso la recontratación voluntaria de una parte del personal destinado anteriormente al desarrollo de funciones determinadas comporta la adquisición por parte del nuevo titular de un *quid* -la entidad económica organizada- para el que desarrolla una actividad económica, es decir crear beneficios y tenerse propia posición económica en el mercado. Para no perder las fronteras entre transferencia de empresa y pura externalización de personal, la BAG se esforzó

después de plantear los valores del porcentaje del personal recontratado sobre la base del cual se podía clasificar por lo menos los hechos en las transferencias de empresa, considerando en un caso que el 75% del personal recontratado no era suficiente para cualificar la situación de transferencia de empresa, considerando en otro caso el carácter adecuado para el 85%. Es acertado precisar que tales porcentajes no constituyen los limites o valores de referencia en sí, el numero / porcentaje de asalariados transferido se apreciará también en relación con la pericia que llevan en ellos.

La normativa francesa cualifica también como transferencia de empresa o una parte de ella la cesión de una "actividad económica" interpretada, desde ahora, según la jurisprudencia europea. Confirmando la comunitarización de la disciplina, la condición de aplicabilidad del articulo L.122-12 del código del trabajo es la presencia de una entidad económica caracterizada por un conjunto organizado de personas y de elementos materiales o inmateriales que permiten el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio (aunque el accesoria a la principal). En principio, la transferencia debe entonces incluir no solo trabajo, sino algunos "medios" con los cuales se realiza el trabajo. No es suficiente transferir un mercado. Hay que transmitir los medios materiales (máquinas, camiones, locales, etc.) o inmateriales (marcas, patentes, lista de clientes, derecho al arrendamiento, etc.). La ideas del mantenimiento de la identidad y del conjunto organizado significa que una cierta continuidad en la organización debe ser perceptible antes y después de la transferencia. Una externalización por recurso a la subcontratación podrá por lo tanto realizar o no una transferencia, si se acompaña, o no, de estas transferencias de medios, de organización. Ante todo, la flexibilidad en la interpretación de los criterios se puede utilizar para extender o reducir el campo de los contratos según los envites prácticos de la especie: es esencialmente por este mecanismo que el tribunal supremo limita el efecto automático de la externalizaciones en el caso cuando la transferencia concierne una parte de la empresa (y no la empresa en su globalidad).

El objeto de transferencia sufrió también un proceso avanzado de europeización en España, donde la doctrina y la jurisprudencia prevalerte consideran que la entidad económica transferida (empresa, *centro de trabajo*, unidad productiva autónoma), conserva su propia identidad cuando el supuesto de hecho presenta las características de la *empresa-organización*, es decir cuando la transferencia incluye los elementos necesarios y suficientes para continuar una actividad de empresa caracterizada por una autonomía suficiente. Tal noción no implica necesariamente la presencia de medios materiales porque importan también la pericia, la red comercial, la clientela etc., puesto que en el caso de una actividad de servicio, la más reciente orientación del *Tribunal Supremo* se acerco• formalmente de la CJCE, aunque en realidad la jurisprudencia continúe confiriendoun valor decisivo a la transferencia de elementos patrimoniales, cuya presencia confirma el carácter autónoma de la unidad económica.

En la base de las consideraciones desarrolladas en relación con la noción comunitaria de entidad económica, sobre la fe de interpretación que esta noción recibe en los ordenamientos jurídicos alemán, francés y español, es interesante subrayar el enfoque particular del legislador italiano, el cual, tras haber transpuesto correctamente *in parte qua* la directiva de 2001, se alejo• durante la reforma operada por el d. lgs. N. 276/03, diferenciando claramente los elementos tipológicos del objeto de la transferencia: introduciendo una geometría variable entre la empresa en totalidad y su *parte,* el legislador italiano, por un lado, eliminó para esta última hipótesis, sea el requisito de la preexistencia, sea el de la conservación de identidad, por el otro remitió la identificación del *quid* que se transfiere a la voluntad de las partes, poniéndose en conflicto con el contenido de la directiva n. 2001/23 y con la elaboración jurisprudencial de la CJCE. Como sabemos, de hecho, la formulación de la directiva extiende el campo de la transferencia de empresa también a la transferencia de la parte de empresa, planteando una misma definición del objeto de la transferencia, y poniendo de relieve dos elementos: el carácter de estructura económica organizada con un fin productivo, y el mantenimiento de la identidad. Razonando en términos de conservación de la identidad del ramo de empresa, la CJCE demostró en varias ocasiones acordar una importancia principal a la preexistencia del objeto de cesión, afirmando que la conservación de la identidad de la empresa " se deducía en particular del hecho de que su

gestión fuese efectivamente perseguida o recuperada", es decir presupone racionalmente la preexistencia de la entidad transferida, que podría lógicamente conservar la identidad de algo que fue privada de ello anteriormente.

Mientras tanto, la CJCE objetivaba la noción de entidad transferida, valorando el hecho de la estabilidad organizativa (seguida oportunamente por la jurisprudencia alemana), el legislador italiano parece ir más hacia la dirección totalmente opuesta, comprometiendo la estabilidad estructural de la articulación transferida a fin de facilitar los procesos de externalización y de segmentación de la actividad de la empresa. La eliminación del elemento de la conservación (y de la preexistencia), en los limites del único caso de transferencia de parte de empresa, y su conservación en caso de transferencia entera de empresa genera entonces una disparidad injustificada de tratamientos entre dos hipótesis, nunca avanzadas en sede comunitario, que no se encuentra tampoco en los sistemas jurídicos de los países miembros de la UE.

En los otros sistemas considerados, de hecho, podemos también decir que la comunitarizació de la noción de empresa organización se expresa solidamente en términos normativos, y aparece funcional a un control tipológico de las operaciones de externalización. El derecho austriaco, por ejemplo, define el ramo de la empresa como una actividad/entidad económica que desarrolla de manera permanente una actividad funcional a la realización de una finalidad comercial o productiva. En Suecia, la descentralización productiva se realizará en una situación donde una empresa vende/transfiere sus *assets* (incluyendo recursos productivos conexos con una parte de las *business operations* transferidas), el objeto de la cesión debe consistir en una entidad económica organizada de manera estable para obtener un objetivo económico. Encontramos una definición análoga en la planificación holandesa, que se refiere a una "*economic entity witch retain its identity*" (art. 7 :662 (2) a CC), o por "economic entity" debemos entender " *a grouping of organised means, intended to pursue an economic activity*" (art. 7 :662(2)bCC). La planificación del Reino Unido valoriza también el dato de la estabilidad de la organización de la entidad cedida, refiriéndose explícitamente a la transferencia de una entidad económica "*whitch retains its identity*" y está a punto de promulgar una nueva Regulation 2005/6 dentro de la cual la transferencia de empresa se refiere también a las nuevas hipótesis relacionadas con los fenómenos de externalización, cualificadas como "*service provision change*", dentro de las cuales las "*activities*" gestionadas anteriormente por un sujeto (*client*) en su propio beneficio esta•n gestionadas por otro sujeto (*contractor*) en beneficio del primero, o de "*activities*" gestionadas por un *contractor* en beneficio de un cliente esta•n cedidas a otro sujeto (*subsequent contractor*) que las gestiona en beneficio del *client*. En esta hipótesis global, relativa a la noción de *economic activities,* y cuyo mayor objetivo es discriminar los hechos de especie de legitimas transferencias de empresa de otras formas de externalización quitadas del campo de la transferencia, se define como "*organised grouping of ressources which has the objective of pursuing aneconomic activity, whether or not that activity is central or ancillary ".*

La situación de los nuevos países comunitarios, como Polonia, es diferente. La jurisprudencia considera en términos imprecisos y extensos la noción del objeto de la transferencia, tal como también hacer entrar cualquier bien que sea con la única actividad sin transferencia. Republica Checa presenta, por su lado, en el código del trabajo una noción de objeto de transferencia como "the employer's tasks and activities", imprecisa y no idónea para basar un control riguroso de los supuestos hechos.

4. El objeto de cesión en los ordenamientos extra europeos:

La definición del objeto de transferencia dado por las ordenamientos europeos examinados se apoya sobre la dialéctica entidad económica contra actividad económica; además, en ausencia de definición legal precisa, el control de la tipología de los supuestos de hechos esta• sobre todo elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, lo que da un relieve particular a la cara estabilidad del quid cedido, entendido como mantenimiento de la identidad por parte de la empresa o por parte del objeto de cesión. En consecuencia, el carácter de la continuidad de la actividad desarrollada por el objeto

transferido resalta. Sin embargo, mientras tanto dentro de la UE la afirmación de la noción de transferencia de una entidad económica puede ser considerada como adquirida, por la comprobación de esta noción tanto por la norma comunitaria como por la jurisprudencia de la CJCE, a nivel general, el escenario esta• menos definido con el riesgo que la noción de transferencia de empresa o de una parte de ella se utilice para una instrumentalización y utilizaciones fraudulentas con el fin de expulsiones incontroladas del personal.

En algunos países estudiados, el objeto de la cesión se representa conceptualmente con la noción, próxima a la comunitaria, de unidad productiva organizada, excluyendo del campo de aplicación de la noción de transferencia de empresa la cesión de una pura actividad. Es el caso en países que tienen una noción legislativa de la transferencia de empresa. Es el caso de la definición -objetiva y materializada- contenida en el art. 6 del *Labour Act* del 2003 turc, que individualiza el objeto de la transferencia en la noción de "*establishemet workplace*" excluyendo la más genérica e incierta de *undertaking*. Con el *establishement workplace*, entendemos la entidad económica en la cual la fuerza de trabajo, los elementos materiales (instalaciones, maquinas, equipamientos) y la pericia están organizados por el empleador para la producción de bienes y servicios. Se trata de una entidad organizada e integrada, compuesta de equipamientos añadidos (adjuntos) y anexos: los primeros son en sustancia los bienes inmuebles y las máquinas, los segundos son los comedores, los dormitorios, los baños, los cuartos para las visitas, los jardines, etc.

En algunos países de *comon law* también, donde la reglamentación de la transferencia de empresa o parte de ella se mantiene en fuentes segundarias como *statutory*, *stare decicis*, así como jurisprudencias de los tribunales de *comon* law, las diversas interpretaciones relativas al campo objetivo de aplicación de los supuestos de hechos acaban proponiendo de nuevo la dialéctica actividad económica contra entidad económica en ventaja de la segunda. Por ejemplo, en este sentido, el derecho canadiense, que vio por un lado a los tribunales de Québec abrazar el concepto funcionalista de la empresa basada en funciones y en sus distribuciones como elementos que cualifican el supuesto de hecho de transferencia de empresa, y por otro lado los *labour board* de Ontario tradicionalmente escudados en un definición que solicita la presencia de elementos instrumentales, como la tierra, los medios de producción, las competencias de los salariados, la licencias, etc. para cualificarlo. Para homogeneizar las orientaciones jurisprudenciales de los Estados federados, y para hacer que los controles de los supuestos hechos sean más rigorosos, el tribunal supremo acerco• la orientación de anchas mallas de Québec a la más restrictiva del Ontario, poniendo de relieve la interpretación según la cual un supuesto de hecho puede ser calificado como transferencia de empresa so•lo cuando el objeto de cesión es una entidad concebida en el sentido organicista, caracterizada por un vínculo organizacional y funcional de medios materiales, inmateriales, o al limite so•lo de personas dotadas de competencias profesionales específicas, o de pericia. Al contrario, la situación normativa australiana parece ser más fluida, donde la legislación reconoce como transferencia de empresa o parte de ella la pura continuación de la misma actividad (*business*) desarrollada por el cedente por parte del cesionario, sin ninguna definición del concepto de *business* y de *part of the business*, cuando la jurisprudencia, reconociendo el carácter "cameleónico" de la noción, encuentra muchas dificultades para aplicarlo a los fenómenos de *contracting out* y *outsourcing,* dejando sin juzgar la extensión del concepto de *part of business* y sobretodo contando con la comparación entre las características de la actividad ejercida por el cedente y la que es presente con el nuevo empleador : *if in substance they bear the same character then it will usualy be the case that the new emplyer has succeded to the business or part of business of the previous employer.*

La noción de transferencia de empresa se define de manera aun menos rigurosas en los países que no conocen ninguna codificación de la materia, donde la individualización de la transferencia de empresa fue dejada a la discreción de la interpretación judicial, frecuentemente a partir de otras materias. Sin embargo, incluso en estos sistemas, el control de los supuestos de hechos tiende a desarrollarse para garantizar los fraudes, a veces convergentes, e incluso superpuestos, sobre la

interposición y sobre la adjudicación. Es el caso de Costa Rica donde, en ausencia de noción legal, el fenómeno de transferencia de empresa (o más precisamente de parte de empresa) a situaciones en la cuales el empleador se encarga del desarrollo, utilizando medios y capitales propios, de una operación productiva, anteriormente realizada por la empresa cedente. Mientras no encontremos las características de tal definición, el empleador cesionario se configura como puro intermediario del cesionista. La combinación de la disposición del principio de prevalencia del hecho al *nomen juris* dado por las partes, y de la norma que presume la existencia de una relación laboral entre quien da y quien recibe un servicio (art. 18 del código del trabajo de Costa Rica) permitió• a los jueces desenmascarar sociedades fictitas o relaciones comerciales aparentes (con evicción fraudulenta de las protecciones de los salariados) detrás de las cuales se escondían contratos de trabajo.

Es el caso también de la normativa argentina, caracterizada también por la ausencia de una norma que reglamenta la transferencia de empresa, y por una elaboración jurisprudencial particularmente rigurosa de la materia, según la cual "*el régimen instituido legalmente no solo se aplica cuando se transfiere un establecimiento de la empresa, o esta ultima con todos sus establecimientos, sino, también, cuando el objeto de la transferencia se reduce a una parte, sección, o dependencia de un establecimiento, siempre o cuando lo transferido pueda ser considerado como una unidad técnica con autonomía productiva que permita, en la medida que sea, la continuidad de la actividad empresarial".*.

Al lado de normativas en las cuales el objeto de la cesión es comparable al que esta• definido en derecho comunitario, existen otras en las cuales tal definición tiende a evaporarse, con, en consecuencia, un perjuicio en la eficacia del control de las tipologías. Es el caso en Perú, donde no existe una noción codificada de la transferencia de empresa, y donde se aplica por extensión la *ley general de sociedad* sobre la fusiones de empresa. Es el caso también en Israel, que no conoce por lo visto una legislación en lo que concierne el *transfert of undertaking*, en el cual se aplica, por extensión, las protecciones previstas por la única ley que existe en términos de descentralización productiva, el *employement of employee by manpower law* de 1996 (revisada en 2000).

En fin, los países como EEUU, Brasil, Republica de Suda•frica, Venezuela, Uruguay, no dan ningún elemento de definición útil para el análisis. Debemos considerar que en estos países los procesos de externalización suceden fuera de un arreglo de control tipológico, que sigue los principios generales del derecho comercial propio de cada país, y los principios generales en materia de freedom of contract, con las consecuencias que podemos imaginar fácilmente en términos de garantías para los salariados concernidos.

En conclusión, podemos decir que fuera de la UE, la eficacia del control tipológico del supuesto de hecho muestra una configuración en forma de "mancha de leopardo". Sería así acertado propugnar una intervención normativa del OIT, al menos para indicar más precisamente los elementos sustanciales de entidad de objeto de transferencia.

5. *Pars pro toto, totum pro parte*:

Es una opinión generalmente compartida, además de las circunstancias objetivas observadas en los hechos, que los procesos de externalización encuentran una realización sobre todo utilizando el esquema de transferencia de una parte de empresa. En la óptica de descentralización productiva, de hecho, la transferencia de la empresa entera es menos relevante que el de una parte de empresa, y es imperioso, en consecuencia, adoptar una visión jurídica selectiva y articulada de este fenómeno, adecuada par dar a la realidad económica-social una forma jurídica congruente.

La relación entre "parte" y "todo" parece ser crucial bajo dos aspectos.

Sobre todo desde el punto de vista de las garantías para los asalariados; en caso de una transferencia entera podemos considerar que la protección de los salariados aumenta al mismo tiempo que la amplitud del campo de aplicación de la disciplina, en el sentido en que cuando los supuestos de hechos pueden ser calificados de transferencia de empresa, los salariados se benefician de la

protección. No podemos decir lo mismo en lo que concierne a las transferencias de parte de empresa. En tal caso, los efectos de la transferencia producen efectos peores más que protecciones. No so•lo en casos fraudulentos o patológicos, en los cuales la externalización es sinónima de pura reducción del personal leudando la norma en materia de despidos colectivo, sino también en la hipótesis fisiológicas de externalización, en términos de convenios colectivos aplicables, de menor garantías en el campo de la protección del empleo, de menor confianza en el empleador, etc. Hasta el punto de poder considerar francamente preferible, para el asalariado, que la externalización se acompañe de la forma jurídica avaramente más grave con el despido (individual o colectivo) más bien que aparecer bajo la *sub specie* de la transferencia a un cesionario, quien dispone de instrumentos más débiles de gestión de los excedentes. En tal caso el cedente que quisiera reducir su personal debería necesariamente moverse respectando el procedimiento relativo a los despidos individuales o colectivos, que justifican la rupturas, respectan la obligación -cuando existe- de recolocación, o los criterios de elección de los asalariados a despedir, reglamentados por la ley o la negociación, etc.

El segundo aspecto que sufre una torsión en la relación parte/todo concierne al interés de la empresa por la operación económica, con respecto no so•lo a la protección de la integridad de la empresa global, y de su valor económico, sino también la *smaterializzazione* (*inmaterializacion*) de la organización productiva a través de programas de *reengineering y downsizing*, como ocurre en la transferencia de partes de empresa. Podemos decir que esos últimos años, asistimos a una mutación profunda de la estrategia y de la estructura de la empresa, y a un carácter cada vez más heterogéneo de las finalidades de la transferencia de empresa. La transferencia, que tiene una finalidad de protección de los asalariados, está estructuralmente dirigida hacia la creación de una forma jurídica con prácticas de externalización.

La cuestión no es insignificante bajo el punto de vista de la racionalidad (en el sentido de coherencia, adecuación, proporcionalidad) de la regulación de los fenómenos de descomposición de empresa por la transferencia. De hecho, en ausencia de una modulación normativa adecuada, el mismo sistema de protección reconocido a los asalariados afectados por los procedimientos circulatorios de empresa, se vuelve aplicado indiferentemente a hipótesis que subtiende a varios intereses, si no son opuestos. La paradoja normativa es doble: por un lado porque se utiliza una norma preparada para dar garantías de protección a los asalariados con fines empresariales, por otro lado porque se invoca la forma jurídica que protege la integridad de toda la empresa para operar su inmaterialización. Desde entonces, la síntesis de los intereses que se operan por la norma sobre la transferencia de empresa tiende a perderse, en el sentido en que el interés de la empresa se aleja (o tiende a alejarse) de los intereses de los salariados cogidos en las externalizaciones. Mientras el interés de la empresa sugiere usar la forma jurídica de la transferencia de empresa para garantizar el paso de los asalariados hacia otro empleador sin su consentimiento , el interés del asalariado consiste, al contrario, en permancer como trabajador del cedente. Dado que este último interés no se toma generalmente en cuenta en la disciplina jurídica de los diversos sistemas jurídicos nacionales (salvo lo que diremos en materia de oposición), podemos decir que la reglamentación de la transferencia de empresa, funcional a los fenómenos de externalización, parece ser desequilibrada en favor del intereses empresariales.

Los perfiles problemáticos planteados por la dinámica parte/todo son de dos órdenes. El primero tiende a la individualización, a través de criterios posiblemente ciertos y objetivos, de la noción de parte de empresa, para evitar una instrumentalización y una utilización fraudulenta dirigida a expulsar asalariados del proceso productivo, el segundo tiende a la adecuación de un sistema de protección aplicado indiferentemente a la transferencia de empresa y a la transferencia de una parte de empresa.

1) frente a una utilización creciente de la forma jurídica de la transferencia de empresa como campo normativo de externalización - como hemos visto, fomentado en primer lugar por una extensión de la noción por la CJCE - el principal antídoto contra los casos patológicos de descentralización está

representado por el control de los supuestos de hechos, de sus fronteras, y de sus condiciones de operatividad.

¿ En qué consiste este control ? Consiste obviamente en el arraigamiento objetivo de la noción de parte de empresa en función anti fraudulenta por la individualización de criterios que permiten, respectando las prerrogativas económicas y de gestión, el examen de la forma jurídica elegida en función de las realidades organizacionales, evitando así la paradoja de hacer depender la aplicación de una normal inderogable de la discreción de la acción empresarial. Criterios de control de la discreción centrados en la efectividad de la articulación de la empresa, y no en el carácter abstracto de un núcleo de bienes o relaciones cedidos a ser organizados para el ejercicio de una empresa; criterios, en resumidas cuentas, aptos para conservar un *discrimen* objetivo entre la cesión de una parte de empresa y la cesión de simples bienes, o otro hechos de especie abstractamente idóneos para dar una forma jurídica a los fenómenos de externalización.

En los casos donde la transferencia no concierne la empresa entera sino una parte, el juicio de valoración para establecer si el supuesto de hecho entra en el campo de aplicación de la disciplina se enriquece naturalmente con otro elemento, representado por la autonomía organizacional y funcional de la parte cedida. Este tipo de presupuesto, y la exigencia relativa al control del supuesto de hecho, se encuentra en los principales ordenamientos jurídicos europeos que conocieron los procesos de externalización. Desde esta perspectiva, es posible justificar las precauciones adoptadas por la jurisprudencia francesa, interpretando de manera rigorosa el articulo L.122-12 cuando la transferencia ocurre en un contexto de externalización, (y que concierne a una parte de empresa), y encuentra el disfavor del asalariado en cuestión. Las precauciones de la jurisprudencia italiana también están justificadas: con el objetivo de poner un obstáculo a la utilización flexible de la norma sobre la transferencia, exige que la entidad cedida no sea cualquier parte de la empresa original, sino una parte idónea para convertirse a su vez en empresa, una especie de micro-empresa en estado de funcionamiento de manera autónoma y no, al contrario, "*il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro*".

Exigencias similares se encuentran en Alemania, donde el asalariado implicado en los procesos de externalización está protegido también por un derecho de oposición. En España también, donde el legislador exige en caso de una transferencia parcial de la empresa, la existencia -al mínimo- de una unidad productiva autónoma, es decir, en la interpretación jurisprudencial, una entidad dotada de bastante autonomía organizacional y de capacidad de beneficio autónomo idónea para constituir por sí misma una entidad socio-económica de producción. Al contrario, la transferencia de elementos aislados e insuficientes con el objetivo de continuar la actividad no cumple con los requisitos del articulo 44 ET, excluyendo este supuesto de hecho del ámbito de la transferencia.

A esta exigencia de control de supuestos de hechos, hay que ligar el control, diferente, sobre las elecciones de los asalariados correspondientes a la parte de empresa con el fin de conjurar la selección arbitraria de los asalariados que se quieren excluir porque son menos productivos, o están sindicados o son inválidos, etc. El control debe ser ejercido de acuerdo con los criterios de la preeminencia de las funciones efectuadas y/o de la funcionalidad de la actividad del trabajo del asalariado con respecto a la parte de empresa cedida.

2) cuando la transferencia concierne a una parte de la empresa, e independientemente del hecho de que ésta sea reconocida en la base del control del supuesto de hecho del precedente punto 1), el sistema de protección debería prever el interés de los asalariados a la conservación de sus puestos de trabajo ante el cedente. El consentimiento de los asalariados a la transferencia podría ser considerada como normalmente implícito, o expresado en términos de conformidad, pero cuando el asalariado hace explicito su desacuerdo a la transferencia, debería tener derecho a permanecer contractualmente vinculado con el empleador con quien se creó el vínculo contractual original. Tal solución, adoptada por los ordenamientos jurídicos que reconocen un derecho de oposición, introduce indudablemente elementos de rigidez, pero, al mismo tiempo, desempeña un papel positivo en la regulación de los

comportamientos del mercado, induciendo a la empresa que descentraliza a buscar interlocutores sólidos y fiables para obtener más fácilmente el consentimiento de las organizaciones sindicales, de la representaciones colectivas de los asalariados, y de los asalariados mismos.

Sección II

1. Los destinatarios de las garantías

Aunque esto pueda parecer banal, antes de considerar si y cómo las legislaciones de los países justifican las posiciones jurídicas subjetivas de los asalariados implicados en procesos de transferencia de empresas o de parte de ellas, parece conveniente individualizar claramente quienes son los destinatarios de la garantía.

La directiva del Consejo n° 2001/23/CE en lo que concierne el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencia de empresa, de establecimiento, de parte de empresa o de establecimiento, indica cuales son los destinatarios de las protecciones previstas : *los trabajadores de la empresa cedente en la fecha de la transferencia*. Hay que definir las nociones de *trabajadores*, *inherencia organizacional de la entidad objeto de cesión* y de *fecha de transferencia*.

En el sentido del articulo 2 de la directiva n° 23/2001, debemos entender por trabajador toda persona perteneciente al Estado miembro interesado que está protegido como tal por del derecho nacional del trabajo, precisando que la directiva misma no perjudica el derecho nacional en lo que concierne a la definición del contrato de trabajo y de la relación laboral.

El articulo 2 plantea algunos " limites " a la libertad de definición de los Estados miembros estableciendo que no se puede excluir del campo de aplicación de la directiva a los contratos o relaciones de trabajo por el sólo motivo del numero de horas de trabajo efectuadas o a efectuar, del contrato temporal tal como lo entiende el articulo primero punto 1 de la directiva 91/383/CEE del consejo del 25 de junio de 1991 (...), de relaciones de trabajo intermediarias como lo entiende el articulo primero punto 2 de la directiva 91/383/CEE y que la empresa, el establecimiento o parte de empresa o de establecimiento transferido es la empresa que emplea o que forma parte de ella. Consciente de la inestabilidad inherente a las relaciones de trabajo atípicas o flexibles, el *flexibility and security act* holandés de 1998 planteó el objetivo de mejorar la posición jurídica del asalariado "on call" o temporal (*temporary agency workers*). Si la directiva comunitaria se limita a definir como ilegítima la exclusión de estos salariados de su campo de aplicación, sin reforzar esta disposición con otros instrumentos de protección, el legislador holandés, de manera más realista, intenta introducir criterios concretos de protección de los trabajadores flexibles, que son los primeros que pierden su trabajo en el caso de una transferencia. De hecho, el FSA modifico el código civil holandés introduciendo una norma que contiene una presunción legal. Cuando una persona trabaja, mediante retribución, para un empleador más de tres meses consecutivos, por lo menos 20 horas semanales al mes, se presume que esta persona es titular de un contrato de trabajo y entra en el campo de aplicación de la legislación nacional y comunitaria sobre la transferencia de empresa. La presunción legal se vincula al rigor de la definición del legislador holandés, que se refiere al contrato de trabajo, y no a las amplias relaciones de trabajo utilizadas por la directiva, lo que implica que los *small engagements*, relaciones de trabajo no formalizadas, no están protegidos en el caso de una transferencia cuando el empleador niega la existencia de un contrato de trabajo.

2. La inherencia funcional organizacional del asalariado a la entidad objeto de cesión:

La clase de la relación que vincula al asalariado con la unidad transferida no sólo depende del caso donde la transferencia concierne a una empresa entera, supuesto de hecho en el que hay que distinguir las relaciones/contratos de trabajo estables de los *small engagements*, sino también y sobre todo del caso donde la transferencia concierne a una sola parte de la empresa, supuesto de hecho donde se

plantea el problema de evitar la inserción en esta unidad de asalariados “degradados” para expulsarles posteriormente, violando los procedimientos del despido.

La organización genera el vínculo que une a un asalariado con una unidad productiva. Tal elemento impone que los asalariados y los bienes de la empresa estén relacionados por un vínculo objetivo y necesario, una relación sincera entre asalariado y empresa o ramo de empresa cedida.

Aunque las relaciones dejan al lado este tema, éstas ponen de relieve la finalidad de evitar utilizaciones amplias o flexibles de la transferencia, en particular para despedir a la plantilla.

En Italia, por ejemplo, el problema del vínculo que debe unir a un salariado con una parte de empresa transferida, se afrontó por la jurisprudencia varias veces, y se halla al centro de un debate doctrinal sobre todo después de la promulgación del d.lgs.n°276/03. El tribunal Supremo, recordó varias veces que la elección de los asalariados afectados por la transferencia debe ocurrir sobrfe la base de la inherencia de la relación laboral a la parte cedida.

Las relaciones mencionan sólo marginalmente este tema, no obstante su indudable relevancia. Frente a la frecuencia cada vez más importante de recurso por las empresas a la transferencia de partes de empresa, instrumento jurídico elegido para realizar los procesos de reestructuración y de externalización, este instrumento necesita precauciones frente a lo que observamos en el caso de transferencias completas (donde hay, sin embargo, menos riesgos de elección discrecional).

Es interesante mencionar un ejemplo. Si la división tapicería de una empresa que fabrica sofás funciona con autonomía con respecto a las otras divisiones, que pueden tener un ritmo productivo diferente de las otras divisiones de carpintería y de transporte, podrá legítimamente ser transferida con el titulo de parte de empresa, dotada de una autonomía productiva y organizacional. La transferencia concierne a la división entera. Entonces, se incluyen en la organización, además de los carpinteros (trabajadores directos), también otros asalariado de mantenimiento, controladores de gestión (trabajadores indirectos). ¿Estos últimos deben ser transferidos? La respuesta requiere averiguar la prevalencia de las funciones efectuadas, la funcionalidad de la actividad desarrollada, etc., criterios, en resumen, de los cuales emergen si una eventual exclusión de dichos asalariados puede perjudicar la autonomía organizacional y productiva de la parte *transférande*.

Esto constituye un obstáculo concreto a las prácticas de empresas que se resuelven en predisposiciones ficticias de una parte que afecta a asalariados degradados (malos) con el único fin de expulsarles. La inexistencia de un objetivo que vincula las prestaciones de trabajo y la parte cedida, probada por el recurso a actos de gestión antes de la cesión, lo que demuestra la incoherencia y la heterogeneidad entre la profesión del asalariado y la organización de la parte , y el carácter instrumental de la operación perseguida, no constituyen el supuesto de hecho de cesión de parte de empresa, y la aplicación de las protecciones consiguientes.

La organización nunca podrá provenir de una deliberación autónoma de la parte de empresa, sino que siempre debe constituir un elemento objetivamente evaluable. Se constituye de todas las reglas técnico-organizacionales en la cuales se encuentra la sustancia del poder del empresario que, en cada sector, sólo puede invertir la fuerza de trabajo, en la medida en que la coordinación y la armonización de las prestaciones simples sean suficientes en si para integra el ejercicio de una actividad empresarial.

3. La inherencia “temporal” del asalariado a la entidad objeto de cesión :

Otro aspecto crítico afecta a la definición de la fecha de la transferencia. Cuando se trata de una norma dirigida a la protección de los asalariados transferidos, el legislador comunitario quiso individualizar con certidumbre las hipótesis legítimas usando la protección de la directiva n°2001/23 (figurando ya en la directivas 77/187 y 98/50). Los asalariados ocupados en la entidad a la cual se refiere la transferencia se benefician de tal protección, y el contrato o la relación laboral que está

pendiente “a la fecha de la transferencia”, a la diferencia de los que, a esta fecha, ya no son empleados por el cedente, ni tampoco de los que fueron contratados por el cesionario después de esta fecha. Hay que deducir que la realización de los derechos conferidos a los asalariados no se subordina al consentimiento del cesionista o del cesionario, ni tampoco a los representantes de los asalariados, ni a los asalariados mismos. Los asalariados sólo pueden expresar sur renuncia a los derechos previstos eligiendo extinguir la relación laboral con el nuevo empleador. Esta relación, en ausencia de tal manifestación de voluntad, se transmite *ipso jure* por el único hecho de la transferencia.

Entonces, ¿Cómo adelantar la aparente incongruencia que nace de la limitación de la autonomía privada en una hipótesis que, como contractual, debería estar caracterizada por el libre encuentro de dos voluntades individuales y de la síntesis de tales voluntades en un acuerdo que responde totalmente a ambos intereses?

Si es correcto afirmar que la partes pueden determinar libremente los contenidos (en sentido estricto) del contrato y programar la concreta asignación de los intereses que consideran satisfactorio, salvando su libertad económica, sin embargo, esto no implica que la calificación del contrato proceda exclusivamente en base a tales estipulaciones. La acción de subsumir (*sussunziones*) la operación realizada en el supuesto de hecho jurídico “transferencia de empresa”, con la consecuencia de atribuir tal *nomen juris* postula la individualización de la causa concreta del contrato de cesión, síntesis de estructuras reglamentarias predispuestas por la partes, intereses perseguidos, comportamientos las de partes y situaciones de hecho y de derecho sobre las cuales la operación se inserta y de las cuales la causa es el espejo. Los contratantes pueden evitar, o pretender evitar, la aplicación de un tipo particular de contrato a través de una operación de calificación formal, atribuyendo al contrato un *nomen juris*. El hecho de que la voluntad de las partes frente a la calificación no sea decisiva y que la calificación pertenece únicamente al juez, que permite atribuir un *nomen juris* diferente del que es adoptado por las partes es un principio indiscutible como garantía de la certidumbre del derecho. Para que la operación pueda ser identificable como “transferencia de empresa”, es necesario que la entidad objeto de cesión posea los elementos ontológicos y estructurales indicados por la directiva 2001/23 y por la jurisprudencia, ya consolidada en este punto, de la CJCE. Se trata de criterios de dirección de la discreción centrados en la efectividad de la articulación de la empresa y no sobre el carácter abstracto de un núcleo de bienes y relaciones cedidos para ser organizados para el ejercicio de una empresa. Estos criterios, en resumen, deben estar en condiciones de conservar un tipo de *discrimen* objetivo entre las hipótesis “cesión de empresa, de establecimiento o parte de ellos” y “cesión de simples bienes”, u otras hipótesis idóneas para dar una forma jurídica a los fenómenos de externalización, así como los criterios que valoran el vinculo objetivo de pertenencia de un salariado a la entidad transferida.

Tales elementos están determinados por el CJCE en la sentencia *Celtec ltd*. Esta clarifica la significación objetiva, y por ello indisponible para las partes, de la expresión “*fecha de transferencia*”. Por “fecha”, el tribunal entiende el momento preciso (y no un lapso de tiempo que dura más o menos) durante el cual ocurre la transmisión, del cedente al cesionario, de la vestimenta del empleador responsable de la gestión de la entidad. La transferencia de los contratos y de las relaciones de trabajo en el sentido del articulo 3 n.1 de la directiva 2001/23 tiene necesariamente en la misma fecha de la transferencia de la empresa y no puede ser diferida, a discreción del cedente o del cesionario, a otra fecha.

Para apoyar esta interpretación, el tribuna observa que el articulo 3 n.1 de la directiva atribuye a los Estados miembros la facultad de prever que el cedente, después de la fecha de la transferencia de empresa, sea responsable, unitariamente con el cesionario, de las obligaciones que resultan de un contrato o una relación laboral, lo cual comporta, en todos casos, que las obligaciones se transfieran al cesionario en la mismas fecha (sentencia del 14 de noviembre de 1996, asunto C-305/94, *Rotsart de Hertaing*, rec. P. I-5927). El tribunal, además, constata que después de la fecha de la transferencia de la empresa, el cedente está liberado de obligaciones que derivan del contrato o de la relación laboral

por el único hecho de la transferencia ; teniendo en cuenta el objetivo de protección de los asalariados perseguido por la directiva, tal efecto sólo puede producirse cuando las obligaciones se transfieren al cesionario. El tribunal, por fin, considera que el hecho de reconocer al cedente o al cesionario la facultad de elegir la fecha en la cual el contrato de trabajo seria transferido equivaldría a admitir que los empleadores pueden derogar las disposiciones de la directiva 2001/23, mientras que tienen un valor imperativo y que (no) se pueden derogar de manera desfavorable a los salariados

4. Reglamentación de las protecciones. Las protecciones individuales en derecho comunitario:

Como emerge de los "considerandos" de la directiva n°2001/23, la reglamentación comunitaria responde principalmente a la exigencia de proteger los intereses de los asalariados a la conservación de su empleo, y al mantenimiento de sus derechos para con el cedente. Con tal objetivo, la directiva prevé la transmisión al cesionario de los derechos y obligaciones relativos al contrato de trabajo existente, evidenciando el principio de la insensibilidad de la relación laboral frente a las incertidumbres de circulación de la empresa (art. 3 de la directiva). El efecto de la sucesión se determina frente a la confrontación de todas las relaciones de trabajo que existen jurídicamente en el momento en que la operación translativa se perfecciona. La norma atribuye a los Estados miembros además de la facultad de prever, a cargo del cedente y a la ventaja del cesionario, una obligación de información circunstanciadas, en lo que concierne los derechos y obligaciones que serán transferidos, obligando a una notificación de estos derechos y obligaciones durante la transferencia. El hecho de que el cedente omita notificar al cesionario estos elementos no tiene incidencia, en cualquier caso, sobre la transferencia de los derechos y obligaciones, y sobre los derechos de los asalariados frente al cesionista o al cesionario.

Una norma nacional que pretenda establecer esta facultad debe asegurarse que la notificación de los créditos y obligaciones con referencia a las relaciones de trabajo que existen no puede tener incidencia en la transferencia, que sigue siendo automática, de estos derechos y obligaciones. Tal omisión de la notificación sería una violación del deber de buena fe en las negociaciones, y podría, en la relación cedente/cesionario, ser objeto de una eventual acción de responsabilidad.

En la posición acreedora del asalariado entran todos los derechos que encuentran su fuente de la relación con el cedente, cualquiera que sea su fuente de origen: legal, contractual o consuetudinaria. Corolario del principio de la continuidad de la relación laboral, y su "desarrollo riguroso", la norma comunitaria dispone que la transferencia de empresa o de parte de ella no puede constituir en ella misma un motivo de despido, afirmación moderada por el reconocimiento contemporáneo de la facultad no perjudicable respectando la norma general sobre los despidos prevista por los Estados miembros (art. 4 de la directiva). Podemos decir que el principio de continuidad de la relación laboral, si se confirma por un lado por estas disposiciones, no es una conversión de un principio diferente, que prohíbe al empleador romper las relaciones de trabajo en un periodo anterior a la transferencia.

De la continuidad de la relación laboral deriva el principio a la conservación de todos los derechos inherentes a la misma (art. 3 de la directiva). La CJCE afirmó que la apreciación entraba dentro de la competencia de los jueces nacionales, observando que la disposición del artículo 3.1 apartado 1 de la directiva recordaba "en términos generales y sin ninguna restricción" los mismos derechos conforme a los objetivos de la directiva. La CJCE concluyó que la norma comunitaria preveía la transferencia al cesionario de todos los elementos del estatuto contractual, cualquiera que sea su origen.

La continuidad de la relación laboral que existe con el cesionista, en la fecha de la transferencia, con la mismas condiciones convenidas con el cedente, y, de cómo corolario, la ilegitimidad del despido con motivo de la transferencia, son las protecciones mínimas inderogables garantizadas a los asalariados de los Estados miembros de la UE. Encontramos algunos, con menor fuerza e intensidad, en otros países.

5. Las protecciones individuales en los ordenamientos de los Estados miembros:

La reglamentación de los Estados miembros de la UE, como lo impone la directiva comunitaria, se dedica a la protección de los derechos de los asalariados y garantiza, por un lado que las posiciones subjetivas relativas a las relaciones de trabajo existentes con el cesionista se transfieran al cesionario, y por otro lado que la transferencia en sí no sea considerada como un motivo valido de despido. No emergen del análisis comparado puntos importantes de contraste entre normas nacionales y derecho europeo.

El § 613 a BGB alemán prevé que, en el caso de una transferencia de empresa, el cesionario recupera los derechos y obligaciones que derivan de la relación laboral que existía en el momento de la transferencia. Tales relaciones de trabajo pasan del cedente al cesionario *ope legis,* con la consecuencia que estos últimos son insensibles a las incertidumbres del cambio de empresa. Además, los asalariados están protegidos de los despidos efectuados con motivo de la transferencia. En sustancia, la transferencia de empresa produce una mutación subjetiva de la partes de los contratos de trabajo, permaneciendo invariable el contenido de la relación laboral en lo que concierne a los derechos y obligaciones contenidas en los acuerdos individuales (el salario, las indemnidades contractuales, la antigüedad, las vacaciones, etc.) que forman parte de la relación individual de trabajo.

El principio es análogo en derecho francés, en el cual, en el caso de una transferencia de "unidad económica" en el sentido susodicho, el articulo L. 122-12 alinea 2 del Código del trabajo, los contratos individuales de trabajo son mantenidos, el contrato antiguo permanece pero vincula en adelante al asalariado con un nuevo empleador. La transferencia de las relaciones de trabajo se realiza *ex lege* y cada acto que lo obstaculiza es ilegítimo. El derecho francés está muy atento frente a los despidos vinculados a la transferencia de empresa o parte de ella. Los despidos que se producen justo antes o justo después de la transferencia parecen estar prohibidos, mientras los despidos que se producen "*con motivo de*" la transferencia son nulos, "*sin efectos*" dice el tribunal supremo y eso por aplicación del articulo L122-12 alinea 2 del código del trabajo. Una vez la transferencia realizada, la cuestión es más compleja. El nuevo empleador recupera en principio el derecho de despedir, pero el ejercicio del derecho está más vigilado cuanto más reciente es la transferencia. Un despido que se produce justamente después de la transferencia es claramente sospechoso de ser un rodeo del articulo L 122-12 del Código del trabajo, una manera de eludirlo.

La transferencia no podía entonces ser en sí misma un motivo de despido. Más generalmente, en cuanto se muestra que las medidas cogidas después de la transferencia tienen como finalidad de eludir el mantenimiento de los contratos de trabajo, son ilícitas: mutación pedida para eludir la transferencia. Pero esto no significa que el licenciamiento justo después de la transferencia es totalmente prohibido. Esto significa más bien que, cuando el nuevo empleador licencia poco después de la transferencia, debe no sólo probar una causa real y seria, sino debe también probar que esta causa es independiente de la transferencia realizada.

La protección de los asalariados en el caso de *transfer of undertaking*, en el Reino Unido, sigue la norma comunitaria, para los elementos siguientes : la continuación de la relación laboral y el mantenimiento relativo de los derechos adquiridos por el asalariado; la aplicación del convenio colectivo como si fuera negociado con el *transferee* ; la interdicción de despedir en relación con la transferencia (despido ilegítimo). La protección consentida por la legislación inglesa en este último caso se vuelve más fuerte por una presunción legislativa según la cual un despido se considera como ilegitimo si está, de cualquier manera, relacionado con una transferencia de empresa. Aunque la relación laboral se acaba con el cedente, el asalariado despedido se beneficia de una indemnización adicional de la indemnización de base del despido, calculada de manera "justa y equitativo" (*just and equitable*) a título de daños e intereses por el incumplimiento del empleador. Aunque el texto no esté claro, tal indemnización no parece ser debida si el despido no está relacionado con la transferencia.

En Suecia, en el caso de una transferencia de empresa o parte de ella, las relaciones de trabajo que existen con el *transferor* en el momento de la cesión permanecen automáticamente con el *transferee*, salvo el derecho, para los asalariados, de oponerse a la transferencia. Los derechos que figuran en el convenio colectivo del *transferor* se conservan también.

El derecho italiano establece también que el principio de la continuidad de las relaciones debe surtir su efecto de manera plena e incondicional, comportando la entrada del cesionario en la posición deudora y acreedora del cedente. El primer apartado del articulo 2112 del código civil dispone que "en caso de una transferencia de empresa (…) la relación laboral continué con el cesionario y el asalariado conserva todos los derechos que derivan". El apartado 4 añade que "la transferencia de empresa no constituye en si un motivo de despido". El articulo 44.1 ET español mantiene una posición análoga, indicando que la transferencia "no extingue por si misma la relación laboral", y que la relación continúa con el cesionario.

El principio de intangibilidad es a partir de ahora reconocido en los nuevos países comunitarios. La Republica Checa, por ejemplo, reconoce que en caso de una transferencia de empresa o parte de ella, las relaciones laborales continúan *ex lege* con el cesionario con el mantenimiento de todos los derechos. Las estipulaciones destinadas a excluir sus protecciones (en particular la continuación del trabajo del cesionista al cesionario) están expresamente prohibidas.

6. Las protecciones individuales en los países extracomunitarios :

Fuera de la UE, los derechos individuales de los asalariados están también reconocidos, a niveles y grados de efectividad inferiores a la protección que otorga el derecho comunitario. Es posible individualizar tres grupos de sistemas.

El primer grupo incluye países como Turquía, donde las garantías de las posiciones individuales se desarrollan con una articulación normativa bastante similar al derecho comunitario. En Turquía, hasta 2003, no existía un derecho codificado a la continuidad de las relaciones laborales en casos de transferencia. Este principio era sin embargo reconocido en doctrina y en jurisprudencia. El nuevo *labour act*, que ajusta progresivamente el derecho turco del trabajo al derecho comunitario, prevé ahora expresamente en su artículo 6 el carácter no determinante del empleador y que en caso de una transferencia, el cesionario entra en la relación laboral en vez del cedente.

El segundo grupo incluye los países de América del Sur, que son bastante homogéneos. Conocen el principio de *continuidad laboral*, pero está presente de manera más fluida e incierta que en el derecho comunitario. En Costa Rica, donde no hay una regla legal en materia de transferencia de empresa, la jurisprudencia colma las lagunas del legislador planteando que en caso de venta o de transferencia de empresa, la sustitución de empleador no perjudique a los asalariados cedidos. En Perú, en la base de la aplicación extensiva del articulo 344-2 de *la ley general de sociedad*, la sociedad que absorbe (cesionaria en caso de transferencia) adquiere en bloque a título universal el patrimonio, incluyendo los créditos de los asalariados contratados por la empresa absorbida. Tal regla, unida al principio de continuidad laboral, permite deducir que los asalariados conservan sus propios derechos frente al nuevo empleador.

El tercer grupo de países presenta garantías más inciertas. Canadá tiene una doble reglamentación de protección. El efecto de las disposiciones del *succesor employer* es el de asegurar, en caso de *sale of business*, que la relación laboral de un asalariado (*an employee's employement service*) con el *employer* anterior sea transferida al *successor employer*. La continuación de la función para los asalariados se aplica sólo a los *statutary benefits*. El código civil de Québec prevé la continuación de la relación laboral cuando un asalariado anteriormente empleado por el *predecessor employer* se transfiere a la subordinación de un *successor employer*. Viceversa, el comon law no contiene una disposición análoga, con el resultado que, salvo una posibilidad de novación de contracto (que requiere el consenso del asalariado) el *successor employer* será considerado como el nuevo empleador.

En la Republica de Sudáfrica, el *labour relation act* prevé que en caso de una transferencia, todos los derechos y obligaciones siguen estando en vigor entre el nuevo empleador y el salariado. Sin embargo, hay que hacer hincapié en el hecho de que la normativa sudafricana, caso único en las relaciones analizadas, inserta la transferencia de empresa como hipótesis que puede justificar un despido por "*operational requirements*", que además prevé espacios de derogaciones a las protecciones. El *labour relation act* precisa que el nuevo empleador se vincula por *arbitration awards* que derivan de leyes o convenios colectivos, salvo en caso de estipulación contractual contraria entre las partes. Entonces, hay un reconocimiento de la facultad de derogar *in pejus* por pacto entre cesionista y cesionario.

7. Las protecciones de fuentes colectivas dentro de los Estados miembros de la UE :

Una cuestión particularmente debatida, y resuelta de manera diversa por los Estados miembros, concierne al futuro de las fuentes colectivas aplicables a la relación laboral después de la transferencia de empresa o de parte de ella. Es cierto que el principio de mantenimiento de los derechos de los salariados sería en gran parte vaciado de contenido si no era posible aplicar las condiciones de trabajo establecidas por convenios colectivos, especialmente porque en la mayor parte de los países, las posiciones subjetivas de ventajas del asalariado dependen generalmente, de las previsiones de convenios colectivos.

La directiva 2001/23 precisa en el articulo 3 punto 3 que "después de la transferencia, el cesionario mantiene las condiciones de trabajo convenidas por una convenio colectivo en la misma medida que fue previsto por el cedente, hasta la fecha de rescisión o de expiración del convenio colectivo o de la entrada en vigor o de la aplicación de otro convenio colectivo. Los estados miembros puede limitar el periodo de mantenimiento de la condiciones de trabajo, a reserva de que esta ultima no sea inferior a un año". Como vemos, la directiva impone por un lado al empleador cesionario la aplicación de las normas colectivas en vigor (incluso de empresa), y por otro lado, de manera aparentemente contradictoria, introduce moderaciones. Esta obligación puede terminarse (vencimiento del contrato); el convenio colectivo puede incluso ser sustituido por otro.

De hecho la norma europea tiende a velar por dos exigencias distintas : asegurar por un lado en lo que cabe la estabilidad de la relación laboral, a fin de evitar traumatismos demasiados grandes al asalariado durante la transferencia ; por otro permitir una alineación de esta relación colectiva de trabajo dentro de la nueva empresa. La directiva es demasiada genérica, especialmente en lo que concierne a la hipótesis de sustitución fundada en la articulación de la estructura contractual, dejando el problema, crucial para definir la amplitud de las obligaciones del cesionario, de la definición del nivel que debe ser considerado para el efecto de substitución. La formulación literal de la directiva (que se refiere a la aplicación de los convenios colectivos") podría dar a entender la aplicación dentro de la empresa cesionaria del convenio colectivo a todos los niveles para los asalariados. Esta opción fue expresamente excluida por el legislador italiano, que, durante la recepción de la directiva 98/50, precisó que el efecto de sustitución se producía únicamente entre convenios colectivos de mismo nivel.

Las normativas nacionales organizaron reglamentaciones diferentes, en función de las tradiciones respectivas. El derecho alemán prevé una continuidad de la reglas que derivan de acuerdos colectivos limitada a las disposiciones que se aplican en referencia al contrato individual, es decir las normas en vigor que proceden de un convenio colectivo (*Tarifvertrag*) o de un acuerdo sindical (*betriebsvereinbarung*), mientras que se excluyen del campo de aplicación del § 613 a BGB las partes obligatorias del convenio colectivo y otras reglamentaciones colectivas que no conciernen los derechos y obligaciones del salariado, como en el caso de las normas sobre *Betriebswerfassung* (works constitution). En la base de una interpretación conforme a los principios comunitarios, lo que está previsto por el § 613 a BGB se extiende a todos los convenios colectivos.

En la normativa francesa también hay convenios colectivos afectados por el cambio de empleador. En virtud del articulo L 132-8 alinea 7 del Código del trabajo, su porvenir es el mismo que el de los

convenios colectivos denunciados. Se quedan en vigor durante una duración mínima de quince meses, salvo si un nuevo convenio colectivo, adoptada en la empresa de acogida, viene substituirse a su antiguo convenio. Después de estos 15 meses, los salariados "conservan los beneficios individuales que han adquirido". La expresión, bastante enigmática significa que los beneficios "colectivos", como los que son relativos a las instituciones representativas de la plantilla o a los delegados sindicales, se pierden entonces. Sólo los beneficios "individuales", susceptible de una utilización privativa, pueden conservarse. Además, sólo unos de estos beneficios se mantienen, los que llamamos "adquiridos". Los beneficios relativos al licenciamiento se pierden, mientras que en principio los beneficios relativos a la remuneración, ellos, se conservan. La jurisprudencia habla de derechos "nacidos" que se adquieren, por oposición a los derechos "eventuales" que no los son. La distinción parece excluir del mantenimiento los derechos puntuales como los que son vinculaos a la enfermedad o a la maternidad por ejemplo, para mantener los derechos cíclicos o continuos, como los que son relativos a la primas y a las vacaciones anuales retribuidas.

El derecho holandés garantiza particularmente bien los derechos de los salariados transferidos. El legislador previó dos técnicas de regulación relativas al convenio colectivo aplicable : el *collective labour agreement act* y la *Declaration of universally binding and non binding status act*. El derecho entiende garantizar a los salariaos transferidos el mantenimiento de la condiciones de trabajo, aunque esto comporte, para el cesionario, la aplicación de salarios diferentes entre sus salariados y los salariados transferidos. Según el "*collective labour agreement act*", en casos de transferencia de empresa o parte de ella, los derechos y las obligaciones que encuentran su fuente en los convenios colectivos del cesionista siguen siendo aplicadas a los salariados transferidos hasta vencimiento natural del contrato. Sin embargo, si antes del vencimiento del contrato, el cesionario estipula un nuevo contrato, o se encuentra vinculado por un nuevo convenio colectivo (por efecto de la practica denominada *extension of another collective agreement*), estos últimos prevalen. En estos casos, quedara que clarificar, y en este punto la doctrina es discordante, si el salariado puede reivindicar sur derecho de elección de las condiciones las más favorables (*cherry picking*). La *declaration of universally binding and non binding act* permite reconocer al ministerio de los asuntos sociales holandés la facultad de hacer ser obligatorio un convenio colectivo, o algunas de sus disposiciones, a todas las empresa que entran en el sector o en el campo de aplicación del acuerdo colectivo. El principio encuentra una aplicación especifica en caso de transferencia parcial o total de empresa, en el sentido en que el contrato hecho obligatorio por el ministerio se aplica al cesionario hasta la firma de un nuevo acuerdo, o la aplicación de un nuevo acuerdo extendido.

Para hacer caer el convenio colectivo rendido aplicable por el ministerio, el cesionario debe aplicar las condiciones de negociaciones previstas para el cesionista antes de la transferencia. La situación acaba cuando los salariados transferidos aceptan las condiciones de trabajo aplicables, o negociadas con el cesionario.

En derecho austriaco, el nivel de protección de los elementos que derivan de fuentes colectivas es también elevado. El salariado puede oponerse a la transferencia si el cesionario se niega a aplicar las cláusulas de los convenios colectivos que introducen limites al derecho de ruptura o que prevén el derecho a un fondo de pensión. Si el salariado no puede ejercer este derecho si el cesionista paró su actividad, las cláusulas contractuales en vigor antes de la transferencia deben ser respectadas hasta ser escritas en el contrato estipulado entre los salariados transferidos y el cesionario. Si el convenio colectivo aplicado comporta una agravación sensible de las condiciones de trabajo, el salariado puede parar la relación laboral, y se aplica la norma prevista en caso de interrupción de la relación laboral por voluntad del empleador a la cesión. Si el cesionario no aplica el convenio colectivo, las condiciones de trabajo están reguladas en la base del convenio colectivo del cesionista. Si, al contrario en la empresa del cesionario se aplica el convenio colectivo, este ultimo se aplica al salariado, con la excepción de la cláusulas menos favorables que las anteriormente aplicables.

En Italia, el paso del derecho colectivo del cesionista al convenio colectivo aplicable por el cesionario es particularmente delicado. Este ultimo convenio colectivo puede comportar una deterioración de las protecciones previstas por el primero que no pueden ser cualificados como problemas de derecho. Según una primera interpretación, restrictiva, el convenio colectivo en vigor ante el cesionista conserva su efectividad sólo en la hipótesis donde el cesionario no aplica ninguna reglamentación colectiva. El contrato aplicado por el cesionario, o existente, se substituiría inmediatamente y automáticamente (incluso en un sentido menos favorable) al en vigor en la empresa cesionista, garantizado por una lado a los salariados transferidos una continuidad de la apertura contractual colectiva, por otro lado la homogeneidad de la reglamentación colectiva en la empresa cesionaria, evitando las diferencias entre ancianos y nuevos salariados.

En nombre de la exigencia de un paso gradual de una a otra reglamentación colectiva, una interpretación diferente fue avanzada, que aparece mayoritariamente responder a la forma literal de la norma y a la finalidad de protección de los salariados presente en el derecho comunitario e interno. Según esta lectura, recordar el articulo 2112 a los convenios colectivos "aplicable" más que "aplicado" del cesionario dejaría suponer la referencia a una reglamentación futura y no preexistente, con la consecuencia de que los salariados transferidos conservarían el tratamiento colectivo aplicado por el cesionista has su eventual sustitución por el convenio colectivo, o su sustitución por una nueva reglamentación colectiva contextual o sucesiva a la transferencia. A la automaticidad del efecto sustitutivo, se prevé una sustitución de contrato gracias a "acuerdos colectivos de entrada" destinado a gobernar, armonizar la transición entre dos reglamentaciones colectivas. Apoyando esta segunda visión (que parece más consolidada), algunos jueces del fondo afirmaron que el articulo 2112 CC no sancionaría la automática sustitución del convenio colectivo aplicable por el cesionista al contrato aplicable por el cesionario, sino la posibilidad que se sustituya al primer contrato un contrato de entrada, con la consecuencia "que en caso de incumplimiento de un acuerdo, sigue siendo en vigor los convenios colectivos que existen hasta su vencimiento natural".

8. Las protecciones de fuente colectiva en los países extra europeos :

si las fuentes individuales de protección de los derechos examinados son substancialmente homogéneos, en el sentido en que se reconoce el principio de insensibilidad de la relación laboral con respecto al proceso circulatorio de empresa, las fuentes colectivas son mucho mas heterogéneas.

Sólo en las planificaciones canadienses y peruanas, encontramos leyes sobre la conservación de los derechos que derivan de convenios colectivos. Es difícil decir si para los otros derechos, tal omisión debe ser interpretada o no como una perdida de las protecciones que derivan de las fuentes colectivas. Si en Perú el articulo 43-e de la *ley de relaciónes colectivas de trabajo* (D.Ley 25593) prevé que los convenios colectivos de trabajo seguirán siendo en vigor hasta su vencimiento en caso de fusión, cesión, venta, cambio de gestión, o otras situaciones similares, en Canadá, las leyes relativas a los derechos del sucesor vinculan el adquisidor con respecto al convenios colectivo del vendedor hasta que un *labour relation board* lo decida de manera diferente. Según la ley que reglamenta la acción colectiva de contratar en Canadá y en Québec, el *successor* tiene derecho a aplicar el convenio colectivo del cesionista. Sin embargo, en caso de sale or transfer of a business, podemos llegar a una situación de "mezcla" de salariados protegidos, del cesionista, que se transfieren y de salariados que no son protegidos ni protegidos del cesionario, o también de salariados afiliados a sindicatos diferentes. Este ultimo caso es mas delicado porque la legislación canadiense prevé que un sindicato tiene derecho a negociar para todos los salariados de una unidad productiva.

9. Derecho de oposición en la directiva y la jurisprudencia comunitaria :

En adelante, es oportuno interrogarse sobre el derecho de los salariados transferidos a oponerse a su transferencia automática y su relación laboral, y, consecuentemente, a renunciar a su protección. En principio, vimos como la transferencia no necesitaba el consentimiento del salariado. El derecho

comunitario no se ocupa entonces del rechazo del salariado a vincularse de manera diferente al empleador original (por eso una critica de salariado-mercancía). En realidad, en la lógica de garantía de la reglamentación sobre la transferencia, este interés eventual fue absorbido por el interés del salariado a continuar su relación laboral.

Esta absorbición resulta de dos presupuestos.

1) que el vinculo circulatorio interesa, por lo menos según el id quod plerumpque accidit, la empresa global, y que así no exista para el salariado una verdadera alternativa a la transferencia.
2) Que la continuación de la actividad sea garantizada como fisiológica dentro del ambiente de una simple modificación subjetiva con la entrada de un empleador que actúa de manera autónoma sobre el mercado.

Ahora bien, estos dos presupuestos caen, o pueden fácilmente caer, cuando la transferencia llega en un proceso de externalización con cesión de una parte de empresa. Es seguro que el presupuesto 1) cae, porque subsiste la posibilidad de mantener la relación laboral por el cesionista. El presupuesto 2) puede caer cuando el ramo de empresa estada recogida por un sujeto vinculado a la empresa cesionista por un contrato de adjudicación gobernado por esta ultima y cuya posición se convierte en la de un intermediario de mano de obra.

Frente a situaciones diversas, habría que tratar de manera diferente el carácter de la inderogabilidad del efecto translativo : automático para la transferencia de empresa entera, subordinada al consentimiento del salariado para la transferencia parcial.

La directiva 2001/23 no se enfrenta de esta manera a esa cuestión, limitándose a disponer el paso automático de los derechos de los salariados. La jurisprudencia de la CJCE tuvo ocasiones de clarificar que el objetivo de la directiva era de garantizar, "dentro de lo que cabe, la salvaguardia de los derechos de los salariados en caso de cambio de empleador, permitiéndoles de quedarse bajo la subordinación del nuevo empleador con la mismas condiciones que el cesionista". En otros términos, la directiva sigue, obviamente, una finalidad social, y se destina así a proteger las relaciónes laborales que existen y los derechos sociales adquiridos en el ambiente de tales relaciónes. La finalidad social de la directiva permite entonces de preguntar legítimamente si el articulo 3.1, que prevé que "los derechos y obligaciones que resultan para el cesionista de un contrato de trabajo o de una relación laboral que existe a la fecha de la transferencia (…) se transfieren al cesionario" puede ser interpretada en el sentido de permitir el derecho de oposición por parte del salariado a la cesión de sur relación laboral.

Con la sentencia *Danmols* la CJCE dio una primera respuesta. Diciendo que en el caso donde los salariados estaban "bajo la subordinación del cesionista en el momento de la transferencia", y habían "voluntariamente parado de trabajar bajo la subordinación del cesionista", la directiva no se aplica. El tribunal reconoció a los salariados el derecho de decidir unilateralmente de no continuar la relación, después de la transferencia, con el nuevo empleador. La relación laboral en virtud de la regla genera, pasa al cesionario, pero, para que el salariado pueda ejercer su derecho legitimo de ruptura, esa relación "no continua".

Con la sentencia Katsikas, el tribunal acaba de ocuparse del derecho de oposición. Reconoce que la facultad de oposición puede derivar del articulo 3.1, de la directiva. Esta faculta, según la CJCE, no debe entenderse como una medida más favorable, cuya introducción o aplicación depende de los Estados por efecto del mecanismo previsto en el articulo 7, pero mas precisamente como una medida permitida y prevista por el legislador comunitario en el articulo 3.1 de la directiva 77/187.

El razonamiento de la CJCE evoluciona sobre el *ratio* de la directiva, para llegar a consagrar que "la directiva (…) aunque permita al salariado quedarse bajo la subordinación del nuevo empleador, (…) no puede ser interpretada en el sentido de obligar el salariado a continuar su relación laboral con el cesionario". El sentido de esta afirmación está clarificado ulteriormente por la consideración que "una obligación de este tipo comprometería los derechos fundamentales del salariado, lo cual debe ser libre

de elegir su empleador y no puede ser obligado a trabajar para un empleador que no eligió libremente". Una vez afirmada en línea de principio y de manera incondicional la compatibilidad de la admisibilidad de la facultad de oposición por parte del salariado a la cesión en el sentido del articulo 3.1 de la directiva, el tribunal no entendió preocuparse de las consecuencias que generan el ejercicio de esta facultad de oposición en la relación laboral. Confió a las planificaciones internas el cargo de resolver este problema. Sea que la relación deber continuar con el cesionista, sea que debe para a petición del salariado o del cesionista. El tribunal precisa que "cuando el salariado decide libremente no continuar su relación laboral con el cesionario, la directiva no obliga los Estados miembros decidir que el contrato de trabajo continua con el cesionista. En tal caso, son los Estados miembros que determinan la reglamentación reservada al contrato o a la relación laboral". Para entender la importancia de esta necesidad estatal de estatuar sobre la consecuencias de oposición, es útil parase un momento sobre la diferencia de posición adoptada por el tribunal y por el Abogado general. En los argumentos de este ultimo, las modalidades y la consecuencias del ejercicio de la facultad de oposición constituyen las condiciones subordinadas a la cuales, dado el carácter inderogable de la norma examinada, el derecho de oposición puede ser considerado como más favorable para el salariado y de este modo admisible en el sentido del artículo 3.1 de la directiva. La CJCE, al contrario, admitió de manera incondicional y por principio, la facultad de oposición, y eso en aplicación del articulo 3.1, sólo dejando a las planificaciones internas la competencia de reglamentar las consecuencias y la condiciones de ejercicio de la facultad de oposición, o mejor, la competencia de realizar *in concreto* una facultad que encuentra su origen en el derecho comunitario.

La remisión a las planificaciones internas, contenidas en la sentencia *Katsikas,* no es nada más que la especificación de un principio general, que condiciona las relaciónes entre las planificaciones, en virtud de la cual la realización y la aplicación del derecho comunitario, en sus limites y condiciones delimitadas por este ultimo, depende del derecho interno.

En el plano de la afirmación de un principio que deriva de la planificación comunitaria, un papel que tiene una relevancia importante es el del juez nacional. Este ultimo debe averiguar, o reconstruir, dentro de los limites de su competencia, las consecuencias que el ejercicio de la facultad de oposición puede provocar en la relación laboral. En otros términos, a la luz de los argumentos desarrollados, con otra finalidad, por el Abogado general, el juez nacional debe averiguar si la reglamentación de la consecuencias y de los presupuestos de la facultad puede encontrarse en un acuerdo con el cesionista "que precisa los efectos del ejercicio del derecho de oposición" o en un conjunto de reglas de principio de el orden jurídico interno.

La admisión abstracta de la facultad de oposición, en las condiciones señaladas, no contradice la jurisprudencia según la cual el nacimiento de todas las obligaciones que derivan para el empleador cesionario del contrato de trabajo se averigua por el único hecho de la transferencia, si este efecto no es "subordinado al asentimiento de los salariados interesados". En esta sentencia *Katsikas*, y en las palabras del abogado general, podemos encontrar las llaves de la superación de la contradicción aparente entre la facultad para el salariado de oponerse a la cesión de su relación laboral y el principio de transferencia *ipso jure* de los derechos y obligaciones al cesionario. Podemos retener que el consentimiento no es una condición que subordina la transferencia de la empresa. Este ultimo, en general, no sufre ningún perjuicio de la facultad del salariado a oponerse a su transferencia, mirándolo individualmente. En otros términos, la transferencia de empresa interviene, salvo la circunstancia que los salariados expresen o no su consentimiento. Sin embargo, la facultad de oposición es salva, la cual se manifiesta durante la transferencia del contrato, durante la substitución del cesionario al cesionista.

En la jurisprudencia comunitaria esposada anteriormente, y confirmada por las sentencias posteriores de los jueces de Luxemburgo, no se afirma nunca que el salariado que no consiente a su transferencia sea reconocido *ope legis* en derecho de quedarse empleado por el cesionista. Tal posibilidad no es excluida por parte del tribunal, pero su reglamentación es de la incumbencia de los Estados miembros. En este sentido, se parece más a un reconocimiento por parte del tribunal, que a

una facultad -más que un derecho- de oposición del salariado, cuya determinación de las consecuencias es de la incumbencia del legislador nacional.

La remisión, por parte del tribunal, a la legislación de los estados miembros se encuentra repetida en dos sentencias sucesivas, *Mercks* y *Europièces*. Este ultimo contiene una precisión : el tribunal indicó que si el contrato se resuelta a causa de una "modificación substancial de las condiciones de trabajo", procedente del empleador, consecutiva a la transferencia, el articulo 4.2 de la directiva impone a los Estados miembros prever que tal resolución sea considerada como procedente del empleador, como si la iniciativa venia de el (hablamos así de "licenciamiento indirecto").

10. El derecho de oposición en las planificaciones de los Estados miembros :

Las consideraciones desarrolladas en el párrafo anterior, relativas al reconocimiento de un derecho fundamental de los salariados de oponerse a las incertidumbres de las transferencias, especialmente cuando la relación laboral corre peligro de ser modificada por el proceso de externalización, se confirman en los sistemas que reconocen expresamente a los salariados el derecho de oponerse a la transferencia. El análisis comparado permite distinguir tres modelos. En primer lugar, países como Alemania o Suecia, que reconocen un derecho general de oposición. Un segundo modelo, representado por Austria, que prevé un derecho parcial de oposición, para casos particulares. Un tercer modelo que incluye especialmente Francia e Italia, que no prevé un derecho de oposición.

En Alemania, el *Widerspruchrecht* se basa en el presupuesto que la atribución *ope legis* de un empleador que no fue libremente elegido perjudica la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona del salariado (Art. 1, 2, 12 de la constitución). En consecuencia, el § 613 a Abs 6 S 1 BGB plantea que un salariado, durante el mes de la comunicación del la transferencia (procedimiento de información detallada en el § 613 a Abs. 5 BGB), puede oponerse a la transferencia. Tal posibilidad se traduce, según la jurisprudencia consolidada de la BAG, por un derecho del salariado a la continuación de su relación laboral inicial con el cesionista, sin perjuicio de la posibilidad para el cesionista, de proceder a un licenciamiento conexo en razones económicas organizacionales que no se vinculan a la transferencia.

En Suecia, donde la transferencia comporta también el paso ope legis de las relaciónes laborales, el ejercicio del derecho de oposición puede crear una serie de cuestiones practicas, especialmente cuando el cesionario quiere obtener la fuerza de trabajo del cesionista. En este caso, procedemos a la practica de la agregación de salariados ante el *transferee*, con un limite temporal. Por otro lado, el ejercicio del derecho de oposición no parece globalmente favorecido por el derecho. Por ejemplos, las cláusulas de los convenios colectivos aplicable a los *workers* que prevén una indemnidad suplementaria en caso de paro, que no se aplica a los salariados que rechazaron el paso con el *transferee*.

En Austria, hasta 1993, no existía una regla particular en lo que concernían las relaciónes laborales en caso de transferencia. Ahora la ley se refiere expresamente a hipótesis especificas en las cuales el salariado puede oponerse a la transferencia de la relación laboral. En particular si el cesionario no está dispuesto a encargarse de los cargos que derivan de una eventual garantía de estabilidad del empleo previsto en el contrato colectivo aplicable a la empresa cesionista, o coger de nuevo las obligaciones que derivan de normas que prevén el derecho a un fondo pensión de empresa. La oposición del salariado comporta el mantenimiento de la relación labora con el alienante. Si el convenio colectivo aplicado por el cesionario comporta una sensible degradación de la condiciones de trabajo, el salariado puede romper el contrato con preaviso que se añade a la indemnidad prevista en caso de licenciamiento.

En general, en las otras planificaciones, la cuestión relativa a la existencia de une derecho de oposición reconocido al salariado en caso de cesión de empresa o de parte de ella se resuelve de manera negativa. La unica posibilidad de manifestación del disentimiento reconocido al salariado es el

de dimitir después de la transferencia, como lo prevé el articulo 4 alinea 2 de la directiva, que inca que si el contrato de trabajo se rescinde porque la transferencia implica una modificación de la condiciones de trabajo al detrimento del trabajador, la rescisión se considera como culpa del empleador. En Italia, la jurisprudencia y la doctrina que prevalen siguen esa vía, reesforzada por el contenido literal del articulo 2112 del Código civil que dispone que "el salariado para quien las condiciones de trabajo sufren una sustancial modificación en los tres meses después de la transferencia puede presentar su dimisión con los efectos previstos por el articulo 2119 del código civil (imputación de la responsabilidad al empleador)". La interpretación supone, para su apoyo, la remisión operada por la CJCE a las planificaciones nacionales para que dispongan de las consecuencias después de la oposición, subrayando que, si nadie prohíbe al legislador nacional de introducir una norma que reconoce al salariado el derecho de continuar su relación laboral con el cesionista, no es posible confundir la facultad concedida por la CJCE de plantear esta reglamentación y la obligación para el legislador nacional de adoptar esta solución.

En Francia, en el caso de un cambio de cocontratante formal, los contratos de trabajo se mantienen frente al nuevo empleador, en nombre de la directiva transferencia y del articulo L.122-12 del código del trabajo, sin que los salariados no puedan oponerse. El salariado sólo tiene una posibilidad : o se somete, o dimite. El salariado puede rechazar su transferencia, esto no tiene efecto hasta que no dimita. Mejor aún, su primer empleador no puede decidir de licenciar un salariado que rechazaría su transferencia. Este licenciamiento, que permitiría bloquear la transferencia, está privado de efecto. Porque rechazó el cambio de empleador, el salariado no tiene derecho a ninguna indemnidad de ruptura. Sólo tiene derecho a su reintegración en la empresa del cesionario, al mantenimiento de su contrato de trabajo.

Consideraciones groso modo similares deben ser deducidas del sistema polonés, que no prevé el derecho del salariado a oponerse a la continuación del trabajo con el cesionario antes de la transferencia, sino sólo la posibilidad, en los dos meses después de la cesión, de romper la relación laboral, cualificada de resolución con preaviso imputada al empleador.

Todo esto dicho, no parece infundado valorizar, de manera interpretativa, la relevancia del consenso del salariado incluso en los sistemas que no lo prevén expresamente, en nombre de principios fundamentales comunes a todos los ordenes jurídicos, es decir la libertad contractual y el rechazo de la mercantilización del trabajo. Al contrario, no es decisivo limitarse a valorizar, lo que hacen generalmente los legisladores, en caso de disensión, las dimisiones ex post más que el derecho de oposición ex ante. En primer lugar porque la dimisiones conciernen justamente el momento que sucede al paso *ope legis* del cesionista al cesionario, en segundo lugar porque la facultad de dimisión prevista por el legislador nacional se plantea en aplicación del articulo 4.2 de la directiva mientras que, el derecho de oposición, en la experiencia jurisprudencial de la CJCE, interpreta el articulo 3.1 e la directiva, y valora la posibilidad de derogar al principio de la automaticidad de la transferencia sin consentimiento del salariado, poniéndose así en un campo de operatividad no sólo lógica sino también normativamente diversa.

De este modo, podemos decir que la cuestión, en las planificaciones que no han previsto el derecho de oposición, sigue siendo abierta. Los legisladores no optaron por una o otra alternativa planteada por la CJCE, según la cual pertenece a los Estados miembros determinar el derecho a aplicar al contrato o a la relación con el cesionista, si esta relación debe ser resuelta a petición del salariado o del empleador, o si puede continuar con el cesionista. Hoy día, en el silencio del legislador, es posible imaginar una derogación a la irrelevancia del consentimiento limitada a la cesión del ramo de empresa, derogación sin fundamento literal, pero que encuentra un fundamento en la voluntad de poner en adecuación el ratio global de la materia, limitando su campo de aplicación a los únicos casos donde la transferencia produce efectos positivos sobre la relación laboral, o representa una extrema con respecto al licenciamiento por cesación de actividad por parte del cesionista. Resultaría una lectura de la materia en dos planes. Una donde la transferencia concierne la empresa entera, la transferencia

sigue siendo un efecto que no puede suprimirse del acto de disposición en la empresa, mientras que cuando la transferencia es parcial, podemos derogar a la regla en un sentido favorable a los salariados.

Se trata de un arma de doble filo. El salariado se queda con el cesionista, pero pierde su trabajo por licenciamiento debido a una reorganización que comporta la supresión de puestos. Además queda abierta la cuestión de la relación entre garantía individuales y dinámicas colectivas en el ambiente d los proceso de descentralización productiva.

11. El derecho de oposición en las planificaciones extra europeos :

Entre las planificaciones jurídicas extra europeas, el único país que reconoce el derecho de oposición de los salariados a la transferencia, que puede impedir el perfeccionamiento de la transferencia, es Japón. En derecho Japonés, está previsto que en el contrato de cesión debe figurar el nombre de los salariados transferidos, y sólo después de su acuerdo es posible proceder a la transferencia. En algunos casos, el tribunal admitió la legitimidad de la transferencia, incluso en ausencia de contrato de cesión y de consentimiento de los salariados, reteniendo que podía deducirse del comportamiento de las partes una voluntad de transferir, además de la actividad, todos los salariados empleados en el business objeto de cesión.

En Venezuela, el salariado tiene derecho a juzgar perjudicable para su condición de trabajo la *substitución de patronos*, y poner fin a la relación laboral. En este caso, la resolución anteviene después de la transferencia y se cualifica como “retracto justificado”, dando derecho a percibir una indemnidad igual a la de un licenciamiento injustificado.

En los otros sistemas extra europeos considerados, no parece que tal derecho sea admitido. Las relaciónes laborales permanecen *ope legis* con el cesionario y los salariados sólo pueden dimitir, sin beneficiar del régimen de protección previsto para los licenciamientos injustificados por responsabilidad del empleador.

12. El régimen de responsabilidad solidaria :

El análisis de varias planificaciones evidencia varias limites en lo que concierne la existencia y la reglamentación de un régimen de responsabilidad solidaria que, en fortalecimiento de las protecciones previstas para los salariados, garantiza el pago de los créditos anteriores a la transferencia. La directiva 2001/23 introduce en el articulo 3.1 una pura facultad (no una obligación), para los Estados miembros, de prever que el cesionista, incluso después de la fecha de la transferencia, sea responsable con el cesionario de las obligaciones vencidas antes de la transferencia consecuentemente a un contrato de trabajo que existía a la fecha de la transferencia. Todos los Estados miembros no ejercieron esta opción, y cuando codificaron un régimen de responsabilidad solidaria entre cesionista y cesionario para las obligaciones anteriores a la transferencia, las normas son heterogenias sobre el contenido de la responsabilidad y de su extensión temporal.

El legislador italiano previó, en el sentido del articulo 2112 al 2 del código civil (modificado por la ley n°428/1990), una responsabilidad solidaria entre el cesionista y el cesionario *ad limitum* para todos los créditos relativo a la duración de esta responsabilidad. Sin embargo el legislador permite al salariado liberar el cesionista de sus obligaciones de relación laboral.

Según el § 613 Abs 1 S BGB alemán, en consecuencia de una transferencia, el adquisidor se vuelve deudor de los derechos (*Forderung*) de los salariados que existen a la fecha de la transferencia. Los salariados se exponen al riesgo de ser transferidos en una realidad económica, con un empleador menos fiable. El derecho alemán prevé una responsabilidad solidaria para los créditos de estos derechos revindicados. La condición en la base de la cual el cesionista es retenido responsable es que los derechos de los salariados existan a la fecha de la transferencia ; el § 613 a Abs 2 S BGB prevé, en protección del cesionista, que la responsabilidad existe en un limite temporal o más bien que los derechos de los salariados se accionan durante un periodo de un año. Además, si los derechos de los

salariados caen sólo después de las transferencias, pero nacieron antes, el cesionista responde sólo en proporción del periodo de ero antes de la transferencia. En fin el régimen de responsabilidad solidaria, no recubra los derechos que nacen después de la transferencia.

El articulo 44.3 ET del código civil español introduce un limite temporal de tres años a la fecha de la transferencia de la responsabilidad solidaria que vincula el cesionista y el cesionario para las obligaciones anteriores a esta fecha.

La planificación polonesa prevé regimenes de responsabilidad solidaria diferentes en los caso de transferencia parcial o total. Si la transferencia incluye la empresa entera (empresa/establecimiento), el cesionario sucede a las relaciónes laborales que existen y se substituye al empleador anterior, tomando de nuevo las obligaciones que no fueron realizadas por sur predecesor para con los salariados. En el caso contrario de cesión de una parte de empresa, el cesionario se convierte totalmente responsable para las obligaciones que derivan de las relaciónes laborales con los salariados cogidos a partir de la fechar de la transferencia, mientras que para las obligaciones anteriores a esta fecha, existe una responsabilidad solidaria entre el cesionista y el cesionario.

Países importantes como Suecia (con normas de protección y de seguridad social por lo tanto elevado), Inglaterra y Holanda, no existe ninguna norma referente a esto.

Las planificaciones de comon law, como Canadá o Australia, no contienen ninguna previsión estatutaria ni jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria del cesionista y del cesionario, incluso para un periodo limitado, en lo que concierne las obligaciones de los salariados anteriores a la transferencia.

El régimen de la responsabilidad solidaria, aunque reconocido, está limitado en el derecho turco. El *labour Act* de 2003 reconoce, en el articulo 6, que el cesionista y el cesionario son solidariamente responsables de las obligaciones que existen a la fecha de la transferencia para un periodo de dos años. Non obstante, este régimen no se aplica en caso de fusión, incorporación o cambio e la base jurídica de la sociedad. Para una institución muy particular, el TFR, existe una norma especifica que excluye la limitación del régimen de responsabilidad solidaria del cesionista y del cesionario a sólo dos años.

Los países de América del Sur son también varios. Venezuela prevé normativamente que el empleador anterior será solidariamente responsable con el nuevo empleador durante un año después de la *substitución.* Costa Rica reconoce un régimen de responsabilidad solidaria extendido a seis meses después de la transferencia. Sin embargo, en el caso de una venta de empresa o de una transferencia de empresa "aparente", una jurisprudencia consolidada se expreso en el sentido de un reconocimiento del derecho del salariado de volverse en contra del cesionista o del cesionario para la satisfacción de sus créditos, sin limitaciones temporales.

En Perú, al contrario, en ausencia de normas de derecho de trabajo que señalan este tipo de solidaridad entre cesionista y cesionario, o en ausencia de una jurisprudencia significativa en este punto, debemos concluir que el adquisidor es exclusivamente responsable.

En fin, en Republica de Sudáfrica, el labour relation act prevé que el antiguo y el nuevo empleador son "*jointly and severally*" responsable, durante un periodo de doce meses, para todas las obligaciones nacidas antes de la transferencia.

13. los procedimientos de información y de consultación. Derecho comunitario y de los Estados miembros :

A las protecciones que se destinan a los salariados implicados en los procesos de circulación de empresa, hay que tomar en cuenta la dimensión colectiva del fenómeno, centrado en la elección por el derecho comunitario, de dedicar una parte de la directiva a la promoción de un sistema de información y de consultación destinado a proteger el salariado. Se añade la protección que la directiva reconoce a

los salariados transferidos de continuar a gozar de formas de representación colectivas adecuadas, prescribiendo que las representaciones de empresa continúan en el caso donde la entidad transferida conserva su propia autonomía e impone en los otros caso la adopción por los Estados miembros de medidas necesaria a asegurar a los salariados transferidos una representación durante el periodo necesario para constituir una nueva representación. Además, en el caso donde, consecuentemente a la transferencia, el mandato de los representantes falta, estos últimos deberían seguir beneficiando de medidas de protecciones previstas por el derecho nacional.

El núcleo de la materia, representada por el sistema de información y de consultación, figura en el articulo 7 de la directiva 2001/23, que indica que el cesionista y el cesionario deben informar los representantes de sus trabajadores respectivos en un cierto numero de puntos, que por un lado atañen a la razones y consecuencias de la transferencia (jurídicas, sociales y económicas) de los salariados, y por otro lado, las eventuales medidas planeadas con respecto a los trabajadores. Para estimular la estrategia defensiva y participativa de las representaciones colectivas, es necesario que las informaciones estén disponibles en tiempo útil. Esta obligación tiene varios niveles para el cesionista y el cesionario : mientras que el primero debe dar la información antes de realizar la transferencia, el cesionario tiene más oportunidad en la información. Debe darse en tiempo útil pero de todos modos, antes que los salariados sean directamente perjudicados por la transferencia en sus condiciones de empleo y trabajo.

El sistema de informaciones es instrumental al de la consultación “a fines de buscar un acuerdo” sobre la medidas quizás previstas, sin obligación de éxito. Se debe tratar esa obligación, a medio camino entre la pura consultación pasiva y el acuerdo contractual verdadero y limpio. Loas obligaciones procedurales establecidas por la directiva pueden ser limitadas donde existe (como en Alemania) la posibilidad para los representantes de los salariados de recurrir a una instancia de arbitraje para obtener una decisión sobre las medidas a adoptar con respecto a los salariados. En todos casos los Estados miembros pueden excluir las empresas que se conforman al procedimiento de información y consultación, en lo que concierne el numero de salariados ocupados y las condiciones para constituir una representación en la empresa.

La materia rápidamente descrita responda a una demanda promocional de la regulación colectiva de los fenómenos vinculados a las reestructuraciones que caracterizó la legislación social europea de los años 70, consolidadas y generalizadas en los años ulteriores. Ejemplo típico de la proceduralizacion de los poderes patronales, el modelo puesto en plaza por la directiva no ataca las prerrogativas empresariales frente a las elecciones fundamentales relativas a la gestión de la empresa, sino sólo a enfrentarse con las consecuencias de tales elecciones, confiando a la autonomía colectiva el poder de condicionar los procesos de reorganización de las empresas y la adaptación de los niveles de empleo. En sustancia, proceduralizando las fases que preceden la transferencia, la norma comunitaria inserta un *corpus* de una reglamentación conformada a la protección de prerrogativas individuales, un trama de intereses y de derechos colectivos o sindicales que deben ser judicialmente garantizados (articulo 9 de la directiva) y que conciernen todas las articulaciones del grupo (articulo 7.4), sin que la decisión de efectuar la transferencia sea controlable. La consultación a fines de buscar un acuerdo concierne sobre todo loas consecuencias jurídicas, económicas y sociales, y las medidas eventualmente tomadas para los trabajadores. Es un escenario de interferencia y de control colectivo sobre el ejercicio de las prerrogativas empresariales, pero no un verdadero contrapoder normativo. El modelo de información y de consultación delimitado por el legislador comunitario se acerca a una visión bastante débil de la democracia industrial. Para usar de esquemas ofertados por el modalismo jurídico, estamos lo más bajo del *continuum* que atañe a la formación de decisiones y reglas comunes. El modelo es entonces un instrumento imperfecto, externo a los lugares de decisión de la empresa, que se declina de manera más o menos consistente según las características jurídico-institucionales propias a cada sistema nacional y cada tradición de relaciónes industriales.

Dejando las cuestiones de detalle, importantes pero sometidas a reconstrucciones en las bases normativas nacionales (por ejemplo las dimensiones, los sujetos destinatarios, etc.), es interesante evaluar en comparativamente algunas problemáticas emergentes o particulares del modelo considerado, resueltas de manera no uniformas en los sistemas europeos.

La conexión funcional entre la reglamentación de los procedimientos de información y la consultación prevista por la planificación alemana y el ejercicio del derecho de oposición reconocido a los salariados son particularmente interesantes pero limitados al contexto nacional. Por otro lado, en el sentido del § 613 a BGB, la obligación "de instrucción" de los salariados sobre la transferencia prevista no perjudica la realización concreta de la operación, que se perfecciona sin la realización del procedimiento. Igualmente, tal procedimiento no constituye una condición *sine qua non* par el ejercicio del derecho de oposición, que puede ser legítimamente ejercido por un prestatario de trabajo independientemente de esto. Sin embargo, un procedimiento de información que se desarrolla de manera "incorrecta" o incompleta puede conducir los salariados a ejercer su derecho de oposición de manera errónea ; además, consecuentemente a un procedimiento de información que se desarrolló de manera incompleta o incorrecta, un salariado se vuelve titular de un derecho de oposición temporalmente ilimitado, al perjuicio de la buena terminación de la operación económica entre cesionista y cesionario.

Si la directiva comunitaria permite a los Estados de limitar sus obligaciones de información y consultación a las empresas que se conforman, en lo que concierne el numero de salariados, a las condiciones para la elección o la designación de un órgano colegial que representa a los salariados, el sistema alemán prevé que, prescindiendo de la designación por lo menos de un *Betriebsrat* (consejo de empresa), cada trabajador concernido por la transferencia debe ser instruido directamente *first hand* sobre la transferencia. Se trata de una previsión que no se encuentra en otros países europeos y que es funcional al desarrollo de un correcto y completo procedimiento de información, el derecho de oposición pudiendo ejercerse durante un mes.

En lo que concierne el contenido de la comunicación, los sistemas jurídicos europeos parecen adherir a la letra a la directiva, la cual, por lo tanto, no determina una lista imperativa de materias (que hubieran podido prever el contenido de información), pero más bien indica un contenido mínimo de información idóneo a construir un modelo operacional de democracia industrial. Las intervenciones de jueces no faltan, a fin de delimitar con más certidumbre los contenidos de la consultación. En particular, el sistema alemán, que confió a la jurisprudencia del BAG la acción de precisar el contenido instrumental al ejercicio del derecho de oposición, a fines de informar el salariado de los riesgos y beneficios conexos a la transferencia. La comunicación debe aquí indicar el momento previsto de la transferencia (normalmente por acuerdo entre el cesionista y el cesionario), el instrumento jurídico de realización de la transferencia, que debe describir con una terminología comprensible por todos los salariados, los motivos de la transferencia, y las consecuencias económico-jurídicas y sociales de la transferencia, y las medidas eventuales para los salariados. Según los tribunales, es particularmente importante realizar la comunicación relativa a la continuidad de las normas colectivas, es decir el mantenimiento de las normas que existían con el vinculo bilateral de los contratos arancelarios (según los principios generales o según el § 613 a Abs 1 S 2 BGB en la base del cual los acuerdos se transformaran en acuerdos individuales) o al contrario su substitución en la base del § 613 a Abs 1 S 3 BGB, que evidencia cual será el nuevo contrato aplicable, los horarios, etc.

El contenido de la información a dar es amplio en Francia. Prevé la comunicación de toda "medida", par volver a coger la terminología del Código del trabajo, en cuanto esta medida puede tener consecuencias sobre el empleo en la empresa. Esta consultación debe tener lugar cualquiera el tipo de efecto realizado sobre el empleo, el articulo L 432-1 al. 1 del Código del trabajo precisa que "*el comité de empresa es obligatoriamente informado y consultado sobre las (…) medidas que afectan el volumen o la estructura de los efectivos, la duración del trabajo, las condiciones de empleo, de trabajo y de formación profesional de la plantilla".*

Esta consultación debe desarrollarse en cuanto ya no se trata de una simple idea, sino que ya se trata de un proyecto, y eso mucho antes de que la decisión se tome, a veces años antes. El articulo L 432-1-1 del Código del trabajo confirma la idea que, cuando impone una consultación anual del comité de empresa en las "previsiones anuales o plurianuales" en materia de empleo. Una consultación que supone que el comité sea informado y consultado de cada proyecto de externalización susceptible de tener un impacto en el empleo.

Por otro lado, el sistema francés indica también que en ausencia de efecto sobre el volumen o la estructura de los efectivos, una consultación es obligatoria, en cuanto la medida tiene una cierta importancia. Anche cuesta misura e garantía dall article (¿?????) 432-1 al 1 del código del trabajo, prevé una obligación de información y de consultación del comité de empresa "*sobre las cuestiones que interesan la organización, la gestión y el funcionamiento general de la empresa*" ; así, un cambio de subcontratista, la cesión de una filial y más generalmente cada medida de gestión bastante importante se somete al imperativo de la previa consultación. Una negociación colectiva obligatoria debe aún tener lugar, en cuanto la externalización proyectada prevé una negociación anual obligatoria sobre las "*previsiones anuales o plurianuales de empleo*". Y el articulo L 320-2 del Código del trabajo precisa que en las muy grandes empresas un negociación sobre este mismo tema, pero un poco más precisa debe establecerse cada tres años. Estas obligaciones de negociar se aplican naturalmente en la hipótesis de una descentralización productiva proyectada, en cuanto esta ultima podría modificar el volumen o la estructura del empleo de una persona moral dada. Es el caso en la mayor parte de las operaciones de descentralización productiva.

El ambiente comparado es bastante homogéneo en lo que concierne la calificación jurídica de los hechos de especie descrita en la directiva con el termino "consultación con vistas a un acuerdo", con oscilaciones que van del reconocimiento de la clase de negociación del procedimiento (obligaciones de tratar) a interpretaciones más débiles que se limitan a afirmar la existencia de una pura consultación pasiva.

Si en el derecho italiano, la expresión *esame congiunto* parece indicar una fase consultativa que puede, pero no debe necesariamente conducir a un acuerdo, tratándose de una situación parecida a la negociación, en Francia, la consultación se opera según las modalidades usuales de la consultación del comité de empresa, que incluyen al mínimo dos fases, una fase de información y una fase de consultación, en la cual el comité debe al final dar un aviso motivado, apoyado si necesario, por contraproposiciones. El derecho sueco impone a cesionista y al cesionario la obligación de *negociar* con los representantes sindicales de los trabajadores -es decir los sindicatos que firmaron los convenios colectivos- las consecuencias de la transferencia, mientras que en Holanda los empleadores que quieren efectuar una transferencia deben consultar los *work council* o la *staff representation*. En Austria, en ciertos casos, los representantes de salarios pueden pedir en el campo de la negociación la elaboración de un plan social, es decir un verdadero acuerdo de empresa dedicado a minimizar las consecuencias sociales negativas que la transferencia puede conllevar para los obreros.

Las calificaciones de la planificación inglesa son más inciertas. Prevé una obligación de información y de consultación para los sindicatos reconocidos, o, en ausencia de ellos, otros representantes cualificados, que pesan sobre el *transferor* y el *transferee*, con objeto de buscar un acuerdo. Sin embargo, hay un debate para saber si el termino "consultación con vistas a un acuerdo" se refiere a una verdadera actividad de negociación (efectiva mediación entre las posiciones de las partes), o si se trata de una obligación que vincula menos, que consiste en la posibilidad para el empleador cesionista de avanzar sus posiciones y validar contraposiciones, teniendo en cuenta algunas observaciones planteadas por los representantes del personal, contestando con la obligación de motivar cada rechazamiento.

El incumplimiento al respecto, por parte del cesionista o del cesionario, o a las obligaciones de información y de de consultación genera varias reacciones, que van de sanciones totalmente pecuniarias (indemnización), que consiste en, para el derecho inglés, el pago de una suma definida por

el juez de manera "justa y equitativa", en relación con la gravedad de la violencia y de todos modos nunca superior a 13 semanas de salario, a la activación de remedios de restablecimiento. El modelo italiano es aquí característico, asimila el incumplimiento del procedimiento a una conducta antisindical (*condotta antisindicale*), por ejemplo, el articulo 28 del estatuto de los trabajadores. El problema, debatido en doctrina, concierne las consecuencias que derivan de las intervenciones judiciales, destinadas a hacer "*cessare il comportamento e rimuoverne gli effetti*". Esta formula de sanción sólo aplicable al caso estudiado significa que el incumplimiento de la obligaciones perjudica la validez de la transferencia -según una visión destinada a afirmar la caducidad de la incertidumbre translativo no formalizado por el respecto de un procedimiento- o limita solamente su eficacia que sigue siendo suspendida a la realización de las obligaciones. La solución más acreditada es la segunda. No concierne el acto translativo sino su realización.

14. Los procedimientos de información y de consultación. Países extra europeos :

Fuera de Europa, las planificaciones que prevén procedimientos de información y de consultación con los representantes sindicales o en su ausencia con los salariados puestos en los procesos circulatorios son muy minoritarias.

No es todo. Incluso donde existe una obligación, que pesa en el cesionista o el cesionario, de informar los partenarios sociales del proyecto de transferencia, se acompaña raramente de una fase sucesiva de consultación. Por lo que se trata del contenido de las informaciones y de las eventuales sanciones en violación de estas obligaciones, los derechos presentan lagunas obvias. Un parámetro de confrontación comparada puede encontrarse en la distinción entre (a) los países en los cuales hay una total ausencia de normas legislativas, compensadas por fuentes colectivas y jurisprudenciales (Australia), y (b) los sistemas que prevén procedimientos de información que se limitan a una pura comunicación a los representantes sindicales o a los trabajadores, que tratan de evidenciar, para este segundo grupo, como la violación de la obligación se sanciona.

(a) En el primer grupo, podemos poner los derechos turco y canadiense. El primero, no obstante las modificaciones del procedimiento de transferencia introducida por el *Labour Act* de 2003, que se acerca del derecho comunitario, no conoce en la materia un procedimiento de información y de consultación de los representantes de los trabajadores. El segundo no tiene en su planificación de comon law, como en el de civil law, la obligación de consultación de las organizaciones sindicales en caso de venta de empresa o otras situaciones vinculadas a la transferencia de *business*.

Las previsiones legislativas que introducen obligaciones de información y/ o de consultación de representantes sindicales no son conocidas por la mayor parte de las planificaciones sur Americanos examinados (Perú, Costa Rica, Brasil, Argentina) con la excepción del Venezuela. En Chile, no existe tampoco una disposición legal que vincula el cesionista y el cesionario en caso de externalización, sino un derecho de información que se impone por la acción colectiva de contratar, probablemente gracias a la importancia de los sindicados. La legislación australiana no tiene ninguna obligación de información y de consultación de las organizaciones sindicales, sin embargo, algunas disposiciones federales permiten al *Federal industrial tribunal* adoptar medidas en el interés publico para remediar a las consecuencias negativas que derivan de la ausencia de información y de consultación de los sindicados en las operaciones de reducción de personal para razones económicas de más de 15 salariados. Tal previsión no responde específicamente a las exigencias de un control sindical sobre los procesos de externalización ; se trata del único dispositivo legal invocable para activar los procedimientos de información y de consultación en caso de transferencia. Estos fenómenos pueden por otro lado ser objeto a una información/consultación en virtud de las obligaciones previstas por el convenio colectivo en materia de *proposal for the implementation for significant change*. Interpretada extensivamente, tales cambios pueden incluir proyectos de transferencia de *business* o de *outsourcing*.

(b) Entre los países que pertenecen al segundo grupo, hay que citar sobretodo Venezuela, que reglamenta diferentemente dos hipótesis. La primera concierne el caso donde una empresa decide de

subcontratar una parte de su actividad y un porcentaje de a lo menos el 10% de sus salariados destinados a parar sus relaciónes laborales. Tal hipótesis se define como *de despido masivo*, y el ministerio del trabajo puede suspender la operación obligando el empleador a negociar la reducción del personal. Donde se trata, al contrario, de una verdadera *substitución de patronos*, es decir cuando los salariados cedidos continúan sus relaciónes laborales con cesionario, está previsto una obligación de notificación de la operación de transferencia al trabajador, a la organización sindical competente y a la inspección del trabajo. Pero esta notificación no puede definirse como una verdadera información sindical, en ausencia total de obligación de comunicación de un contenido. Una obligación análoga de comunicación de notificación está prevista por el orden mexicano, donde el cesionista y el cesionario son solidariamente obligados a comunicar a los representantes sindicales, a los trabajadores el comienzo del procedimiento de transferencia.

El modelo de información y de consultación es también presente en Republica de Sudáfrica, pero (caso único) en este sistema, la externalización puede constituir una justa causa de reducción de personal. Se absorba entonces esta temática en el ambiente de los procedimientos que reglamentan los licenciamientos colectivos. Explica que la materia sea objeto de consultación en lo que concierne las medidas a tomar para evitar los licenciamientos, su numero, el timing, los efectos socialmente negativos de la operación, los criterios de selección de los salariados a licenciar, etc.

En fin, en Israel, los sindicatos serán consultados de manera amplia, mirando al outsourcing, incluso si los efectos de la consultación sobre el *an* y/o el *quomodo* parecen irrelevantes. Los tribunales reconocen generalmente, si no respectan la obligación (por las empresas), que los trabajadores tienen derecho a hacer huelga y emprender otros *organizad steps*.

IV - EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA (SUBCONTRATISTA/COPARTÍCIPE) Y LA CO-IMPLICACIÓN DE LA EMPRESA CONTRATISTA O PRINCIPAL.

1. Las técnicas de protección

El contrato de adjudicación representa una de las formas contractuales con la cual se realiza la descentralización productiva que se concretiza por un compromiso contractual de una empresa contratista (o subcontratista/copartícipe) a dar a una empresa (que llamaremos contratista o comitente) una obra o un servicio con su propia organización de medios y de personas y a sus propios riesgos. Tal contrato representa el vehículo con el cual la empresa adquiere (*buy*) desde fuera un producto o un servicio y renuncia a realizarlo (*make*) por sus medios internos. En realidad, un resultado semejante se puede alcanzar con la pluralidad de tipologías contractuales que se caracterizan por el mismo esquema triangular; además el contrato puede pasar por empresas del grupo o no (externas), puede evidenciar una reacción "asimétrica" y de dependencia o, igualitaria entre las empresas, puede presentar más o menos fines de lucro. Sólo escapan a la categoría los contratos compra-venta o administración/suministro (*somministrazione*) de bienes en el sentido del derecho (que, se implican a veces con el contrato de adjudicación).

El caso de especie examinado, cuando surgen casos extremos, es retenido como licito en la mayoría de las planificaciones consideradas, que se limitan a prever algunas de las protecciones y algunas co-compromisos garantizaos por el adjudicador en favor de los salariados del adjudicatario, de intensidad variable según la relación que existe entre las empresas y el tipo de actividad externalizada. Las técnicas de protección de los trabajadores empleados en la adjudicación son múltiples y diferentes según los Estados: de la distinción entre adjudicación licita y seudo licita (en este segundo caso con imputación de la relación a cargo del empleador efectivo), hasta el régimen de co-comitente/co-

empleador (*codatoralità*) a la previsión de una obligación de los empleados de este ultimo, hasta la imposición de un derecho de paridad de tratamiento con los empleados del adjudicatario, y en fin, a la previsión (en realidad esporádica) de una obligación de información en función de la identidad y de las características del comitente.

2. La distinción entre la adjudicación lícita y el suministro ilícito de mano de obra (interposición facticia)

Un primer modelo de garantías, difundido en la mayoría de los países considerados (v. infla sub c) tiende a separar (y sancionar) la pura interposición de mano de obra con respecto a la adjudicación sincera, para evitar la imputación de las relaciones laborales a testaferros o "hombre de paja", incapaces de satisfacer los derechos de los trabajadores pero que perciben un beneficio parasitario, que deriva de una simple actividad de interposición. En esta óptica, la adjudicación lícita se caracteriza por el hecho de que es el adjudicatario que organiza (a sus propios riesgos) los medios necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios et que dirige y coordina los trabajadores utilizados. Mientras que si este ultimo no da ningún valor añadido en términos de organización de medios o de personal, limitándose a contratar de manera facticia trabajadores que son afectados después a la esfera de organización y de dirección del seudo adjudicatario, se realiza un suministro ilícito de mano de obra (o interposición ficticia).

La sanción que la mayoría de las planificaciones prevén consiste en imputar jurídicamente la relación a cargo del sujeto que dirige y utiliza efectivamente los trabajadores y no sobre 2l que los contrató personalmente (principio de "transparencia" o de "supremacía de la realidad"). De este modo, 2l que en sustancia se aprovecha de las prestaciones de trabajo se vuelve gratificado también de la calidad de empleador, con todas las responsabilidades vinculadas. Esta solución tiene en ciertos países una previsión legislativa expresa y en otros deriva de la jurisprudencia..

La técnica de protección examinada, no representa en si un obstáculo a la descentralización productiva o a un desarrollo en rede entre las empresas, en el momento en que, de hecho, no se excluye confiar segmentos de la producción a terceras personas gestionados por ellas : sólo se prohíbe que sujeto pueda coordinar, dirigir y utilizar trabajadores contratados por otros, derogando de esta manera al principio de coincidencia entre titularidad (titilarità) de la relación y ejercicio de poderes los más típicos. Entonces, los dirigentes de las empresas siguen siendo libres de desagregar los procesos de producción y su titularidad jurídica de la manera más amplia y articulada que sea con arreglo a su conveniencia económica y organizacional, con tal que se salvaguarde la regla de transparencia según la cual las relaciones laborales se arraigan a cargo (in capo) de él que dirige efectivamente y utiliza la prestación de trabajo.

La disciplina de la adjudicación no se limita a pretender la sinceridad o la transparencia en la identificación de la que da realmente trabajo, sino postula a veces, excepcionalmente, limites causales (causali) que, en sustancia, penalizan la posibilidad de usar este instrumento particular de descentralización productiva. En Turquía (y en algunos convenios italianos) el recelo con respecto a las operaciones de segmentación de los procesos de producción -reflejo condicionado de los periodos durante las cuales significaba frecuentemente la explotación de los trabajadores por seudo adjudicadores de pura mano de obra- favoreciendo hasta condicionar la atribución a terceras personas segmentos de la actividad principal del comitente en presencia de razones técnicas, comerciales o de gestión especificas (entendidas de manera restrictiva por la jurisprudencia) en ausencia de las cuales la adjudicación es prohibida. Se delimita en este caso una restricción obvia de la libertad de organización del empresario, mucho más allá de los vínculos dictados por las preocupaciones de evitar los fraudes o de transparencia.

Al contrario, hay que señalar que ciertas planificaciones desafían menos las hipótesis de interposición, resisten más a infringir el "mito" de la personalidad autónoma y jurídica de las empresas e ignoran el distingo propiamente dicho. Estos derechos tienden a liberalizar el suministro de mano de obra más allá de los casos típicos de préstamo de mano de obra (agregación) y de trabajo temporal gestionado por agencia adaptadas a este efecto, y se limitan a prever tales o tales salvaguardias en beneficio de los trabajadores concernidos, especialmente con arreglo a la responsabilización de la empresa utilizadora para ciertos créditos o derechos de los trabajadores. Es así como, por ejemplo, por orden decreciente, que es posible situar el Reino Unido, mientras excluye en el campo de los principios la posibilidad de crear entre la empresa comitente y los trabajadores del adjudicatario una relación directa, registra soluciones jurisprudenciales opuestas, que desgarran el velo de la autonomía subjetiva societaria en la base de un reconocimiento del caso concreto y del carácter totalmente facticio de la entidad interpuesta con el fin de engañar (v. el caso emblemático Catamaran Cruisers Ltd v. Williams). México que sólo conoce un régimen de solidaridad entre las empresas, pero considera en algunas sentencias jurisprudenciales que, de manera unitaria, en términos de empleador, las mismas empresa, con el pleno consentimiento de la doctrina. Canadá (en la base del código civil de Québec y de la Common Law en el resto del país) niega la posibilidad de imputar la relación a cargo del adjudicador, considerando la necesidad de salvaguardar la independencia legal y financiera de las empresas que concluyen el contrato de adjudicación. En fin, Croacia y la Republica de Sudáfrica ni registran sentencias jurisprudenciales que hubieran podido comportar la imputación de una relación a cargo del comitente o del seudo adjudicatario.

3. Los criterios distintivos entre las dos figuras.

Dentro de los sistemas que conocen y sancionan la interposición ilícita, los criterios adoptados para distinguirla de la adjudicación lícita difieren según las planificaciones.

Se confiere en muchos países una importancia decisiva o por los menos sintomática, a la finalidad de la adjudicación de eludir la observancia de las disposiciones legales que rigen el trabajo. Para la mayoría, al contrario, no se focaliza la atención en la meta fraudulenta de la operación, sino en los criterios retenidos para expresar el carácter más o menos facticio de la adjudicación : entre los cuales, en particular, la titularidad a cargo del comitente (adjudicación simulada) o a al adjudicatario (adjudicación sincera) de los poderes de organización, de dirección y de control de los trabajadores. Francia, Japón y Australia (donde se afirma la teoría del *ineffective Transfer* y donde se retiene como *true employer* él con quien la prevalencia dirige y controla los trabajadores) valorizan esos perfiles, Israel (donde el que da trabajo retenido es el adjudicador o el adjudicatario según quien tiene concretamente la facultad de contratar y de licenciar o que detiene los poderes de organización y de control de la mano de obra), Turquía (que traduce el criterio en una especie de presunción, salvo prueba contraria), Perú y Brasil (los dos, por orientación jurisprudencial).

En estos países se afirma que la adjudicación es invalida y la relación se imputa desde el principio al comitente aún cuando después de la externalización, este ultimo continua a dirigir los trabajadores del adjudicatario que actúa dentro o para su propia empresa, tratándoles como "suyos". Si, al contrario, el poder de dirección se ejerce por el subcontratista, cada relación directa entre el comitente y los trabajadores empleados en la adjudicación se excluye, aún cuando la obra y los servicios se realizan dentro de la empresa principal. Entonces, en estas planificaciones, la meta perseguida no sólo es la simple represión de prácticas que eludan las obligaciones que la legislación del trabajo y las convenciones colectivas prevén para la protección de los trabajadores, sino, de manera más general, la coincidencia necesaria entre la *titolarità* formal y sustancial de la relación laboral, prescindiendo de las verificaciones concretas de acciones con el fin de eludir o de engaños específicos. El que dirige, guía y utiliza el trabajador, debe ser considerado como el verdadero empleador.

Otro criterio de selección -a veces utilizado en competencia con el anterior-, para distinguir el puro suministro de trabajo (ilícito) de la adjudicación (licita) esta representado por el empleo por el adjudicatario de sus propios capitales, maquinas, equipamientos, materias primas y experiencia técnica (v. por ejemplo, en Japón y Uruguay). Estos elementos garantizan la verdadera consistencia y la aportación empresarial del adjudicatario y hacen poco probable la intervención de pura interposición o facticia de este ultimo. Viceversa, en el caso de utilización de medios de producción del comitente, el adjudicatario aparece como puramente interpuesto y la relación se junta al primero.

El criterio fue prevalente durante mucho tiempo, sobretodo cuando, considerada como una característica indefectible de la iniciativa empresarial, consistía (o se retenía así) en la utilización de elementos materiales significativos, en ausencia de las cuales se pensaba que no había la configuración autónoma del adjudicatario. Al contrario, la eficiencia discriminante del equipo instrumental debilitó a medida que las innovaciones informáticas y la evolución de la organización introducieron nuevas realidades productivas caracterizadas por una imposición rara (o nula) de elementos estructúrales y, al contrario, por la prevalecía de bienes inmateriales y con un perfil puramente organizacional de la mano de obra (pensar en los servicios de asistencia informática, en las actividades de estudios de los proyectos, en el marketing, o en la elaboración de los datos, o más tradicionalmente en los servicios de vigilancia o de limpieza). En presencia de casos de especie similares en la empresa, primero la jurisprudencia, y el legislador después, tuvieron que apoyar el *quid pluris* (conforme al suministro de mano de obra) que hace que la adjudicación es lícita, y puede ser representada -a lo menos en presencia de actividades "inmateriales" que por su clase no requieren la utilización de medios- también por las aportaciones inmateriales del adjudicatario, tal como un *know how* especifico, las redes de relaciones o también la simple organización y dirección de empleadores. Tales aportaciones permiten reconocer el valor añadido que "retrovende" el puro suministro de mano de obra. Resulta una valorización del criterio sintomático de licitación anteriormente mencionado, basado en el ejercicio de poderes de dirección y jerárquicos por parte del adjudicatario (criterio del trabajo) con respecto al que es más tradicional y relacionado al empleo de instrumentos y instalaciones del comitente.

El legislador italiano tomó esta decisión en la D. Lgs. N. 276/2003 (art.29) reafirmando al mismo tiempo el carácter importante de la organización de medios por parte del adjudicatario y reconoció aún -debido a las indicaciones de la jurisprudencia- que tal organización puede resultar -por lo menos par las adjudicaciones que postulan el empleo escaso de medios y capitales del único ejercicio por parte del adjudicatario del poder de organización legal y de dirección conforme a los trabajadores utilizados en la adjudicación.

Por lo tanto. La doctrina de algunos países avanza a veces la proposición de conferir importancia (con el fin de considerar del mismo modo al adjudicador y al adjudicatario o a la situación de "mono-comitencia" a la cual deriva una particular debilidad contractual de los empleados del adjudicatario. No parece ser que la sugerencia fue aceptada en estas condiciones en las varias planificaciones en derecho del trabajo. No se vinculan tales conceptos a la conversión subjetiva de la relación a cargo del adjudicador. La "dependencia económica" o el abuso de posición dominante aparece sólo en la legislación mercantil de algunos Estados (entre los cuales Italia: v. la ley n. 192 de 1988), con efectos limitados a las relaciones entes las empresas.

4. un modelo diferente de garantías de trabajadores : la reunión de empleadores o "copatronalidad": la codatorialità

Algunos sistemas no se preocupen de distinguir entre adjudicación lícita y ilícita (y de transferir de manera exclusiva la titularidad de la relación a cargo de falsos comitentes) y tienen generalmente propensión a crear una fuerte repartición de "responsabilidades" entre las dos empresas constituyendo la figura del empleador "conjunto". El caso se realiza en las situaciones donde el trabajador es

empleado por dos o más empleadores, o donde el trabajo ante uno no es totalmente disociado del otro o que se averigua la influencia de los dos sobre las condiciones que constituyen la relación laboral (*Joint Employement doctrine*, derivada de la comon law de EEUU o Inglaterra). Todos los empleadores "conjuntos" son individualmente y solidariamente responsables de la aplicación de tratamientos previsto legalmente en beneficio de los trabajadores.

El modelo del empleador "conjunto" existe en los países siguientes. En Estados Unidos, que tienden a desagregar la figura del empleador en relación con varias instituciones consideradas (seguridad, retribución, baja por enfermedad o vacaciones familiares, indemnidad de paro), identificándolo a veces en la base de pruebas y criterios predeterminados por la jurisprudencia, pero que, atribuyen donde hace falta una doble paternidad en lo que concierne al empleador. En Australia, fue empleado para superar el esquema de la personalidad jurídica autónoma (*corporate veil*) en los grupos de sociedades y a veces también la eventualidad de adjudicaciones fraudulentas. En Uruguay, donde, en ausencia de indicaciones legislativa especificas, la jurisprudencia elaboró la figura de "*empleador complejo*" en presencia de una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y utilizan simultáneamente las prestaciones de un trabajado : que se trate de verdaderas empresas, privadas de vínculos de dependencia o del caso donde una de ellas ejerce una supremacía económica o una fuerte interferencia conforme al o a los que suministran servicios. Sin embargo, parece ser que en esta ultima experiencia la *codatorialità* se limita a la creación de una obligación solidaria conforme a los trabajadores de cada una de las empresas que benefician de prestaciones de trabajo, de esta manera este modelo tiende a evolucionar en dirección de un sistema de garantías diferentes que examinaremos en el párrafo siguiente.

5. La responsabilidad solidaria del adjudicador y del adjudicatario en las adjudicaciones lícitas

Incluso en presencia de adjudicaciones retenidas lícitas en la base de criterio susodichos, la mayoría de los sistemas jurídicos considerados prevén algunas garantías para los trabajadores empleados que en general se materializan por el compromiso solidario del adjudicador en la satisfacción de algunos créditos o derechos de los empleados del adjudicatario, esto en el presupuesto que si la empresa auxiliara no está en medida de subvenir a ellos, el trabajador puede invocar la intervención de este ultimo, que íntimamente vinculado a la obra o al servicio objeto de la adjudicación beneficia de esto. Se realiza así una especie de co-employement substancial (aunque limitado a ciertos tratamientos) por efecto del cual el trabajador sigue siendo dependiente del adjudicador en el cual incumba todos los deberes y los derechos que implican la relación, pero el adjudicatario está implicado en la relación deudora, porque la adjudicación, debe satisfacer sus intereses.

aa)En particular, en casi todos los países considerados, la empresa comitente es retenida co-responsable de la adopción de medidas de higiene y seguridad con respeto a los trabajadores de las empresas adjudicataria y subcontratistas.

La responsabilidad es, a veces, efectiva sólo si los trabajadores operan dentro de los locales de la empresa comitente: Canadá, Polonia, Turquía, Suecia, el Reino Unido, Francia e Italia (los dos últimos sólo prevén para las adjudicaciones internas una obligación de cooperar, coordinando con los otros responsables, a la predisposición de las medidas de seguridad y de prevención), España (que para las adjudicaciones *extra moneia* o no conectadas a la actividad principal del adjudicador sólo prevén la responsabilidad genérica establecida por los productores, por los importadores y por la administración de bienes).

En otros casos, la responsabilidad del comitente se precisa incluso si se trata de adjudicaciones a efectuar fuera de la empresa: Australia, Venezuela, Suecia, Chile. En ciertos países la responsabilidad del comitente para los accidentes y enfermedades profesionales de los trabajadores del adjudicatario

es subsidiaria en caso de violaciones cometidas por este ultimo, es directa si la omisión de las medidas de seguridad es imputable al comitente mismo.

Los Estados Unidos utilizan un criterio material y él que "tiene el control de la actividad diaria del trabajador" puede ser llamado a responder de ello y puede impedir que ocurren los daños.

En efecto, los legisladores, tomando en cuenta el contexto en el cual se desarrolla el trabajo, en el caso de la adjudicación *intra moneia*, y en vista de satisfacer las exigencias de organización y de producción del comitente, en el caso de adjudicaciones externas, extienden de manera variada los limites objetivas y subjetivas de la responsabilidad *in parola*.

Responsabilidad de la cual no hay traza, al contrario, en algunos países de América del Sur y precisamente en Uruguay (donde sin embargo un proyecto de ley *ad hoc* fue presentado), en Perú (salvo para las actividades de alto riesgo, tal como las obras publicas, las minas, etc.) y en México (sí el adjudicatario puede cumplir con las obligaciones examinadas), también en Croacia (excepto el caso de delocalización que presenta una finalidad fraudulenta) y en Republica Checa.

bb) una responsabilidad, generalmente solidaria, del comitente para los salariados y los otros créditos de los empleados del adjudicatario, está prevista en Austria, España (si la adjudicación tiene como objeto una actividad estrechamente conexa a la actividad principal del comitente), Turquía (pero sólo en relación con adjudicaciones internas y exclusivas), Francia (donde se prevé una acción directa de los trabajadores - poco practicada - en contra del comitente o del destinatario en el caso de adjudicaciones en cascada, pero en los limites de las sumas debidas al adjudicatario), Québec (Canadá), Republica de Sudáfrica, Venezuela, Costa Rica (donde la responsabilidad solidaria entre dos empresas solamente opera cuando forman parte del mismo grupo, siendo trazable a la misma propiedad), Chile y México (en estos últimos la responsabilidad es solidaria). La legislación italiana (art.29, del D.Lgs n. 276 de 2003) atribuye la solidaridad entre comitente y adjudicatario al pago de tratamientos retributivos y de contribuciones de previsión, pero confirma la obligación en el limite de un año a partir de la cesación de la adjudicación y consiente a los convenios colectivos una posibilidad de derogación en dirección de la liberación del comitente. Pasado un año el trabajador puede utilizar el mecanismo de solidaridad previsto en el art. 1676 c.c., que opera sin embargo, en los limites de las sumas debidas por el comitente al adjudicatario en el momento que el trabajador formula la demanda.

La solidaridad del comitente es, al contrario, subordinada a la presencia de perfiles de exclusión fraudulenta de los derechos de los trabajadores de la empresas adjudicatarias o subsidiarias de los países sigueientes. En Croacia y Argentina (donde la solidaridad impone además, que la adjudicación se refiera a segmentos de la actividad normal y especifica del adjudicador y que este haya omitido los controles necesarios relativos a las normas de la protección de los trabajadores de la empresa adjudicataria), en Uruguay (donde la obligación subsidiaria del comitente se transforma en obligación solidaria si hay fraude o disimulación), en Peru, en Ontario (Canada), pero en estos dos últimos casos sólo si la adjudicación se desarrolla entre empresas conectadas.

En todos estos países el comitente que satisface todos los créditos de los empleados del adjudicatario puede actuar en contra de este ultimo, incluso reteniendo las sumas debidas para la adjudicación.

Al contrario, el adjudicador es exonerado de toda situación deudora con respecto a los empleados del adjudicatario, a condición que se trate de adjudicaciones licitas, en Polonia, (incluso en presencia de sociedades conectadas, pero aquí los convenios colectivos de establecimiento gobiernan frecuentemente, los modos de garantías de las relaciones de trabajo de los empleados de varios empleadores), Grecia, Republica Checa, el Reino Unido, Suecia (incluso si, del hecho de una acción sindical, con huelgas y bloqueos y retorsión de la actividad del adjudicador está en medida obligar el comitente a satisfacer los créditos sin

Efecto de los empleados del adjudicatario).

Hay que señalar que en Suecia y en el Reino Unido una disposición expresa impone al empresario principal garantizar también los empleadores del adjudicatario contra las discriminaciones por motivo de raza, debilidad, orientaciones sexuales, salvo si se trata de comportamientos relativos a la exclusiva pertinencia del adjudicatario. En Estados Unidos se retiene como empleador, referente a las normas anti-discriminadoras, él que ejerce el control del trabajo (y entonces, a lo más el adjudicatario).

cc) la responsabilidad del comitente referente a las obligaciones relativas a las contribuciones y previsión (con una eventual compensación del adjudicatario) es ratificada en pocos países (Canadá, Chile, Italia) ; en Polonia sólo es prevista en el campo de previsiones integradas en las tablas colectivas ; en Francia sólo es operacional si el comitente es privado de un fundo comercial o artesanal.

6. las garantías de la paridad de tratamiento.

Además de la cobertura de la solidaridad a cargo del comitente, una garantía suplementaria a favor de los empleados implicados en la adjudicación es representada por la previsión de la paridad de tratamiento con los empleados del adjudicatario, por lo menos a funciones iguales. Sin embargo, a diferencia de los que sobreviven en caso de administración del trabajo, hay muy pocos países (por ejemplo México) que prevén tal salvaguardia, quizás porque la paridad del tratamiento sería trabada por el hecho de que las funciones de los empleados del adjudicatario y las de los empleados del adjudicador son frecuentemente incompatibles, porque las actividades externalizadas pertenecen a sectores mercantiles diferentes y son regidas por convenios colectivos diferentes de las del adjudicador. Sin embargo, la previsión de una obligación de paridad sería oportuna en el caso donde los empleados del adjudicatario operan en contacto estrecho con los del adjudicador, quizás en los mismos locales, con funciones similares.

En Italia, la paridad de tratamiento, ratificada en lo que conciernen las adjudicaciones “internas” por la ley histórica n. 1369 de 1960, fue superada por el D. Lgs n.276 de2003, en el contexto de una ley destinada en su conjunto a facilitar los proceso de externalización sinceras, evitando apremios excesivos debidas a las garantías.

La ausencia general de previsión referente a las obligaciones paritarias tiene dos lecturas posibles : desde el punto de vista de las elecciones de *outsourcing* y desde el de una “reconstrucción sistemática”

Según el primer caso es útil precisar que el canon paritario, además de la protección individual de los trabajadores, tiene como función de garantizar que la elección de externalizar segmentos de la producción tiene como única variable una conveniencia de tipo industrial (especialización productiva, simplificación logística, oportunidad financiera , etc.) y no objetivos de reducción del costo del trabajo, justamente frenada por la presencia del vinculo en cuestión. Al contrario, en los casos donde el vinculo no existe, la aplicación por el adjudicatario de un convenio colectivo diferente y mas barato que el del adjudicador se hace legitimo (a condición que este en coherencia con la actividad ejercida por este) con la consecuencia que la opción empresarial de pasar del *make* al *buy* también puede ser influenciada por la ventaja comparativa consecuente en el campo del trabajo.

En una óptica “reconstructiva” el tratamiento diferente reservado a la adjudicación y a la administración / suministro (somministraziones) del trabajo a través de agencias, referente al vinculo paritario, puede encontrar una explicación relevando que une tratamiento idéntico normativo y económico es debido a los trabajadores que, mientras dependen de empleadores distintos, son sometidos al mimo poder de dirección y de organización, como ocurre en materia de administración / suministro, donde es el utilizador quien guía y coordina tanto sus propios empleados como los enviados por la agencia. Al contrario, la regla de la uniformidad se niega a los empleadores del adjudicatario sometido a un poder de dirección y de control distinto del del empleado del adjudicador (y condición esencial de la legitimidad de la adjudicación). En una elección más o menos consciente por parte de varios legisladores, la implicación de los trabajadores en un contexto subjetivo de poder que es el mismo o diferente, se hace decisivo con el fin de relacionar se a, o excluir la regla de la paridad. La

delimitación citada, referente al ambiente de referencia del principio paritario, se confirma en la disciplina referente a las transferencias de ramos de empresa en varios países, entre los cuales Italia; la posibilidad reconocida al cesionario de aplicar inmediatamente a los trabajadores "adquiridos" su "propio" régimen colectivo (substituyendo de este modo los tratamientos colectivos de los cuales gozaban antes de la cesión) puede leerse como la negación de la regla paritaria entre los trabajadores que se quedaron con el cesionista y los que pasaron al cesionario, estos últimos sometidos después de la transferencia, a poderes de dirección diferentes. Al contrario, se lee como la confirmación de la igualdad de tratamiento entre los trabajadores cedidos y los otros empleados del cesionario, tanto que siguen gestionados por el mismo poder de dirección.

En fin, hay que señalar que a titulo de excepción. Una obligación especifica de paridad de tratamiento económico con los empleados de la empresa adjudicadora es prevista en Italia a favor de los empleados de un adjudicatario transnacional, implantado en un Estado miembro de la UE (diferente de Italia), que se compromete con su propia organización y gestión y efectúa un servicio dentro de una empresa italiana ; los empleados en cuestión pueden hacer valer sus propios derechos en contra del adjudicador, a causa de un vinculo de solidaridad en vigor durante la ejecución de la adjudicación y hasta que un año pase después de la cesación de esta (art. 3, 2, D. Lgs. 72 de 2000, puesto en ejecución por la directiva 96/71/Ce). La principal meta de la reglamentación comunitaria es garantizar a trabajadores normalmente empleados en países de la UE diferentes del cual donde van a actuar para la ejecución del contrato de adjudicación, las condiciones legales y contractuales en vigor en el lugar de ejecución de la prestación.

7. la información en la identidad del adjudicador.

La mayoría de los países considerados no prevén obligaciones especificas referente a la información a dar a los trabajadores empleados en la adjudicación, referente a la identidad y las características financieras y productivas del sujeto a favor del cual se realiza la obra o el servicio ; lo que confirma que, aunque garantías individuales son frecuentemente presentes para los trabajadores implicados en la ejecución de los contratos de adjudicación, el apoyo colectivo es raro y hay una carencia en lo que concierne el papel activo de los trabajadores y de los sindicatos en los procesos de decisión que preceden y acompañan la adjudicación. Con las excepciones de España, donde se prevé una obligación especifica de información de los trabajadores a cargo del adjudicatario referente la identidad del comitente y de la Tesoría General y de la Seguridad Social ; Argentina donde se prevé una cantidad notable de procedimientos de información, a favor de los sindicatos y de las autoridades del Estado, referente a las modificaciones la mas diversas relativas a la organización y a la tecnología, a los procedimientos de crisis de empresa, a la previsión de un "balance social" de la empresa y, también en algunos sectores, a la conclusión y al beneficio subjetivo de un contrato de adjudicación. Italia se limita al caso donde la adjudicación es relativa a una transferencia de ramo, ya que el que aliena y el que adquiere deben dar a las representaciones sindicales de la empresa y a los sindicatos categoriales toda la información relativa a la transferencia y eventualmente entablar una consultación.

En otros sitios, existe a lo más disposiciones de carácter general que imponen dar informaciones sobre los acontecimientos dentro de la empresa que pueden tener una incidencia en las condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, en Francia, se prevé una obligación de informar y consultar el comité de empresa para todas las decisiones referentes a hechos marcantes relativos a la gestión de la empresa o que tienen un impacto en el empleo, entre los cuales caben seguramente la conclusión o la cesación de un contrato de adjudicación, con consecuentemente las informaciones sobre la empresa comitente. La misma cosa debe decirse si la empresa adjudicadora formula proyectos de reestructuración si tienen una influencia sobre los volúmenes de empleo y de actividad de la empresa adjudicadora :la información ser debida a esta ultima y después transmitida a sus representaciones sindicales. En Polonia la obligación de informar anteriormente a los trabajadores en el lugar de ejecución de la

prestación puede comportar la necesidad de indica el nombre y la sede de la empresa comitente si la adjudicación debe desarrollarse en los locales de esta ultima. En Republica de Sudáfrica, en ausencia de una obligación especifica de información, los trabajadores obtienen la identidad del adjudicador por efecto de algunas obligaciones de información en el tema de la seguridad de los lugares de trabajo.

8. El ejercicio de la actividad sindical.

La dificultad par reagrupar y desarrollar la acción sindical en presencia de presencia de fragmentación de la empresa se conoce bien y se refleja también en las posibilidades concretas ofrecidas a los empleados de los segmentos productivos externalizados. Ni la legislación, ni los convenios colectivos de varios países no parecen haber remedido a tales situaciones. La atomización de las realidades de la empresa, consecuencia de la descentralización genera en algunos países efectos particularmente penalizantes : como esto surge en el Reino Unido donde las acciones reivindicativas o conflictivas puesta en adelante por los empleados de un comitente en apoyo de las demandas de los empleados del adjudicatario corren peligro de ser consideradas ilegales, como secondary actions (huelgas de solidaridad), porque apoyan las reivindicaciones de los trabajadores que dependen de un empleador deferente del suyo.

En consecuencia sólo podemos limitarnos a esperar que la intervención de un apoyo y de una promoción de derechos sindicales de los empleados de los adjudicatario, reconociéndoles las mismas garantizados a los empleados de la empresa comitente. Gozar de tales derecho sería fácil en los casos de adjudicaciones internas. Es decir efectuados dentro de la empresa comitente, pero deberían ser perseguidas en lo que concierne las adjudicaciones externas, a través de un modelo normativo que podría poner en adecuación la disciplina pensada para la fabrica “fordista”, y su concepción espacial, a las nuevas exigencias del interés colectivo evidenciadas en la empresa fragmentada.

PARTE V - EL *FRANCHISING*

1. El ambiente del contrato

Para el contrato de *franchising*, en la gran mayoría de las planificaciones examinada, falta una expresa reglamentación jurídica, en particular en el campo del derecho laboral. Utilizando las categorías generales del derecho civil (*civil law*), puede definirse como un derecho atípico, consensual, bilateral, *intuitu personae*, y que dura con prestaciones reciprocas y onerosas.

Frecuentemente regulado en la esfera de la atipicidad mercantil, obedece al principio, en plaza en cada sistema jurídico, en la base de la cual se reconoce a los co-asociados la facultad de estipular contratos incluso fuera de los modelos típicos previstos en la legislación, con la condición de que los intereses en juego merecen el apoyo de la planificación jurídica y no contraria el orden publico.

Incluso donde no hay reglas expresas o definición normativa, el *franchising* ganó un carácter típico en el campo social y una fisonomía relativamente estable, puede generalmente presentarse como el instrumento jurídico con el cual el empresario descentraliza la distribución de sus productos, se libera de los riesgos relacionados, sin, por lo tanto, renunciar a ejercer una cierta influencia o control sobre esta actividad, ya que el *franchisee*, en el desarrollo de su actividad, se aprovecha de los signos distintivos del *franchisor*, de su *know how*, de su asistencia técnica y comercial.

También el contrato del *franchising*, como lo que fue dicho para las otras relaciones contractuales que las empresas entretienen en la esfera de los grupos o, más generalmente, para las practicas de *subcontracting*, representa un instrumento de gobierno privado de las translaciones de tipo híbrido, donde las partes resienten la exigencia de definir formas de gestión de sus relaciones comerciales a medio camino entre mercado y jerarquía.

Generalmente, un cierto poder de ingerencia por parte del *franchisor* sobre el *franchisee* puede ser considerado como una característica estructural del *franchising*, en la medida en que el control de la actividad de distribución tiene como función alinear los intereses de uno a los del otro, de manera que contienen los costos de agencia y el riesgo de free-riding del distribuidor.

No es por casualidad que en la cultura jurídica anglo-sajona, el poder de control penetrante del *franchisor* por un lado, y por otro el hecho de que el *franchisee* sea propietario de *assets*, representen elementos en virtud de los cuales el *franchising* se considera como un contrato que asocia características propias, tanto el trabajo subordinado que del trabajo autónomo, y se posiciona así a medio-camino entre las dos topologías de relaciones.

El *franchisee* tiende a ser considerado como un empresario autónomo, cuya relación es regulada por principios generales del derecho de los contratos, salvo a ser reconducido a otras categorías de derecho del trabajo, como ocurre en el derecho inglés que a veces le califica como "*worker*", haciéndolo alcanzar protecciones en materia de retribución mínima y de horario de trabajo. Consideraciones análogas valen para Canadá donde la tradicional localización del *franchising* referente a la atipicidad comercial fue acusada por las jurisdicciones del Alberta y del Ontario las cuales emitieron normas especificas en la materia. Se trata en primer lugar, de disposiciones clásicas destinadas a equilibrar la asimetría "informativa" pero también de normas destinadas a especificar los deberes de corrección y de buena fe, de reglas en materia de jurisdicción competente y de derecho de asociación.

Quedándonos en el campo de *comon law*, en Australia algunos contactos de *franchising* puede ser sujetos de "*unfair contract juridiction*" que funcionan en los sistemas de relaciones industriales en algunos estados. Las disposiciones permiten a una parte, que efectúa una actividad de trabajo en la base de un contrato, ser protegida en el caso de cláusulas contractuales *unfair* en el caso donde, aunque equitativas, sean aplicadas de manera injusta. Esta legislación fue aplicada a varias formas de contratos de *franchising*.

Dudas de la clasificación del *franchisee* subsisten en Suecia, donde, aunque en ausencia de una regulación especifica legal, la atención dada por los juristas del trabajo al *franchising* crece, a causa de la importancia notable del fenómeno.

Además de las indicaciones dada por la parte contractual y la jurisprudencia encontramos en algunos sistemas examinados, algunas referencias legales y, en algunos casos, una regulación normativa con elementos relativos tanto como en el caso de especie como en la disciplina de la institución.

Durante mucho tiempo el contrato de franchising fue confinado, en Italia, en el campo de la atipicidad mercantil (negóciale) pero fue modelado hace poco por el legislador que lo define hoy como "el contrato, cualquiera que sea su nombre, entre dos sujetos jurídicos económicamente y jurídicamente independientes, en la base de la cual una parte concede la disponibilidad a otro, en vista de una retribución, de un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectuales relativos a marcas, denominaciones comerciales, letreros, diseños, derechos de autor, know how, asistencia o *consulting* técnico y comercial, insertando el afiliado en un sistema constituido por una pluralidad de afiliados repartidos en el territorio, con el fin de comercializar bienes o servicios determinados" (art. 1 ley n. 19/2004).

En la planificación italiana, por lo menos en el campo formal, no se admiten formas de control del *franchisor* sobre el *franchisee*, cuya "independencia jurídica y económica" es expresamente sancionada por el articulo 1 de la norma 2004. hay que observar por otro lado como la disciplina dictada por la vía legislativa reservó una atención prevalente a los acontecimientos que generaban relaciones de *frachising* -dictando prescripciones en materia de forma y de contenido del contrato (art. 3), de obligaciones de información del afiliado y también en materia de obligaciones pre-contractuales de comportamiento (art. 6)- negando sin embargo los acontecimientos relativos al desarrollo de la relación,

donde se materializa el riesgo concreto que la independencia jurídica del *franhcisee* este comprometida por la actitud de parte "fuerte" de la relación contractual.

Elementos normativos aún más insuficientes resaltan en otras planificaciones como la española o la brasileña.

En España, no obstante la gran difusión del franchising, la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista* dedicada a la franquicia sólo tiene un articulo, definiéndola como la actividad comercial con la cual, en virtud de un acuerdo o un contrato "una empresa denominada franquiciadora da a otra, llamada franquiciada, el derecho de explotar su propio sistema de comercialización de productos o servicios".

La norma contiene dos prescripciones : por una parte establece un deber pre contractual de información preventiva del franquiciador para con el franquiciado que permite a este ultimo conocer, por lo menos 20 días antes de la suscripción de cualquier compromiso, el sector de actividad del franquiciador, el contenido y las características de la franquicia, la estructura y la extensión de la red de distribución tal y como los elementos esenciales del acuerdo ; por otro lado prescribe a los franquiciadores un deber de inscripción en el registro especial.

Fuera de las dos prescripciones legales, las partes puede libremente establecer las condiciones contractuales y la intensidad del vinculo jurídico, los únicos limites son de respectar la ley, la moral y el orden publico.

Tanto en España como en Brasil, donde sin embargo la materia conoce una regulación normativa especifica (Ley Federal n. 8.955 del 15/12/1994), las modalidades cambian de manera notable ; por lo tanto, en una relación contractual, donde la gran mayoría de la regulación de relación contractual es reservada a la libre determinación por las partes, puede resultar de ello un grado de ingerencia muy diferente del franquiciador sobre la actividad de empresa del franquiciado.

En la parte comercial, el modelo consolidándose comporta una serie de cláusulas estándar y de condiciones impuestas por el franquiciador, a tal punto que no es raro, por lo menos en Espana, que se invoquen las reglas típicas de contratos relativos a cláusulas vejatorias.

En una perspectiva de derecho de trabajo, la única vía hoy día, consiste en averiguar hasta que punto la regulación prevista por la cesión de trabajadores, la transferencia de empresa, el grupo de empresa, etc. Puede aplicarse al caso de una franquicia. Pero la operación no es fácil, la jurisprudencia todavía es rara.

En Francia, sólo existe una reglamentación parcial y ligera del contrato de franquicia, la cual tiene sobretodo por objeto la adaptación del derecho de la competencia a este tipo de contrato (v. not. La reglamentación 2790/99 CE o en materia de distribución automóvil la reglamentación 1400/2002). En derecho francés, una ligera reglamentación se prevé en el articulo L 330-3 del código del comercio.

Sin embargo, como lo veremos en el parágrafo que sigue, la condición de empresario propio del franquiciado, no impide la operatividad de ciertos mecanismos de protección asegurados por el libro VII del Código del Trabajo, ni tampoco impedir la recalificacion del contrato en contrato laboral cuando se demuestra, en justicia la subsistencia de un vinculo de subordinación entre franquiciado y franquiciador.

2. la posición del franquiciado con respecto al franquiciador y la actitud de los tribunales.

Como resulta de las consideraciones hechas hasta ahora, la tendencia es de considerar el franquiciado como un empresario y que el que emplea o no trabajadores a su servicio, entra en la categoría general del trabajo autónomo, estando sometido - pero con algunas excepciones- a las reglas que presiden en la relaciones de mercado.

Aunque la relación contractual, en la medida en que se determina la transferencia de *know how*, de licencias y de uso de marca, conjuntamente a la asistencia técnica y al control por parte del

franquiciador, conduzca a cierto nivel de integración en la organización de la empresa de otra persona, se retiene que este acepta tal condición para asegurarse el know how y reducir los riesgos económicos de su propia actividad de distribución.

Naturalmente el franchising (o franquicia) puede esconder una relación de trabajo dependiente cuando el sujeto en cuestión representa en sustancia un simple empleado con la función de responsable del funcionamiento de una sucursal comercial. Además en todos los casos considerados, el *nomen juris* no excluye por una calificación diferente de la relación (por el respecto del principio de la indisponibilidad del tipo o en conformidad al principio de realidad). De todos modos, pertenecerá a los falsos franquiciados dar la pruebe del comportamiento fraudulento de la parte adversa o de demostrar la presencia de elementos típicos de la relación laboral subordinada.

Las estadísticas de la jurisprudencia en los países considerados no parecen ser particularmente importantes.

Si ningún caso fue sometido a la atención del Tribunal Supremo español, los raros juicios de los tribunales inferiores se orientan hacia la aplicación de la disciplina del derecho del trabajo. En el estado de Israel también, en la mayor parte de los casos a la atención de los tribunales, la demanda en juego por parte del franquicido, era de ser reconocido como dependiente del franquiciador. En el caso *Fritz Haim v. The Israel Lottery*, los vendedores de los billetes de la lotería pidieron a los jueces la recalificación de sur relación evidenciando que la sociedad soportaba sea los gastos de los prepuestos estables a la venta sea los de los seguros y se comprometía a retirar los billetes no vendidos. No obstante esto, el tribunal consideró los franquiciados del mismo modo que empresarios autónomos, ya que controlaban las entradas, tenían la plena autonomía en la definición de los horarios de abertura y de las estrategias de marketing, y eran registrados como *independant contractors* ante las autoridades fiscales y la seguridad social.

En Austria, las limitaciones notables a la libertad de acción del franquiciado entrenaron, en varias circunstancias, un recurso al juez del trabajo con el fin de obtener una calificación diferente de la relación. La jurisprudencia, por su parte, no faltó reconocer las protecciones particulares con respecto al franquiciado, sobre todo cuando, estipulaciones negociadas, resultaba que fuertes interferencias del franquiciador eran permitidas referente a la gestión y la organización de ventas, las políticas de marketing, la elección de los precios de venta. Incluso en ausencia de reconocimiento de la subordinación de la relación, la analogía entre la posición del franquiciado y la del trabajador dependiente justifican, según la jurisprudencia austriaca, no sólo el recurso ante la jurisdicción del tribunal del trabajo, pero también la aplicación de ciertas protecciones previstas por la legislación del trabajo, incluyendo la limitación de la responsabilidad para los daños causados a una tercera persona en la ejecución del contrato. El sistema francés presenta trastos muy particulares, también en virtud de los sistemas particulares regidos por el libro VII del Código del trabajo, en los cuales volveremos más ampliamente en el tratamiento del trabajo autónomo (v. infra parte VI). En efecto, el articulo L. 781-1, 2 del código del trabajo creo un estatuto híbrido llamado del "comerciante-salariado", que puede beneficiar a los franquiciados. Para ser un "comerciante-salariado" tres condiciones deben ser cumplidas. La primera es que debe tener como abastecedor exclusivo o casi exclusivo el franquiciado. Lo que es frecuentemente el caso en un contrato de franquicia, en cuanto el franquiciado tiene como empleo principal vender bienes suministrados por el franquiciador, o trabajar para el franquiciador. La segunda y tercera condición son actos de poder ejercidos por el abastecedor. Este ultimo debe haber elegido o aceptado las condiciones del trabajo, de higiene y de seguridad del establecimiento del comerciante. Lo que, otra vez, es frecuentemente el caso en una relación de franquicia. En fin, el debe haber impuesto sus precios. Esta tercera condición no está necesariamente presente, pero otra vez, puede ser considerada como relativamente frecuente.

Estas tres condiciones son suficientes. Es notablemente posible para el "comerciante-salariado" tener salariados.

Beneficia también el sus relaciones con su abastecedor exclusivo o casi exclusivo, de los libros I y II del Código del trabajo, los cuales comprenden casi todas las protecciones individuales de los salariados, especialmente con limitaciones del tiempo de trabajo, el derecho a un salario mínimo, vacaciones con sueldo y el derecho común del licenciamiento. Al contrario se excluyen el derecho al licenciamiento económico y las disposiciones relativas a la representación colectiva. Es estatuto "comerciante-salariado" benefició a gerentes de gasolineras, a concesionarios exclusivos, pero también, es cierto, a franquiciados.

La aplicación de este texto a los franquiciados, en practica, sigue siendo mucho más bajo que su potencial. Las personas susceptibles de beneficiar de este estatuto son relativamente poco dispuestas a reclamar la protección del código del trabajo, sea que tal reclamación les parezca como una decadencia social, sea que ignoran las posibilidades que el texto les abre.

El caso de Costa Rica merece una consideración particular. En este país el franchising entra en la panoplia de los contratos atípicos, tradicionalmente regidos por los principios generales del derecho comercial. Estando considerado como sujeto independiente del franquiciador, el franquiciado goza de protecciones particulares en caso de cesación anticipada de la relación contractual, a causa del obvio presupuesto de una notable disparidad contractual, incluso en presencia de una relación de tipo comercial. Pero parece ser que es r2fimen particular de protección se eliminará después del acuerdo de libre comercio estipulado entre Costa Rica, Guatemala, Republica Dominicana y los Estados Unidos (CAFTA), lo que parece dar un sujeto de reflexión debido a modalidades con las cuales operan los proceso de globalización de la economía y de liberalización de los cambios, y a los efectos que pueden generar sobre las condiciones de protección acordada a los que, en todos casos, dejan su trabajo en condiciones notables de disparidad económica.

3. la posición legal de los empleados del franquiciado

conforme a la configuración -por lo menos formal- del contrato de franchising, en practica, todos los contratos excluyen que haya cualquiera relación jurídica entre el franquiciador y los empleados del franquiciado. Sin embargo, aunque estos ultimo son indubitablemente, en el campo jurídico formal, en la dependencia exclusiva del distribuidor, ocurre en la practica que el franquiciador intervenga de manera intensa sobre las condiciones de empleo (selección y formación de la plantilla, comportamiento e imagen ante la clientela, etc.). Es el caso de España, tales intervenciones se justifican por la jurisprudencia con la exigencia legitima de proteger la marca y el nombre de la organización del franquiciador, a menos que el franquiciado no tenga, en sustancia, una propia organización de empresa, y represente un simple intermediario ficticio. En el caso de Uruguay, al contrario, incluso en ausencia de estadísticas importantes, no parece que se excluya la hipótesis de la responsabilidad solidaria del franquiciador, ya que el contrato de *franchising* podría ser retenido como "*contrato comercial de dominación*", con la consecuencia que la planificación jurídica y la práctica jurisprudencial deducen en materia de responsabilidad.

El contexto argentino merece en estos aspectos una atención particular. Presenta entre las técnicas jurídicas antifraude la responsabilidad solidaria del empresario principal con respecto a las obligaciones laborales de la seguridad social del personal salariado de estos empleadores a los cuales "ceda total o parcialmente el establecimiento o explotación habilitado a su nombre" o con los cuales "contrate o subcontrate, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y especifica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito". Tal formulación que generó relevantes controversias interpretativas, no parece sin embargo comportar la extensión de la responsabilidad solidaria al franquiciante para las obligaciones del franquiciador, mientras que una extensión del régimen de la solidaridad puede basarse en la existencia de "control externo" por parte del franquiciante, susceptible de ser considerada como un presupuesto de conjunto económico de carácter permanente. Incluso en este caso, se tratará de una simple extensión del régimen de la responsabilidad al franquiciante, y ya no de una imputación directa de las relaciones laborales. Esto

podrá averiguarse sólo en la hipótesis de una interposición facticia, es decir cuando el franquiciado no representa nada más que "hombre de paja", por respecto de las prescripciones dictadas por el legislador para los casos de interposición fraudulenta.

En Francia también, la plantilla de un franquiciado siempre puede tratar de enseñar que es, de hecho, subordinado al franquiciador. Este ultimo será entonces considerado como su empleador o como su co-empleador. Encontramos de nuevo aquí, en materia de contrato de franquicia, la facultad de descubrir un co-empleador, en los términos que pueden ser utilizados par levantar el velo de la personalidad moral de dos sociedades distintas de un grupo, o, para oponerse a toda forma de descentralización productiva.

En el campo de la imputación directa de las relaciones laborales del franquiciado ante el franquiciador, una sentencia muy reciente del tribunal de Milán merece ser relevada. En esta ultima los jueces italianos retuvieron ignorar cada pantalla formal acogiendo las demandas de la parte apelante.

En el caso concluido por la sentencia del 29 de abril de 2005, un empleado, licenciado por la sociedad que da trabajo, que lo empleaba en calidad de franquiciado, pero que tenia un nombre de empleadores inferior a 15 - calidad requerida por la legislación italiana para la aplicación de la protección "fuerte en materia de licenciamiento individual (art. 18, Ley n. 300 de 1970)- invocaba la aplicación de verdadera protección.

Los jueces, acogieron la demanda del trabajador ya que, en la base de los testimonios acogidos, resultaba una notable ingerencia de los responsables de la sociedad que asumía el papel de franquiciador sobre la actividad de gestion del franquiciado (en particular con respecto a la formación del personal, a la organización del tiempo de trabajo, al envío de cartas de licenciamiento). La interconexión que existía entre el franquiciador y el franquiciado -según el Tribunal- iba entonces, "mucho más allá de lo que requería el contrato de franchising", las dos sociedades fueron consideradas como un reagrupamiento de empresas únicas, en total superior a 15 unidades.

VI - INDEPENDANT CONTRACTORS, FALSOS AUTÓNOMOS Y TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

1. El renacimiento del trabajo autónomo y los proceso de descentralización productiva.

Estos últimos años, precisamente y consecuentemente a los procesos de desmembramiento y de descentralización de la producción que tuvieron lugar en los grandes complejos industriales, como efecto de la crisis del modelo de integración vertical propio a la gran empresa fordista, el trabajo autónomo conoció otro periodo de crecimiento. Mientras que en el pasado habíamos experimentado una expansión progresiva del trabajo subordinado hacia campos anteriormente ocupados por la *locatio temporis*, hoy día el péndulo de la historia parece invertirse, empujado por tecnologías informáticas *labour saving* que prefiguran, no tanto una sociedad sin trabajo, sino de cierta manera un *scenari* en los cuales la prestación de mano de obra empleada ya no representa el modelo utilizado exclusivamente para ofrecer una actividad en coordinación y/o en el interés de otra persona.

Si al principio de los años 90 este fenómeno retenía la atención sólo por parte de un sector circunscrito de la doctrina del derecho del trabajo italiano, hoy día este dato parece adquirida en la mayor parte de la producción científica corriente. Encuestas recientes revelan una tendencia mundial del crecimiento del trabajo autónomo durante la ultima decena del siglo pasado, al que el OCDE (2000) dedicó un capitulo del *employement outlook* "al parcial renacimiento del trabajo independiente", especialmente en el sector del *business* y de los servicios a la comunidad. Este hecho parece ser confirmado también por los informes nacionales elaborados a la ocasión de estas jornadas de estudio,

los cuales no faltan de evidenciar un *trend* bien visible no sólo en el ámbito de la comunidad europea, sino generalmente a la escala global.

Hay también que notar que, preliminarmente, las políticas de "adelgazamiento", de downsizing y de "desmaterialización de la empresa", además de contribuir de manera significativa a la expansión del trabajo autónomo, modificaron de manera amplia las connotaciones tanto en el aspecto social como jurídico. Es tan verdad que los especialistas en ciencias sociales los más avisados crearon rápidamente el termino de trabajo autónomo de "segunda generación" para marcar la especificidad innovadora, y la distancia con loas formas tradicionales del *locatio operis*.

Comenzando por el examen de las características sea cuantitativas sea cualitativas del fenómeno, hay que subrayar inmediatamente que en los Estados Unidos los *independant contractors* representan, hoy día, un segmento bastante relevante de la fuerza de trabajo. En efecto, en 2995 -según las indicaciones contenidas en el informe USA - los trabajadores autónomos, empleados de manera significativa (para un 40%, más o menos) en los sectores así denominados del terciario avanzado y de los servicios, adelanta de diez millones, y representa 8.44% de la población activa.

Katherin V.W. Stone evidencia, por otro lado. Que es frecuente reconocer entre los trabajadores autónomos que dejan su actividad propia a empresas americanas, antes de ser considerado como *independant workers*, efectuaban el mismo trabajo para la cuenta de la misma empresa con un contracto de trabajo salariado.

Una amplia utilización del trabajo autónomo como substituido del trabajo salariado ocurre -hay que precisarlo- en todos sitios. Desde el Venezuela, donde se utiliza más y más la practica de sustituir los contratos laborales con otras formas contractuales regidas por la legislación del comercio (*contratos de comision mercantil, ie concesión o di transporte*) la cual sin embargo, obviamente, no asegura protecciones y garantías aportadas por las planificaciones del derecho del trabajo, hasta Italia, que conoció estos últimos años un crecimiento notable del trabajo "*parasubordinato*".

En los Estados Unidos y en Venezuela, no hubo tentativas de crear una categoría intermediaria entre trabajo subordinado y trabajo autónomo. No conocemos hoy día técnicas de extensión de protecciones del trabajo a prestatarios autónomos que efectúan su propio trabajo al beneficio de un comitente único o principal.

La situación europea es diferente : la emergencia de formas de trabajo autónomo que presentan las características más o menos visible de dependencia económica (*wirtschaftliche Abhangigkeit*) llevó el interprete (a veces el legislador mismo) a utilizar formulas ambiguas, como la de trabajo "*prasubordinato*" en Italia, de persona "semejante a trabajador subordinado" (*arbeitnemeranliche Person*) en Alemania, de " contratos de dependencia a sujeción imperfecta" o a crear nociones aparentemente contradictorias cono el trabajo "autónomo dependiente". Hace poco proposiciones de regulación se hicieron por parte de los sindicatos (*Proyecto de Ley por la que se regula el Trabajo autónomo, 2005*) en España. Aparecieron también formulas como, por el lado anglo-sajón, "*dependent self-employed workers*" y "*dependent entrepreneurs*" o la expresión "dependencia en la autonomía" (*depedency within independance*) los cuales hacen referencia a las investigaciones realizadas sobre este tema a la sede del OIT.

2. Las soluciones reglamentarias y las protecciones.

Estas formulas se explican en razón de una serie de características típicas del trabajo autónomo de nueva generación (personalidad de la prestación, larga duración de las relaciones contractuales, ausencia de colaboradores, destinación de la prestación a favor de un único comitente, importancia del ingreso percibido por el *partner* dominante, ausencia de una verdadera y directa relación del prestatario con el mercado). Estas formulas le hacen diferente del trabajo autónomo tradicional y le acercan, bajo

diferentes aspectos, del trabajo salariado y indican, casi inmediatamente, la importancia del problema en derecho del trabajo.

En los países europeos la atención de los juristas en derecho del trabajo en materia de trabajo autónomo coordinado a la empresa se orienta hacia dos aspectos principales : la prevención de las formas ilegales del trabajo autónomo, que frecuentemente esconden relaciones de trabajo salariado (los falsos autónomos) y la extensión de algunas salvaguardias o protecciones previstas por el sistema de la seguridad social.

Si el primer aspecto parece ser común al país de otras zonas geográficas (del continente americano hasta el Oriente Medio), el segundo representa una particularidad sobretodo europea, al cual se merece dar unas consideraciones sumarias.

En el panorama europeo, los legisladores se plantean generalmente según dos lógicas :

a) lógica de "asimilación" o, b) lógica de "extensión selectiva de las salvaguardias"

a) La lógica de asimilación, expresión típica de una tendencia expansiva (o atractiva) del derecho del trabajo, empuja hacia un alargamiento del campo cubierto por la disciplina del trabajo salariado hasta que incluya las figuras de los trabajadores autónomos que de hecho se orientan hacia un estado de dependencia económica.

Un caso ejemplar de asimilación casi total existe en el sistema francés, que adopta con este fin dos técnicas diferentes. La primera es la de la presunción (en algunos casos, absoluta, en otros relativa) de recurso al trabajo salariado. La presunción interesa una serie de actividades profesionales (de manera abstracta, que se pueden ejercen en régimen de autoría) denominadas en el libro VII del Código del Trabajo intitulado "disposiciones particulares a ciertas profesiones" ; se trata en particular, de trabajadores a domicilio, de representantes y corredores, de periodistas profesionales, de artistas y modelos. Estas figuras gozan de un estatuto especial, en ausencia de la cual la relación relativa debería cualificarse en la esfera de un "contrato de alquiler de obra" o de "contrato de empresa". La segunda técnica es la de la asimilación al sentido estrecho, que no opera (como la técnica de la presunción) en el campo de la calificación del contrato pero, haciendo abstracción de cuestiones de clasificación, se halla en el campo (diferente) de la aplicación directa caso de especie que de hecho presentan condiciones enunciadas por la norma. Estas condiciones demuestran la inexistencia de una verdadera autonomía económica de profesionales concernidos y por su integración en el sistema de la empresa a la cual están vinculados por un contrato que sigue, en derecho, un contrato de mandato, de alquiler-gestión, de fondo de comercio, de concesión, etc.. En virtud del articulo L 781-1,2 del Código del trabajo, las garantías típicas del trabajo salariado encuentran una aplicación a los sujetos cuya profesión consiste en la venta de bienes o de mercancías de toda clase para la cuenta, exclusivamente (o casi exclusivamente) de una empresa industrial o comercial, a las condiciones que esta impone. O también en la recepción de pedidos o objetos a manipular, guardar o transportar para la cuenta de una sola empresa comercial o industrial, en un local dado (o aceptado) por la empresa y con sus condiciones contractuales impuestas.

La particularidad de esta norma emerge, ante todo, de su latitud extrema, que puede adaptarse a numerosos casos de especie contractuales, extenderse hacia profesiones fundadas sobre la exclusividad sea en la venta, sea en la adquisición, sea en el hacer para la cuenta de alguien. Además de la orientación jurisprudencial según la cual la disposición en examen encuentra su aplicación " en cuanto las condiciones enunciadas están reunidas de hecho, cualquiera que sean las enunciaciones de los contratos, sin que haya falta establecer la existencia de un vinculo de subordinación". Al afirmar que las disposiciones del código del trabajo se pueden aplicar sin que haya una necesidad de establecer la existencia de un vinculo de subordinación, el Tribunal Supremo clarificó que la existencia del vinculo no era una condición para la aplicación del art. L781-1, la norma pudiendo encontrar aplicación en las situaciones típicas del trabajo autónomo, o directamente empresario, como por ejemplo la agencia o el franchising (v. Retro, parti V). Una semejante posición presupuesta, en realidad, la negación del

carácter prescriptito y exhaustivo de la definición técnica de subordinación, para reunir, bajo un único "gorro" todas esas relaciones que, más allá de cualquier normalismo clasificatorio, se desarrollan concretamente con modalidades como si todas fueran dirigidas a procurar a uno o más sujetos la disponibilidad de la fuerza de trabajo del otro. Bajo este aspecto, esencial el derecho francés creó entonces verdaderas y propias figuras con un estatuto mixto o mejor "*bifronti*". Los trabajadores que caen en el campo de aplicación del art. L 781-1 son al mismo tiempo trabajadores asimilados a los salariados y empleadores/prestatarios autónomos, sometidos a las reglas del derecho mercantil, con sus clientes propios y su propio personal salariado. El ejemplo típico son las personas que gestionan las gasolinas, cualificados por la jurisprudencia como comerciantes independientes, como los ya mencionados "gerentes no salariados" de las sucursales de grandes empresas del sector alimentario y de otro prepuestos a la distribución. estos últimos a pesar de ser asimilados a los trabajadores salariados por ejemplo en el art. L 782-1 (lo cual remite al art. 781-1) se cualifican textualmente como " jefes de establecimiento con respecto al personal que emplean" (art. L782-2)

Ejemplos de asimilación parcial son sacados, todavía, del mismo sistema francés como por ejemplo el art. L 732-2, que prescribe la aplicación de un cierto numero de disposiciones del código, pero no de su totalidad a los "asistentes maternales".

Técnicas de asimilación parcial se pueden observar en el Reino Unido, donde la legislación fiscal y la de la previsión consideran que como trabajadores subordinados algunos sujetos que, en la base de pruebas de *comon law*, son, al contrario trabajadores autónomos (por ejemplo los *contract workers*).

En el sistema alema también, frente a un crecimiento sin precedentes del trabajo autónomo, el legislador había llegado al final de los años 90, a intervenir significativamente en materia de la seguridad social, y había introducido, modificando el párrafo 7.4, libro IV del *Sozialgesetzbuch*-SGB, un sistema de presunciones legales dirigidas a ampliar significativamente el campo de la subordinación. Sin embargo, la Korrecturgesetz generó generalmente más criticas que consentimientos, y fue juzgada insatisfactoria por la misma doctrina que le había apoyado, (sea porque sólo consideraba el problema en parte, es decir desde el punto de vista del falso trabajador autónomo y de la "autonomía aparente", sea porque hubiera podido generar un sistema de calificación muy débil. La trayectoria de la reforma, totalmente recorrida por la legislatura pasada, se acabó con su abrogación.

b) todavía en Alemania encontramos desde hace un rato, bajo otro aspecto, una tendencia a la extensión selectiva de las protecciones del derecho del trabajo, más allá del circulo de los trabajadores subordinados. Así, se aplican al *arbeitnehemercänliche Person* normas de protección (*Arbeitsgerichsgesetz,* párrafo 5), de previsión (*Korrecturgesetz 1998 y Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit 1999)*, en materia de vacaciones (*Bundesurlaubsgesetz, 1963,* párrafo 2), así como convenios colectivos (*Tarfvertragsgesetz - TVG, %12*) y, más recientemente, en contra del hostigamiento en los lugares de trabajo (*Beschaftigtenschutzgesetz*, parafo 1).

El Reino Unido conoció un fenómeno de extensión importante, a través de la individualización de campos concéntricos de aplicación de normas de protección. En tal perspectiva, en un circulo concéntrico al que contiene la figura tradicional del *employee*, fue individualizada la figura más amplia del *Worker*, a medio camino del trabajador subordinado (*employee*) y del trabajador autónomo (*self-employed*). Más precisamente, la legislación empieza con el recurso al termino *worker* para indicar una categoría más amplia de trabajadores subordinados y en las hipótesis según las cuales " el sujeto se compromete contractualmente a efectuar en persona un trabajo y servicio para otra parte y cuyo *status* no es, según el contrato, el de un usuario o de un cliente de la actividad profesional o comercial efectuada por la contraparte."

En su conjunto, la reciente legislación dibuja un sistema de protecciones estructurado en líneas concéntricas, que se alejan en parte de la bipartición tradicional donde sólo son pertinentes las nociones de trabajo subordinado y de trabajo autónomo. Se aplican a los *workers* una serie de garantías que, al origen, eran reservadas al trabajador subordinado estándar, tales como el *National Minimum Wage Act 1998*. el *Working Time Regulations 1998 y el Part-time Workers Regulations 2000.*

Esas normas fueron concebidas para aplicarse " *to all those who work for another person, not just tose employed under a contract of emmployment*", y el mismo enfoque se proyecta para la aplicación de la directiva comunitaria sobre los horarios de trabajo. Las normas anti-discriminatorias se extienden a un grupo incluso más amplio (todos los que efectúan personalmente un trabajo o un servicio) mientras que las normas en materia de seguridad en los lugares de trabajo son contenidas en el circulo que presenta la circunferencia más grande, y se aplica también a favor de los *dependent entrepreneurs*. La extensión selectiva se opera también con respecto a ciertas categorías especificas de trabajadores que se caracterizan por un status incierto, como por ejemplo los *agency workers* - que efectúan un trabajo a favor de un sujeto (principal) diferente del que da trabajo/comitente (*agency*) en el marco de un contrato de suministro - y los *homeworkers*. Ambos entran en el *National Minimum Wage Act*, en el *Working Time Regulations*, tal y como en el *Employement Rghts Act 1996* (aunque fuera limitado a la parte relativa al *public interest disclosures*). Posibles extensiones posteriores - que el libro blanco mencionado se suponen poder mirar directamente " *all existing employment righs regulation*"- se estudian actualmente por parte del gobierno en la base de la sección 23 del *Employment Relation Act 1999 (Department of Trade and Industry 2002*).

Podemos también hablar de extensión selectiva referente a España, donde el Estatuto de los trabajadores mismos, excluyendo de su propio campo de aplicación las relaciones laborales autónomas, prevé textualmente la posibilidad de una extensión de las normas de derecho de trabajo al "trabajo realizado por cuenta propia" en el caso de que el legislador lo disponga expresamente (disp. Final 1 ET 1995). Esta tendencia del derecho del trabajo interesó hasta ahora la prevención y la seguridad en el lugar de trabajo. La libertad de organización sindical y las normas sobre el salario mínimo garantizado (estas ultimas se limitan al sector agrícola, para los contratos de alquiler de fondos rústicos). En Dinamarca también, donde la noción de trabajador dependiente encuentra una correspondencia en la figura del *freelance*, presente sobre todo en los sectores del *consulting* informático, de la contabilidad y de la distribución/venta, conoce los mecanismos legales de extensión selectiva, incluso si son muy limitados y controlados (a los trabajadores *freelance*, se aplican protecciones en materia de salud, de seguridad en los lugares de trabajo y de descanso prenatal).

Mecanismos de ampliación del campo de aplicación de las normas de trabajo a formas de trabajo autónomo, coordinado y continuo, a dominante personal, referente a Italia, la cual conoce, desde el tiempo de la reforma del Código de procedimiento civil de 1973 (art. 409 n. 3 c.p.c) una extensión al trabajo "parasubordinado" de la protección *procesuale*, tal y como a reglas en materia de renunciación y transacción (ar. 2113 c.c.). Después de una serie de intervenciones normativas dirigidas a dar una protección mínima en el tema de la seguridad social (pensión, protección contra los accidentes y las enfermedades profesionales, protección de la maternidad y indemnidades de enfermedad), el trabajo subordinado fue sometido a una reforma de una cierta importancia en el curso de la legislatura pasada. El D. Lgs. N. 276 de 2003, introdujo una nueva institución de *lavoro a progetto*, con la doble intención de contrariar fraudes, delimitando el campo de las colaboraciones coordinada y continúales, y aportar una protección mínima inderogable a favor de los colaboradores propiamente autónomos. Si es prematuro formular un juicio en la nueva institución, hay que relevar que las soluciones adoptadas fueron acogidas con mucha frialdad por el mundo sindical y con una severidad más fuerte aún por la prevalente doctrina del derecho del trabajo, la cual recusaba al legislador la inadecuación de los elementos selectivos, la insuficiencia de las protecciones reconocidas a los colaboradores así como la inoportunidad de un régimen de sanciones tanto severas que ineficaces.

3. La actitud de la jurisprudencia con respecto a "falsos autónomos"

En casi todas las planificaciones jurídicas consideradas, la calificación formal que las partes dan al contrato no excluye la verificación por parte de los jueces, de la clase real de la relación.

La jurisprudencia no tiene un papel segundario en referencia con el tema del trabajo autónomo, utilizado de manera substitutiva al trabajo salariado, ya que es frecuente descubrir detrás de la predilección para formas contractuales de tipo mercantil, el fenómeno conocido como "huida del Derecho del Trabajo" al terminar el proceso de descentralización. Incluso en los países donde los jueces asignan una importancia máxima a la calificación dada por las partes par fundar las estipulaciones de la relación -como el estado de Israel, que representa según el OCDE el país con el porcentaje más elevado de trabajadores que no son salariados por el que beneficia de la actividad dejada - el "piercing the corporate veil", dicho de otra manera, la superación del velo formal, utilizado para esconder una relación laboral de clase subordinada, no es desconocida por la jurisprudencia la más reciente.

En regla general entonces, la facultad por parte de jueces de averiguar la real naturaleza de una relación de trabajo cualificada diferentemente por las partes con el fin de contornear la legislación del trabajo, parece valer par cada una de las planificaciones, que sea en razón de un principio de realidad o en virtud de la denominada indisponibilidad del tipo o también por las cláusulas generales dictada en materia de fraude.

Frente a la expansión progresiva de "zonas grises" entre trabajo autónomo y trabajo subordinado, el papel de la jurisprudencia se convirtió, sin embargo, asignando a los jueces una función de gran importancia den la delimitación de las esferas de aplicación del derecho del trabajo. La actividad hermética puede operar una continua revisión interpretativa del concepto de la subordinación y selecciona frecuentemente los sujetos que merecen una protección, contribuyendo por el otro lado, a hacer más o menos urgente la necesidad de disponer nuevas normas de protecciones en las zonas contiguas. Está claro que donde la noción de subordinación es objeto de una interpretación jurisprudencial extensiva, se reduce la cantidad de trabajadores autónomos situados en la zona gris, los cuales se engloban entonces en el universo del trabajo salariado. Se trata de un objetivo muy presente en las posiciones jurisprudenciales (y doctrinales) de varios países europeos, a poner en la tradicional "tendencia expansiva" del derecho del trabajo. Por ejemplo, la utilización del método tipológico por parte de la jurisprudencia alemana favoreció sin duda la inclusión de mucho casos de especie, "deficitario" de índices habituales de subordinación en "el alveolo" de la regla protectriz. Mientras que en Italia, las orientaciones más restrictivas adoptadas por los jueces, que sin embargo, habían frecuentemente utilizado en el pasado el mismo método que sus colegas franceses, contribuyeron a la expansión progresiva de colaboraciones no protegidas, empujando - como lo hemos visto - el legislador a intentar vías nuevas, más o menos felices según los puntos de vista.

Una parte de la jurisprudencia inglesa, aunque utiliza instrumentos conceptuales y operacionales diferentes, se orientó hacia una prospectiva expansiva. Por un lado, los tribunales, tomando en consideración el interés publico que persiguen las normas en derecho del trabajo, tienden a interpretar de manera extensiva los conceptos que determinan el campo de aplicación; por otro lado, utilizando el *economic reality test* llegan a ofrecer una representación más adecuada a la realidad económica y social. A través de este método de calificaciones del contrato, es necesario averiguar donde se hallan los riesgos financieros, y si el trabajador está en la situación de sacar provecho de tal situación. El *test* en cuestión no se limita a evaluar quien soporta el riesgo de trabajo pero toma también en consideración otros elementos, como la propiedad de medios de producción o los métodos de pago, que son útiles para determinar si el trabajador efectúa una actividad por su cuenta propia, organiza el trabajo y entonces asuma los riesgos o si el contrato se inserta en los negocios de otra persona. Su utilización permitió a los tribunales clasificar como subordinados, numerosos *casual workers*, es decir trabajadores irregulares y atípicos que, si se había adoptado otros métodos basados en los criterios formales (en particular el *mutuality of obligation test*, fundado sobre la continuidad y la estabilidad del contrato) seguiría estando sin protección. Este *test* evidenció además la debilidad económica de estos prestatarios, que no eran sometidos a un poder de control, retenidos en la base del *control test* como trabajadores autónomos. En esta óptica el *economic reality test* puede ser considerado como un

precursor jurisprudencial del concepto legislativo de *worker* a través del cual, como vamos a verlo ahora, una parte de la legislación protectriz se extendió más allá de la frontera del trabajo subordinado estándar.

En España, donde el numero de trabajadores autónomos adelanta los 3 millones, con dos sin ningún trabajador a su servicio, con el fin de distinguir el trabajo subordinado y el trabajo autónomo cuyos criterios claves son representados por las circunstancias de un trabajo dejado "*por cuenta ajena y subordinada*"

Para llegar a identificar prestaciones de servicio sometidas al régimen del derecho del trabajo, la legislación española utiliza tres técnicas. La primera consiste en una definición abstracta y en positivo de los elementos consubstanciales a las *relaciones laborales* : *voluntariedad, ajenidad subordinación y retribución*. La segunda técnica consiste en la enumeración de una serie de casos hipotéticos excluidos de la aplicación del derecho del trabajo, esta lista tiene un carácter complementario con respecto a la definición abstracta y puramente simplificadora. La tercera técnica normativa consiste en la previsión de la categoría de "*relaciones laborales especiales*" a medio camino entre la exclusión y la inclusión en el derecho del trabajo.

La ajenidad se descubre en el hecho de que el resultado del trabajo (*utilidad patrimonial*) se atribuye desde su origen al "*empleador*" ya que en virtud del *contrato de trabajo* pone "*su fuerza de trabajo a disposición del empleador*". La doctrina del derecho del trabajo razonó según diferentes declinaciones de esta requisición para llegar a su individualización concreta : *ajenidad en los riesgos de la actividad profesional, ajenidad en los fructos del trabajo, ajenidad en la utilidad patrimonial, ajenidad en al titularidad de los medios de producción y ajenidad en el mercado*. La *subordinación* se materializa, al contrario, en la sumisión al poder de organización y de dirección del que da ordenes. Tal requisición representa el factor decisivo para delimitar la frontera entre trabajo autónomo y las relaciones sometidas a la legislación del derecho del trabajo.

A partir de mitades de los años 60, la jurisprudencia elaboró sin embargo un concepto flexible que encuentra siempre, con más o menos intensidad según los casos, un poder de requerimiento en la empresa y correlativamente una obligación de obediencia por parte del trabajador. La subordinación se encuentra como *el estar situado el trabajador dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria del empleador*, sin la existencia de una autoridad tacita que no excluye el régimen del derecho del trabajo.

Entre los casos más controvertidos encontramos las actividades de transporte de mercancías y actividades de transporte de bienes y servicios. Aquí también, en ciertas ocasiones se observa situaciones de transición ya que a partir de una situación de *laboridad* el empresario vende el vehículo para el transporte al trabajador obligándolo a formalizar el vinculo contractual como trabajo autónomo (con los efectos fiscales y los de la seguridad social consecuentes). Otro ejemplo típico se encuentra frecuentemente en el sector de la construcción, donde la descentralización de la producción realizada estos últimos años prevé un sistema de externalización en cadena con una fuerte presencia de trabajo autónomo que no será siempre verdadero. Un tercer ámbito al cual se asocia también lo de "zona gris" (y que genera fenómenos de fraude) es el de representantes de comercio o operadores mercantiles que operan en el nombre y por cuenta de una empresa como intermediarios en la comercialización de sus productos.

En fin, tanto en España como en Italia hay que señalar el uso obviamente ilegitimo de las relaciones laborales por parte de la Administración Publica : se trata de relaciones dejadas en los locales de la Publica Amministrazione con un horario fijo y muy penoso frente a la jerarquía, lo que es lo propio de la estructura administrativa.

VII. EL SUMINISTRO DE TRABAJO POR EL INTERMEDIARIO DE AGENCIAS

1. Introducción

Cuando nos preparamos a un análisis comparativo del suministro de suministro (trabajo temporal o interino), se debe primero esclarecer los límites precisos de estos casos. Esta operación es todavía más útil y necesaria para los ordenamientos judiciales que conocen varias formas, más o menos reguladas, de utilización directa de la mano de obra.

La primera condición necesaria para poder hablar de suministro de trabajo es la existencia de una relación triangular entre una empresa proveedora de prestación de trabajo, una empresa utilizadora y un trabajador. Una relación trilateral que produce como efecto por lo general la disociación entre el titular formal de la relación de trabajo y el beneficiario efectivo de las prestaciones de trabajo. El esquema de negociación comporta pues un primer contrato, de derecho civil, que rige la relación entre la empresa utilizadora y la empresa suministradora del trabajo temporal, y un segundo contrato de derecho del trabajo, que vincula al trabajador a la empresa que suministra el trabajo, con como consecuencia la exclusión de todo vínculo jurídico entre el asalariado y la empresa utilizadora. Todas las legislaciones en materia de suministro, abstracción hecha de su grado de extensión, afirman de manera clara la ausencia de contrato entre el trabajador y la empresa beneficiaria.

El otro elemento constitutivo del suministro, que lo distingue de las otras formas de préstamo o alquiler de la mano de obra, es que la empresa proveedora (también llamada agencia de trabajo temporal) tiene como actividad primera o exclusiva el suministro de trabajo temporal.

Una vez estos límites establecidos, la primera consideración, inducida por una vista global de los ordenamientos judiciales examinados, concierne su amplia difusión. En un panorama con límites multicolores variados, caracterizado por una pluralidad de formas de utilización indirecta de los trabajadores, no hay duda de que el suministro, por el intermediario de agencias constituye un caso difundido en la mayor parte de los ordenamientos judiciales examinados, difusión que representa el más pequeño denominador común entre los instrumentos variados y multiformes de disociación entre sujeto titular y beneficiario efectivo de la relación de trabajo en los diversos derechos nacionales. Interrogándose sobre las razones que han producido un fuerte crecimiento del recurso al suministro de mano de obra, un estudio americano (D.H. Autor, *Outsourcing at will, il contributo del principio della giustificazione del licenziamento all'incremento del ricorso all'esternalizzazione della manodopera, RIDL* 2004 p.459) a lanzado la hipótesis sobre la base de datos estadísticos muy detallados, pero relativos a EEUU, de una correlación entre el paso por vía jurisprudencial, del principio de derecho consuetudinario de libertad de ruptura del contrato de trabajo (con imposición de límites causales al despido) y el desarrollo impetuoso del suministro de trabajo temporal. En realidad, la correlación no es evidenciada tan sólo en una perspectiva diacrónica (referida a la progresiva emergencia de la orientación jurisprudencial citada) sino también tomando como variable la situación de los meros Estados (donde la rigidez del despido es la más fuerte, el recurso al suministro de mano de obra es el más fuerte, y vise-versa). Sin embargo, no existen estadísticas similares en otros países.

Un elemento ulterior que es de notar es la impresión que las reglamentaciones en materia de suministro de mano de obra se caracterizan por una especie de "mimetismo legislativo". Excepto inevitables divergencias, es fácil distinguir en el medio ambiente reglamentaciones variadas en la materia, algunos rasgos de similitud.

El grado de similitud es todavía más obvio relativamente a los países pertenecientes a la misma área geográfica. A la continuidad geográfica de los países corresponde una más o menos evidente

similitud de las decisiones de regulación. Esta tendencia al mimetismo es por ejemplo evidente en los países del área sudamericana (Venezuela, Brasil, Uruguay, Méjico): las diversas leyes siendo orientadas hacia la misma finalidad, tienen líneas directrices unívocas y convergentes. El denominador mínimo común de estas legislaciones es la previsión de ninguna regla significativa limitando el recurso al suministro, funcional para garantizar un zócalo de protección para los asalariados. Incluso en los países privados de ley sobre el suministro por el intermediario de agencias (como por ejemplo Uruguay), sin embargo es posible distinguir algunos principios, de origen contractual, administrativo o jurisprudencial, que poner límites a una utilización excesiva del suministro de trabajo.

Convergencias pueden también encontrarse en los diversos ordenamientos judiciales europeos. Polonia, la República Checa, Grecia, Croacia, y en ciertos aspectos, España, son países que ponen sobre el suministro reglas claramente inspiradas por las exigencias de protección de los asalariados.

Al lado de estos ordenamientos judiciales, caracterizado por las normas rígidas y rigurosas hay por fin un bloque de países, europeos o no, que se distingue por tener una reglamentación liberal. Los primeros son los de derecho consuetudinario, entre ellos, EEUU, Canadá, el Reino-Unido y Australia además de países de Europa del Norte: Holanda y Suecia.

A nivel del ordenamiento judicial de la UE, se nota la existencia de principios en materia de trabajo temporal por el intermediario de agencias, sacados de la directiva del 20.03.02. La particularidad de estas fuentes consiste en el hecho de ser potencialmente superiores a las legislaciones de los Estados miembros de la Unión, y pues de pedir la adaptación de las legislaciones nacionales, pero de no ser todavía formalmente adoptadas, y pues de no ser sino una línea directriz emergente de la confrontación/debates sea de los partenarios sociales europeos (UNICE, CEEP, CES), sea de las instituciones comunitarias (Comisión, Parlamento, Consejo, Comité Económico Europeo). Tales líneas directrices constituyen la síntesis de dos enfoques diferentes sobre los temas del nivel, objetivos y técnicas normativas.

Sobre el primer aspecto, la propuesta de directiva funda dos finalidades entre ellas, no totalmente opuestas, pero concurrentes: La finalidad de empleo y la finalidad social. La primera entendida como el objetivo de crear y mantener el empleo a través la reglamentación de formas de acceso al trabajo y su flexibilización, la segunda como la búsqueda de una protección de los asalariados siempre mejor a través de la creación de una red de derechos mínimos inderogables y de obstáculos al uso distendido de la institución.

En el segundo aspecto, relativo a las técnicas de regulación, existen conjuntamente en el proyecto de directiva sobre el trabajo temporal disposiciones de ley dura, que contienen normas imperativas (incluso si son sujetas a derogación) como las relativas a la prohibición de la discriminación, a la nulidad de cláusulas que prohíben contratar asalariados suministrados por la empresa utilizadora (con la finalidad de favorecer la estabilidad de los salarios precarios), con disposiciones de ley blanda que prevén principios generales adaptables de manera flexible por parte de las legislaciones nacionales, como la del artículo 4 párrafo 2: las prohibiciones o las restricciones impuestas al recurso al trabajo temporal, si no justificadas por razones de interés general o de protección de la salud y de la seguridad de los asalariados, son el asunto de los Estados miembros, los cuales deben evaluar la justificación de estos límites, y, en última instancia, decidir de manera autónoma mantenerlos o no en vigor.

Poniendo en evidencia la propensión marcada de la propuesta de directiva a la difusión del trabajo temporal como instrumento de política del empleo, incluso con una tendencia a su recalificación bajo el perfil de protección de condiciones mínimas de trabajo, se puede evidenciar dos elementos: el establecimiento de un principio de no-discriminación de los trabajadores temporales indicando que las condiciones de trabajo de estos últimos deben ser al menos idénticas a aquellas que se aplicarían si fuesen directamente empleados por la misma empresa para el mismo trabajo (artículo 5 párrafo 1). Este principio solemnemente enunciado es non obstante inmediatamente redimensionado por la disposición siguiente: la autorización a los Estados miembros de derogar, en materia retributiva, al principio de paridad cuando los trabajadores temporales son vinculados a la agencia por un contrato de

duración indeterminada y son remunerados también en el intervalo de sus prestaciones; la posibilidad general de derogar, a través de convenios colectivos concluidos por los partenarios sociales de los Estados miembros, a las estipulaciones que garantizan los niveles de protección; la posibilidad de no aplicar la paridad retributiva a los asalariados en trabajo temporal ocupados por menos de seis meses. Además, en el plan sindical se pone que los trabajadores temporales son calculados con el fin de llegar al límite de ocupación más allá del cual se constituyen instancias representativas del personal en la empresa proveedora, y si los Estados miembros lo prevén, también en la empresa utilizadora.

2. Las condiciones de acceso al suministro

El grado de permisividad de las diversas reglamentaciones del suministro es dado ante todo por la reglamentación de las condiciones que legitiman que se pueda recurrir a ellas.

Una técnica común de intervención de las legislaciones examinadas es prever límites causales y/o temporales, a la utilización del contrato de derecho civil por el cual la agencia se obliga a suministrar a la empresa utilizadora trabajadores.

Particularmente, en algunos casos, la ley prevé de manera más o menos detallada, hipótesis en las cuales el recurso al suministro de trabajo es posible. Se trata de hipótesis lo más a menudo connotadas con su carácter intrínseco temporal, con el obvio objetivo de evitar que un esquema sea utilizado de manera exagerada eludiendo la norma estándar del trabajo de duración indeterminada.

En otros casos, el legislador pone límites expresos y específicos máximos de duración del contrato entre la agencia de trabajo temporal y la empresa utilizadora.

Los países de América latina dan ejemplos significativos de reglamentación del acceso al suministro de mano de obra. En Brasil, la Ley Federal Nº 6019 del 03.01.74 prevé que el recurso al suministro de trabajo temporal es admitido tan sólo en casos de necesidad transitoria de substitución de personal en la hipótesis de un auge extraordinario de la actividad. Como otra garantía, el recurso al suministro no debe menguar el área de trabajo de duración indeterminada. La misma ley prevé como límite temporal concurrente una duración máxima de tres meses, excepto autorización concedida por el ministerio de trabajo. Se prevén restricciones específicas relativas a la prórroga del suministro de trabajo, que es admitida una vez, por una duración igual a la individualizada en el primer contrato y en presencia de condiciones específicas expresamente fijadas por la ley.

La finalidad legislativa de prepara una reglamentación que garantice los derechos de los trabajadores es completada por la disposición excluyendo el carácter temporal del contrato de trabajo entre trabajador y agencia de trabajo temporal. De esto deriva un sistema doble de protección que no parece tener equivalente en ningún otro ordenamiento judicial. De un lado, el carácter necesariamente temporal del contrato comercial de suministro de trabajo que elude el riesgo de fraude a la ciudadela del trabajo estándar de duración indeterminada. Del otro, la exclusión de un término del contrato de trabajo entre trabajador y agencia garantiza el interés del trabajador en la estabilidad del empleo.

Inspirada de las mismas finalidades de control, y limitando el recurso al suministro, está el derecho de Venezuela (artículo 26 del Reglamento de la Ley Orgánica de Trabajo), que admite el recurso al trabajo temporal tal sólo para:

a) realizar una obra o la prestación de un servicio en el cual la duración, incluso incierta, es limitada en el tiempo
b) afrontar las exigencias excepcionales del mercado por un periodo no superior a tres meses
c) sustituir asalariados ausentes cuya relación de trabajo está suspendida.

Al lado de esta determinación precisa de las hipótesis por las cuales el recurso al suministro de mano de obra es posible, el mismo derecho venezolano prevé también una serie de prohibiciones a la utilización del trabajo temporal. El artículo 26 prevé, con analogías con el derecho italiano, que el

recurso a este contrato está prohibido para las tareas peligrosas para la vida y la salud, y para remplazar a huelguistas.

El derecho argentino va en la misma dirección. Aquí también la técnica normativa consiste en predeterminar precisamente las hipótesis de legítima estipulación de contrato entre la agencia y la empresa utilizadora. Además, como para los otros ordenamientos judiciales citados, la previsión de estas hipótesis resulta exclusivamente de la ley.

Sobre la base del artículo 3 del decreto 342/1992, la estipulación de un contrato de suministro está autorizada:

a) para sustituir trabajadores ausentes o que gozan de una suspensión autorizada, o legal o convencional, durante este periodo
b) en el caso de un aumento de la actividad de la empresa, requiriendo, de manera ocasional, y extraordinaria, un número mayor de asalariados
c) en el caso de organización de congresos, seminarios, ferias, exposiciones, etc.
d) para efectuar tareas de instalación u de reparación destinadas a prevenir incidentes que ponen en peligro a trabajadores o a terceros, si estas tareas no las pueden efectuar asalariados de la empresa
e) en general, cuando por necesidad extraordinaria o transitoria se deben realizar funciones externas a la actividad normal y habitual de la empresa.

La legislación de Méjico prevé igualmente, de manera más o menos estricta, límites temporales al suministro de trabajo. Este está subordinado a la existencia de una exigencia justificativa de índole temporal.

Fuera del área de América latina, existen muchos órdenes jurídicos caracterizados por cierta protección en la admisión del suministro. Prudencia, e incluso desconfianza, evidenciada en la instauración de límites, a menudo en competencia, las cuales llevan sobre la selección del esquema contractual, la determinación rígida legal y/o contractual de las hipótesis de admisión del suministro, el reenvío más flexible a causas más generales, la previsión de un límite final de una duración máxima del contrato entre la agencia y el utilizador, las prohibiciones específicas.

Un elemento recurrente, sobre todo visible en los ordenamientos judiciales que no se fía del suministro, es la tendencia a regular la materia directamente por la ley evitando el reenvío a fuentes secundarias y contratos colectivos. Salvo excepción, la técnica normativa del concurso ley/contrato colectivo, factor de flexibilidad, no está establecida en los ordenamientos judiciales examinados. La regulación fundada en la previsión de cláusulas generales no parece tampoco ser muy utilizada. De donde la tentación de poner la hipótesis que la falta de confianza de los ordenamientos judiciales hacia el suministro de trabajo se traduce prioritariamente por una rigidez de la técnica normativa: abstracción hecha de las selecciones operadas por los ordenamientos judiciales, no hay duda de que la previsión únicamente legal de las hipótesis de recurso al suministro determina una rigidificación de la materia, estructuralmente incapaz de amoldarse a las exigencias variables del mercado y de los sectores productivos.

La legislación polaca de julio de 2003 lo demuestra. Por primera vez admitió la cisión entre titular de la relación (agencia) y beneficiario de las prestaciones de trabajo (utilizador). La técnica utilizada es la de prever directamente por vía legal los casos posibles de recurso al suministro, y sus prohibiciones.

A la base de esta materia, el recurso al trabajo temporal es admitido: para desarrollar actividades estaciónales, temporales e inmediatas, para efectuar actividades en las cuales la organización normal de la empresa no sería capaz de efectuarlas en los mismos plazos (a las cadencias previstas), para remplazar a asalariados ausentes.

Al mismo tiempo, la ley fija prohibiciones. Particularmente, está prohibido utilizar la mano de obra temporal: para tareas particularmente peligrosas individualizadas por el ministerio de trabajo y el de sanidad, para sustituir a asalariados huelguistas, para cubrir un puesto vacante, en los tres meses anteriores, por efecto de una resolución del contrato por razones independientes del trabajador. Además la ley prohíbe el recurso al trabajo temporal en una empresa que, en los seis últimos meses, ha recurrido a un despido colectivo.

Finalmente, siempre por vía legal, está previsto un límite máximo de duración, fijado a un año, con o sin interrupción, comprendido en un plazo de tres años. Un límite superior, no superior a tres años, es autorizado para remplazar a un asalariado ausente.

Se encuentra una dirección similar en España. Por una parte, el contrato entre los proveedores y las empresas utilizadoras se puede celebrar en los mismos casos en los cuales es posible estipular un contrato de trabajo de duración determinada. Esto significa, para la prestación de obra o de servicio determinado, por razones productivas o sustitutivas, para la contratación de asalariados en el paro por una administración pública o una asociación, finalizada por la realización de una obra o de un servicio de interés general o social. Por otro lado, la misma materia prevé prohibiciones de recurso al suministro: de la recurrente prohibición de remplazar a un asalariado huelguista (presente también en otros países en que el suministro es más libre, como Austria, Holanda y Suiza), a la, común también, de recurso al suministro poco después de un procedimiento de despido colectivo.

En Grecia, por lo contrario, en ausencia de causas específicas autorizando la estipulación del contrato de suministro, la ley prevé límites de duración del contrato más estrictos. La misión del trabajador con la empresa utilizadora no puede exceder los ocho meses, con posibilidad de prórroga una sola vez en un límite de ocho meses. Tal límite es completado por una regla precisando que la continuación de la prestación de trabajo durante dos meses tras el final del contrato determina la declaración de un contrato de duración indeterminada entre la empresa utilizadora y el trabajador.

La ley croata sobre el trabajo prevé de manera análoga que las agencias de trabajo temporal no pueden enviar el trabajador a la empresa utilizadora para un solo trabajo durante un periodo ininterrumpido superior a un año. Se precisa que las interrupciones inferiores a un mes no son consideradas como interrupción del periodo anual. El mismo límite de un año está previsto en la República Checa. Sin embargo, aquí la protección es más débil en la medida en que este plazo puede ser alargado a petición del trabajador.

Un recurso más amplio a fuentes no provenientes de la ley se puede averiguar en los países más favorables a una liberalización del suministro.

Basta pensar en la reciente reforma alemana del trabajo con la ley “Hartz”. La reforma del trabajo temporal hace más numerosas las hipótesis de recurso lícito al suministro, aboliendo numerosas restricciones. No existen así ya límites de duración a la posibilidad de proporcionar prestaciones de trabajo, haciendo lícito el suministro de trabajo de duración indeterminada. Sin embargo, se precisa el alcance de algunas protecciones a favor de los trabajadores. La primera es la paridad de trato, entendido como paridad de retribución entre estos trabajadores y los trabajadores comparables de la empresa utilizadora. Sin embargo, contratos colectivos pueden prever la posibilidad de excepciones a este principio. El reenvío de la ley a la fuente sindical es funcional en autorizar eventuales modulaciones de protección.

En este mismo sentido, se puede citar la reciente reglamentación italiana. Contiene un condensado de diversas técnicas de intervención ya descritas. Ante todo, la ley prevé una cláusula general que delimita las condiciones de legitimidad de la estipulación de este contrato de suministro, y reenvía a la negociación colectiva sobre el punto relativo al suministro de mano de obra de duración indeterminada.

De todas formas, a pesar de la liberalización operada por la reciente reforma de 2003, el baricentro de la materia, sobre todo confrontado a los casos holandeses y suizos, se posiciona hacia la protección de los trabajadores.

Sobre el suministro de duración determinada, la ley italiana preveía una lista de hipótesis de posibles estipulaciones del contrato de suministro de trabajo temporal, y reenviaba a la negociación colectiva la posibilidad de prever otras hipótesis. La nueva norma, a la vez que conserva algunas garantías, sustrae a la negociación colectiva tal posibilidad, e indica que el recurso al suministro es posible en todas las hipótesis, temporales o no, en donde se presenta una exigencia técnica, productiva o sustitutiva.

Aquí pues, la técnica legislativa a cambiado mucho. Para algunos, la exclusión de la fuente colectiva en la individualización de las causas de acceso a la institución, y el recurso a una cláusula en blanco, garantiza un mejor margen de libertad a la autonomía privada individual. Para otros, esta evolución presenta márgenes de incertidumbre conexos a las interpretaciones jurisprudenciales diversas de la amplia (por no decir genérica) cláusula legal de autorización.

Por fin, a la diferencia de los ordenamientos judiciales examinados, hemos sobrepasado le regla, prevista anteriormente, del carácter necesariamente temporal del contrato de suministro, en la medida en que se acepta expresamente, para actividades específicas, la posibilidad de recurso al suministro de duración indeterminada ("*staff leasing*"). El legislador italiano conserva aquí la técnica normativa de la integración ley - contrato colectivo. Prevé en efecto, hipótesis específicas de admisibilidad del *staff leasing* por contrato colectivo. La integración del suministro de duración indeterminada, además de ser recibida de manera negativa por el nuevo gobierno, no ha tenido un éxito práctico.

La legislación francesa tiende igualmente a facilitar las vías de acceso al suministromediante la utilización de amplias y generales cláusulas de autorización, con a veces reenvío a la negociación colectiva.

Conviene considerar algunas hipótesis en las cuales el recurso al suministro está autorizado: por ejemplo, la autorización temporal de actividad (Artículo L124-2-1-1). se trata de un artículo amplio, idóneo para abarcar los auges recurrentes y habituales de actividad, o los picos excepcionales de actividad. O bien los empleos de carácter estacional o para los cuales, en ciertos sectores definidos por decreto, o por vías de convenio o acuerdo extendido, el uso requiere que sea constante el no recurrir al contrato de duración indeterminada en razón de la naturaleza ejercida y del carácter por naturaleza temporal de estos empleos. Aquí el legislador remite a la negociación colectiva la función de delimitar los casos excepcionales autorizando el suministro (Artículo L124-2-1-3).

Siempre en Europa, existen derechos menos rígidos y limitativos en el recurso al suministro. Se debe hablar de la legislación holandesa, que no prevé límite de acceso al suministro, limitación temporal, ni sistema de autorización para el desarrollo de actividad de suministro. En julio de 1998, el sistema de licencia para las agencias de trabajo fue abolido. En los últimos años, a causa de un fuerte aumento del trabajo ilegal, las organizaciones sindicales de empleadores y trabajadores del sector del trabajo temporal pidieron que se desarrollase un sistema de auto certificación que pronto debería entrar en vigor.

En caso de ausencia de reglas legales precisas, se confía un papel importante a la negociación colectiva (no queda claro que sea por reenvío expreso de la ley). El contrato colectivo, más que una incidencia sobre las condiciones de acceso al suministro, regula las diversas posibilidades de contrato que se pueden establecer entre el trabajador y la agencia.

La reglamentación sueca es poca, con la diferencia que, en este país, la ley remite a la negociación colectiva, esta teniendo el poder de intervenir para limitar las posibilidades de recurso al suministro: de la determinación de prohibiciones específicas a la utilización del suministro hasta la posibilidad de fijar a cargo de la empresa una obligación de negociación sindical preventiva a la estipulación de contratos de alquiler de mano de obra; o al reconocimiento, directamente, al sindicato de un propio y verdadero

derecho de veto (artículo 39 de la ley sobre la co-determinación en el lugar de trabajo) concierne las hipótesis de recurso al suministro efectuadas en violación de algunas reglas legales, o de las reglas contractuales. El veto sindical puede ser ejercido, por ejemplo, si la empresa de suministro no transmite de manera correcta las comunicaciones al fisco, o si viola importantes condiciones de trabajo o reglas sobre el horario de trabajo.

El derecho de veto sindical no puede, sin embargo, llegar a ser un instrumento de control de la legitimidad de las operaciones comerciales de la empresa. Par garantizar un uso responsable y moderado de este instrumento, está previsto, en caso de abuso del veto, que el sindicato pueda ser llamado a responder de los daños causados a la empresa utilizadora. No está formalmente previsto responsabilidad por los daños causados a la empresa proveedora.

Las libertades más amplias de acceso previstas por los derechos suecos y holandeses en materia de suministro por la agencia no representan sino un aspecto de un conjunto de normas que, si por un lado, prevén un sistema de acceso fácil, por otro no renuncian a poner algunas reglas de protección del trabajador, sobre todo para evitar un uso fraudulento del suministro. Se ven así algunas prohibiciones de recurso al suministro. Se nota una prohibición de sustituir a asalariados en huelga. Las aberturas descritas a la negociación colectiva, con sus límites (conexos a la insegura difusión sindical a los asalariados temporales y flexibles en general), representan una señal tangible de una sensibilidad de estos sistemas a las exigencias las más elementales de protección de los trabajadores.

En el derecho australiano, como en Suecia, se registra una tendencia de la negociación colectiva a intentar reforzar las débiles fronteras liceidad del suministro de trabajo. Frente a estas reglas legales particularmente liberales, sobre todo en el acceso al esquema de suministro, que no prevén nada o poco, sobre la relación entre la agencia y el utilizador, y sobre la relación entre la agencia y el trabajador, la negociación colectiva tiende a regular el uso de este instrumento contractual intentando negociar cláusulas que impongan límites de utilización del trabajo suministrado por las agencias: acuerdos que subordinan el recurso al suministro a la existencia de exigencias específicas, que prevén límites temporales de utilización de los trabajadores, o también que introducen las obligaciones de información y de consulta preventivas.

La misma obligación de paridad de trato entre trabajadores interinos y trabajadores del utilizador correspondiente, que, como lo veremos, está previsto en muchas legislaciones por la ley, constituye en Australia un objeto de la negociación colectiva.

Estos tipos de regulación tienen sus límites, vinculados a las dinámicas de los sujetos negociadores, y a sus inevitables relaciones de fuerza. A esto se debe añadir las dudas de la jurisprudencia sobre la posibilidad de que tales cláusulas puedan ser incluidas en los contratos colectivos certificados como norma de la ley federal. El tribunal supremo australiano a recientemente sostenido que la certificación federal del contrato colectivo está subordinado al hecho que cada cláusula del contrato colectivo concierna únicamente le relación de trabajo individual. Sin embargo, en el campo de los jueces del fondo, se sigue registrando cierta variedad de orientaciones. Muchas decisiones recientes han considerado así las cláusulas (relativas al suministro) como inherentes a la relación de trabajo individual, y, así legitiman en el campo del contrato colectivo certificado.

La ambivalencia descrita entre las exigencias de la protección y las exigencias de la producción, visible en estos ordenamientos judiciales, europeos o no, mayoritariamente inspirados por una política liberal, no es, al inverso, visible en derecho americano. La ausencia de reglas limitativas al acceso del suministro de trabajo por agencia no está ni tan siquiera compensado por reglas de protección comparables a las visibles en los ordenamientos judiciales examinados. El discurso es en parte análogo para Canadá, caracterizado por la ausencia de restricciones a la utilización de trabajadores suministrados por el intermediario de agencia de trabajo temporal y de limitación temporal. Sin embargo, algunas provincias han recientemente emitido normas sobre la actividad de las empresas de suministro previendo sea la necesidad de una licencia para el suministro de trabajo temporal, sea la prohibición de pedir retribuciones a los trabajadores objeto del suministro.

El ordenamiento judicial japonés parece ir en una dirección opuesta. La impresión que emerge del examen del derecho japonés es la adopción de cierta prudencia en la admisión del suministro, para preservar el trabajo estable. El reconocimiento del suministro de mano de obra como objeto lícito de actividad empresarial, realizada por la ley sobre la estabilización del empleo, modificada por la ley de 1985 sobre el dispaching de trabajadores, es acompañada por una serie de controles sobre el acceso al suministro. La ley sobre el dispaching de trabajadores a precisado las funciones que pueden ser objeto de un suministro de mano de obra, haciendo referencia a funciones generalmente altamente especializadas (por ejemplo programador de ordenador, delineante de máquinas, etc.), de todas formas tareas particulares, que excluyen un impacto negativo sobre el sistema del empleo a largo plazo. Las funciones retenidas de alto contenido profesional eran 26 en 1999. Con le reforma de 1999, hemos pasado a una liste de hipótesis previstas en la lista de hipótesis prohibidas, y en 2003 se ha previsto el recurso al suministro de mano de obra también en la industria manufacturera. Para evitar un impacto excesivo sobre el sistema de empleo a largo plazo, se ha introducido una regla según la cual, fuera de las 26 hipótesis en las cuales el recurso al suministro estaba autorizado antes de 1999, el periodo máximo de empleo de los trabajadores es de tres años.

Sobre el tema de las restricciones o de las condiciones a la utilización del trabajo proporcionado, se debe recordar la propuesta (ya mencionada) de directiva comunitaria 2002/701 del 28.11.02, modificando la propuesta precedente 2002/149 del 29.03.02, en una óptica de flexibilidad en función del aumento del empleo y protección de las condiciones de trabajo, imponiendo a los Estados miembros suprimir las prohibiciones o restricciones al trabajo temporal no justificado por razones de interés general que se enfrentan particularmente la protección de los trabajadores temporales, las prescripciones en materia de salud y de seguridad y la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado del trabajo, (art. 4 al. 1).

3. Condiciones de liceidad / autorización de la actividad de suministro

La tendencia legislativa a circunscribir las vías de acceso al suministro de trabajo emerge igualmente en la previsión, en muchos derechos nacionales examinados, de un sistema más o menos detallado de licencia y de acreditación para las empresas proveedoras de trabajo temporal: por lo general, se pide que las empresas proveedoras sean dotadas de una autorización preventiva del ministerio de trabajo, subordinada a la existencia de diversas requisiciones organizacionales y económicas. Emerge, en algunas legislaciones, una tendencia a prever, de manera bastante detallada y rigurosa, las requisiciones necesarias para la autorización al desarrollo del suministro de mano de obra.

Basta ver los ejemplos de Grecia y de España. La autorización de desarrollo de la actividad de suministro de mano de obra está subordinada a la posesión de una estructura organizacional adecuada a la realización del objeto social, sea en el plan instrumental o de los recursos, sea en el plan de los recursos humanos. Se prevé además - con algunas excepciones - que la agencia debe ocupar un número mínimo de trabajadores en cada agencia, con contrato de trabajo de duración indeterminada, proporcional a la calidad de los trabajadores proporcionados.

El derecho griego, particularmente, se distingue por ser minucioso y detallado. En primer lugar, se prevé que las agencias de trabajo temporal deben tener la forma jurídica de sociedad de capital con un capital mínimo de 176.000 euros. Además, las agencias deben emplear un mínimo de 50 asalariados, entre los cuales algunos con un diploma universitario. Deben poseer las estructuras necesarias, es decir que deben ser dueñas de un local de un mínimo de 150 metros cuadrados, y las sucursales eventuales deben ser de mínimo 80 metros cuadrados. Por fin, deben poseer las herramientas técnicas necesarias y un sistema de información completa con dirección Internet.

La agencia debe proporcionar dos pólizas de caución como garantía financiera para obtener la autorización de operar. La primera se transmite al ministerio de trabajo, para garantizar las

obligaciones de retribución a favor del trabajador temporal, y la segunda al instituto de seguridad social (IKA) para cubrir cargos de previsión. El nivel de garantía es proporcional al número de trabajadores temporales empleados, y es también constantemente adecuado al número de asalariados. El incumplimiento de una de estas garantías patrimoniales provoca la revocación de la autorización ministerial.

También en Polonia, la ley subordina el ejercicio de la actividad de suministro a la inscripción en un registro del ministerio de trabajo. Para inscribirse, la persona física o jurídica debe proporcionar un documento incluyendo la posesión de una caución que garantice un importe al menos igual a 50 veces el importe del salario mensual mediano. Se confirma la inscripción por un certificado que define las condiciones de ejercicio de la actividad, y cuya violación puede provocar la radiación del registro. La vigilancia relativa a la actividad efectuada concierne el ministerio, al cual la agencia tiene obligación de comunicar su sede social, la abertura y el cierre de filiales, y las informaciones anuales sobre la actividad ejercida.

Hay que añadir la previsión, común a muchos derechos, de la exclusividad del objeto social. Según una regla bastante difundida en las diversas legislaciones, las agencias tienen prohibido ejercer una actividad diferente de la de suministro de mano de obra. Tan sólo excepcionalmente se les autoriza a operar también como agencias para el empleo, como selección y formación de recursos humanos, y en estas hipótesis, deben satisfacer a condiciones legales.

El desarrollo de una actividad de suministro por parte de una empresa es subordinado a la obtención de una autorización aun en países caracterizados por límites al acceso al trabajo temporal menos estrictos.

Es un hecho significativo que derechos, en Francia, Alemania e Italia, que han adoptado una política de más o menos amplia liberalización del mercado del trabajo, han mantenido, bajo formas diversas, el principio de la autorización necesaria previa al desarrollo de la actividad de suministro de trabajo temporal.

En derecho alemán, el alquiler de la mano de obra es una actividad que debe ser expresamente autorizada. Para que las agencias de trabajo temporal, llamadas “Personal-Service-Agenturen”, puedan proporcionar mano de obra, deben solicitar y obtener una autorización administrativa. El ejercicio no profesional de esta función por parte de un sujeto que ejerce marginalmente esta actividad, no impone sin embargo la autorización administrativa.

En Francia, hay que hacer una declaración de actividad a la autoridad administrativa. El derecho prevé condiciones para que las agencias puedan efectuar su actividad. El artículo L124-1 del Código del trabajo precisa que la empresa de trabajo temporal debe tener una “actividad exclusiva” de puesta a disposición de mano de obra con fin de lucro. Además, estas empresas deben presentar garantías financieras (artículo L124-8 y R124-7 del Código).

Italia, por fin, conserva un régimen de autorización completo y riguroso. El ministerio de trabajo a instituido una lista en cual están inscritos los sujetos, públicos o privados, autorizados por el ministerio a efectuar la actividad de suministro. Para obtener esta autorización, y esta inscripción, las nuevas agencias deben estar en posesión de garantías en el plan organizacional (difusión en el territorio nacional, competencias, profesionales, posesión de locales idóneos), y en el plan económico y financiero (capital social mínimo, caución con un organismo de crédito).

Ningún régimen de autorización está previsto por lo contrario, en EEUU, Canadá, el Reino-Unido, Holanda y Australia.

En el Reino-Unido, se señala que, aun sin ningún sistema de autorización para el ejercicio de la actividad de suministro de mano de obra, el ministerio puede requerir el tribunal para que este pronuncie un veto concerniendo en individuo o una empresa. Este veto consiste en la prohibición, para estos sujetos, de gestionar y administrar las agencias para el empleo (EB, Employment Business). Para que el tribunal pronuncie un veto, debe producirse una violación de las reglas fundamentales de

protección del trabajador, sancionadas por la ley, o la violación de la legislación, en materia de agencias de trabajo, como por ejemplo las reglamentaciones de 2003 sobre como llevar agencias para el empleo ("*Conduct of Employment Agencies and Employment Businness Regulations*").

Un régimen mixto de autorización está previsto por la legislación japonesa. En lo que concierne los sujetos que realizan la actividad de suministro de mano de obra, la ley establece una distinción entre las empresas (o agencias) generales, o especializadas. Las primeras proporcionan a la empresa utilizadora trabajadores empleados por la agencia durante el periodo de la misión tal sólo. En razón de la inestabilidad de las relaciones de trabajo que esto genera, la ley prevé que el suministro de mano de obra por parte de las agencias está subordinado a la obtención de una autorización especial por parte del ministerio de trabajo, y el de sanidad, según ciertas condiciones legales. Las segundas, en vez, proporcionan sus propios trabajadores, ya empleados, abstracción hecha de la existencia o de la duración de la misión. La ley favorece a estas agencias, lo cual se comprueba vista la ausencia de condiciones autorizando la actividad (basta un comunicado al ministerio).

4. La reglamentación de la relación de trabajo

La mayor parte de los ordenamientos judiciales prevé la posibilidad por parte de la agencia de contratar al trabajador por plazo determinado o indeterminado.

Brasil sólo prevé como única posibilidad el contrato de duración indeterminada.

Por el pasado, la legislación alemana preveía que el contrato de trabajo entre la agencia y el trabajador debía ser de duración indeterminada, con obligación por parte del empleador (agencia) de pagar una indemnidad de disponibilidad durante el plazo en que el trabajador no estaba en misión. Para evitar esta disposición, en la práctica la agencia despedía al trabajador al acabar su misión, y lo volvía a contratar cuando se presentaba una nueva posibilidad de empleo con una empresa. Así sincronizaba la duración del trabajo y la de la misión. Para luchar contra esta situación, con leyes sucesivas, se ha introducido la prohibición de esta sincronización y de volver a emplear un trabajador en un plazo de tres meses tras su despido a pena de nulidad del despido.

La necesidad de recurrir al suministro como instrumento para favorecer la inserción de los parados en el mercado del trabajo, a llevado al legislador alemán a abolir esta prohibición en la reforma reciente. Hoy en día, es lícito estipular que el contrato de trabajo entre trabajador y agencia garantiza es de duración determinada, sincronizando su duración con la misión. Se trata de una liberalización controlada mediante la previsión de un límite máximo de duración del contrato de trabajo, fijado a dos años, con una posibilidad de renovarlo un máximo de tres veces.

En los Países-Bajos, se ve un régimen articulado. Ya vimos el papel fundamental de la negociación colectiva para la regulación de la relación de trabajo entre agencia y trabajador. El segundo contrato colectivo sobre el trabajo temporal (ABUCAO), recientemente concluido por la federación general de agencias de trabajo temporal (ABU) y las tres principales organizaciones sindicales de trabajadores, prevé que un contrato temporal puede ser previsto según tres formas diferentes (art. 7):

a) Un contrato de trabajo con una cláusula de misión para la duración del periodo de la misión. La relación entre el trabajador temporal y la agencia acaba con el contrato entre la agencia y la empresa usuaria (art. 7: párrafo 691. 2). En este caso, el trabajador siempre puede interrumpir el contrato sin preaviso.

a) Un contrato de trabajo de duración determinada, concluido por un periodo predefinido conexo a la realización de un proyecto específico. La relación entre el trabajador temporal y la agencia acaba, sin otra notificación, al final del plazo predefinido, o al final del proyecto.

c) Un contrato de duración indeterminada.

En el nuevo sistema, a cada tipo de contrato corresponde una etapa distinta de protección del trabajador temporal. En el primer caso, la duración máxima del contrato es de 78 semanas – este término es superior al ya elevado que figura en la ley: 52 semanas, art. 8 párrafo 1 ABUCAO – tras el cual el trabajador adquiere el derecho ipso jure de estipular con la agencia un contrato de trabajo de duración indeterminada sin cláusula de misión. En todos los casos, a partir de 26 semanas en la misma empresa usuaria, el trabajador temporal tiene derecho a recibir un salario correspondiente al de los trabajadores comparables de la empresa usuaria (art. 22).

En el segundo caso (contrato de trabajo de duración determinada, que no coincide forzosamente con la duración de la misión), las partes pueden acordarse hasta ocho contratos de duración determinada, en un plazo total no superior a 13 semanas. Como garantía para el trabajador, la regla prevé que si el trabajo temporal acaba durante un contrato, la agencia debe retribuir al trabajador hasta su término temporal.

En el último caso, el trabajador titular de un contrato de duración indeterminada, está cubierto por todas las garantías reconocidas por el derecho del trabajo a este contrato (art. 8 párrafo 3 UBUCAO). En todo otro caso, tras tres años y medio de empleo con una misma agencia, el trabajador tiene derecho a un contrato de duración indeterminada.

La ausencia de una verdadera posibilidad legal de selección de la relación de trabajo entre agencia y trabajador es característica del derecho británico. Particularmente, no existen previsiones en lo que se refiere a la naturaleza jurídica, subordinada u autónoma, de esta relación. Puede ser que el trabajador y la agencia establezcan un contrato de trabajo subordinado (contract of service), o un contrato de trabajo autónomo (contract for service). La jurisprudencia del Reino-Unido, con relación a estos problemas de calificación, a adoptado desde los años 1970, una posición de auto moderación, recurriendo a esquemas de negociación sui generis, diferentes del trabajo subordinado y del trabajo autónomo. Evitando de volver a generar las circunstancias en términos de subordinación o de autonomía, los jueces se limitaron a excluir en el caso concreto la aplicación de la reglamentación legal, favoreciendo la proliferación de negociaciones atípicas. No existe en estos contratos reciprocidad precisa de obligaciones (mutuality of obligation). Las partes tienen libertad de hacer una oferta de trabajo y de aceptar les misiones. El contrato entre el trabajador y la agencia es considerado anormal, es decir un contrato of its own kind. Esta tendencia se prolongó hasta el caso McMeechan c. Secretary of State of Employment (1977, ICR 549 CA). En esta decisión, los jueces afirmaron el principio según el cual no existe en el ordenamiento judicial anglosajón una prescripción absoluta a la posibilidad de cualificar la relación en cuestión en términos de autonomía o de subordinación. Por lo contrario, existe un principio según el cual hay que tomar en consideración todas las circunstancias y todas las cláusulas para evaluar el desarrollo concreto de la relación contractual. Según este enfoque, aun en caso de incumplimiento de una expresa mutuality of obligation en la relación entre agencia y trabajador, la existencia implícita de este elemento se puede deducir del hecho que el contrato nace en el momento de la aceptación de la misión por el trabajador. De esta manera, no obstante el contenido de la cláusula que excluía la subordinación, la Court of Appeal señaló que había entre las partes un contrato de trabajo dada la misión para la cual el trabajador había sido utilizado (aun y cuando el contrato no contemplaba la obligación de otras misiones). Parece que en el Reino-Unido, si por una parte se consiente una total libertad contractual en lo que se refiere a la calificación de la relación triangular en el caso de suministro de mano de obra, por otra parte, los tribunales no están vinculados por la calificación de la relación entre las partes.

Para atenuar los posibles efectos negativos de esta amplia libertad contractual que podrían excluir la aplicación de estándares legislativos de protección del trabajo subordinado a favor de los trabajadores, las intervenciones legislativas sucesivas intentaron disuadir las agencias de comportarse de tal manera. Especialmente, la ley Nº 36 sobre los horarios de trabajo de 1998 (Working Time Regulation, n° 3) prevé que las normas en materia de vacaciones, tiempo máximo de trabajo y descanso, se apliquen también a los trabajadores temporales, aunque no esté estipulado en el

contrato. De la misma manera, la ley sobre el salario mínimo se extiende a estos trabajadores. En este caso, la obligación legal incumbe al sujeto que paga al trabajador, es decir, por lo general, la agencia. Sin embargo, todas las legislaciones no son tan extensas: por ejemplo, la ley sobre los despidos ilegales se aplica tan sólo a los contratos de trabajo subordinado entre un empleador y un trabajador.

Aunque la legislación británica no ofrezca muchos puntos de apoyo a favor de una interpretación de garantía de los trabajadores temporales, hay una jurisprudencia creativa que puede afirmar principios novadores que protegen el trabajo temporal. La reciente decisión Dacas v. Book Strett Bureau (UK) Ltd (2004, EWCA Civ. 217; 2004, ICR 1437 CA) pronunciada en última instancia por la Court of Appeal consideró la existencia de un contrato de trabajo tácito (non express) entre un trabajador y un utilizador deducido del comportamiento de las partes, delimitando así una hipótesis de co-empleadores.

El derecho de EEUU reconoce una libertad importante al acceso al suministro, y no prevé nada en lo que se refiere a los casos posibles de recurso ni los regímenes de autorización de las actividades de suministro de mano de obra. Sin embargo, prevé claramente que en el caso del trabajador suministrado por una agencia, la relación de trabajo es considerada imputable a la sola agencia de trabajo temporal. Esto resulta de los esfuerzos de las empresas del sector de trabajo temporal que gracias a la asociación nacional de servicios temporales (NATS), al final de los años 1960, llevaron una intensa actividad de presión para que los Estados sancionasen la regla de imputación de la relación de trabajo a la empresa usuaria.

Como para el Reino-Unido, la ley americana no prevé nada con respeto a los tipos de contratos que se pueden establecer entre una agencia y el trabajador dejándoles un margen de maniobra muy extenso a las partes. De todos modos, esta libertad se ve frenada por el control de la jurisprudencia sobre la correspondencia entre la calificación jurídica operada y el desarrollo concreto del contrato.

La condición para aceptar la naturaleza subordinada de la relación de trabajo (en su sentido literal), y así para la aplicación de la ley sobre los estándares de trabajo justo (FLSA), es, según la norma americana, la demostración por parte del trabajador temporal que está empleado por alguien que le ha proporcionado trabajo. A pesar de la fórmula utilizada por el legislador que parecía referirse a una subordinación técnico-funcional, la Corte Suprema a proporcionado una interpretación amplia, contemplando tan sólo que el estatuto del trabajador/empleado se basa en una averiguación de la entidad económica y no en el tradicional test patrón y subordinado (master and servant). La jurisprudencia propone una idea de la subordinación que parece avecinarse más de la noción de subordinación socio-económica en la medida en que se averigua que el individuo, en tanto que entidad económica, es dependiente del que proporciona el trabajo. Aplicando el test de la entidad económica, los jueces han enucleado progresivamente una serie de indicios de la existencia de una relación de dependencia entre trabajador y empresa1 Además de la averiguación del test del trabajador dependiente (employee), la otra condición para que el trabajador temporal sea considerado por la ley FLSA, es que dependa de una empresa involucrada en el comercio interestatal y que represente un volumen de negocios importante fijado en un mínimo de 500.000 dólares al año. En consecuencia, los trabajadores de las pequeñas empresas de suministro de mano de obra no entran en el campo de aplicación de la ley, y no acceden pues a muchas de las protecciones, aun económicas, previstas por la legislación del Estado. En este caso, la única posibilidad reconocida al trabajador temporal es tentar

1 Si el empleador presunto tiene derecho a contratar, a despedir y a fijar cotidianamente les condiciones de trabajo; si se reconoce que se le efectuaron pagos al trabajador; si el trabajo formaba parte de un proceso más completo sobre cuya base se pide el grado de capacidad para efectuar la prestación de trabajo; si hay cierta estabilidad de la relación laboral; si el trabajador está investido en la actividad económica; si el empleador presunto posee locales para la prestación de trabajo; si los servicios forman parte integrante de la actividad económica; manteniendo cierto control del presunto empleador sobre la prestación de trabajo; considerando la responsabilidad del trabajador por pérdidas y ganancias; considerando la iniciativa, el juicio o la prudencia en la libre competencia del mercado del trabajo.

demostrar la existencia de una relación de empleo conjunto entre la agencia y la empresa usuaria para hacer esta última responsable de un pago mínimo más un pago extraordinario, a la luz de una decisión de 1973 en la cual la Corte Suprema admitió la eventualidad que un trabajador pueda tener varios empleadores, igualmente en vistas de la aplicación de la ley FLSA.

5. El sistema de responsabilidad compartida entre la empresa usuaria y la empresa proveedora

5.1. Premicias

La mayor parte de los ordenamientos judiciales (Italia, Francia, Alemania, etc.) que conocen o conocieron una prohibición general de la interposición de mano de obra y que en consecuencia ven la reglamentación del suministro como una excepción a esta prohibición, prevén que el incumplimiento de las condiciones de forma o de fondo en las estipulaciones de las partes genera la disolución del caso y la imputación directa de la relación de trabajo al utilizador, según los casos, de duración indeterminada, (por ejemplo Italia) o mientras dura la misión (Alemania). En este caso, el utilizador queda directamente expuesto a las pretensiones de los asalariados implicados.

De manera distinta, los ordenamientos judiciales (EEUU, Australia2, Reino-Unido, etc.) en los cuales se desconoce la prohibición de suministro de mano de obra, aun históricamente, asimilando este tipo de negociación a un suministro de servicios, la posibilidad para los trabajadores de actuar contra el utilizador se añade la cuestión del verdadero empleador, y se resuelve mirando el ejercicio concreto del poder de dirección y de control.

5.2. La responsabilidad solidaria del proveedor y del utilizador en lo que se refiere a los salarios y las condiciones de empleo de los trabajadores

A la base de las normas de muchos países, la agencia de trabajo temporal y la empresa usuaria son consideradas – en principio – responsables conjuntamente frente a los trabajadores en lo que se refiere al pago de los sueldos y de los costes de seguro. La constitución de una responsabilidad solidaria entre el sujeto empleador formal y el utilizador efectivo de las prestaciones responde no tan

---

2 A causa de la naturaleza contractual de la relación de trabajo en el derecho consuetudinario australiano, no es posible establecer de manera general una relación directa entre el contratista y los asalariados dependientes del contratista (o entre la empresa madre y los asalariados de las empresas controladas), a menos que exista un contrato vinculándolos directamente. Sin embargo, existe una serie de decisiones jurisprudenciales que reconocen en estos casos la existencia de una relación de trabajo. Estas decisiones conciernen do tipos de hipótesis:

a) Es definida como ineffective transfert, la hipótesis en la cual la transferencia del asalariado (del comitente al contratista o de la empresa madre a la empresa controlada) queda sin efecto, y en consecuencia, el comitente sigue siendo el verdadero empleador.

b) Es definido como joint employment, el caso en que es posible reconocer en el comitente como en el contratista la calidad de empleador.

Entran en la hipótesis a) los casos en que se alquila un grupo de trabajadores, o también las relaciones triangulares en que los trabajadores dependen de las agencias (agency workers) empleados de forma continua a largo plazo con un único cliente. La cuestión de la individualización de la figura del empleador es tradicionalmente resuelta determinando el sujeto que efectivamente ejercía el poder de dirección y de control sobre el asalariado. Gracias a este enfoque, la jurisprudencia a logrado revelar personalidades jurídicas distintas, dando aun importancia a las convicciones de los asalariados en lo que se refiere a la identidad del empleador. Nos encontramos en el esquema del joint employment para levantar el corporate veil en respuesta a la tentativa de la empresa para evitar ser considerada como empleador recurriendo a prácticas de outsourcing o estratagemas como la creación de empresas fantasmas.

sólo a la exigencia de protección de los trabajadores temporales sino también hace en cierto modo los sujetos empresariales juntos y garantes del caso contractual según el modelo prefigurado por la ley.

En Grecia, la ley Nº 2956/2001 considera la empresa usuaria como "empleador indirecto" y la tiene por co-responsable del pago de los salarios, determinados sobre la base de los contratos colectivos de la empresa usuaria. Tal responsabilidad es de carácter subsidiario excepto estipulación contraria de las partes. El contrato entre agencia y empresa puede designar el sujeto responsable del pago del seguro y de las contribuciones de los asalariados.

En Italia (art. 23 párrafo 3, D. lgs. n° 276/03) el utilizador tiene obligación *in solido* con el proveedor de pagar al trabajador los salarios y contribuciones de previsión (no hay previsión expresa de subsidiaridad de la responsabilidad del utilizador). Por lo contrario, la reglamentación es más detallada y no parece prever responsabilidad solidaria en lo que se refiere a la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, sino más bien una repartición de las cargas y obligaciones entre proveedor y utilizadores. El párrafo 5 del artículo 23 del D. lgs. Nº 276/03, prevé que el proveedor informe los trabajadores de los riesgos para su seguridad y su salud conexos a la actividad productiva en general, y los forme para saber utilizar los equipos de trabajo necesarios para llevar a cabo la actividad de trabajo para la cual fueron contratados, en conformidad con las disposiciones del decreto legislativo del 19.09.94 y sus modificaciones sucesivas. El contrato de suministro puede prever que esta obligación sea llevada a cabo por el utilizador; en este caso, se estipula en el contrato con el trabajador. Cuando las funciones del trabajador requieren una vigilancia especial o comportan riesgos específicos, el utilizador informa al trabajador en conformidad con el d. lgs 19.09.94 Nº 626 y sus modificaciones sucesivas. El utilizador observa, de cara al trabajador, todas las obligaciones de protección previstas de cara a sus asalariados propios, y es responsable de la violación de las reglas de seguridad previstas por la ley o los contratos colectivos.

Esta reglamentación es indubitablemente compleja pero establece una responsabilidad del utilizador por violación de las obligaciones de seguridad previstas por la ley o los contratos colectivos.

En Austria[3]y en Francia, la responsabilidad del utilizador está prevista para garantizar las solicitaciones de retribución por parte del trabajador. La responsabilidad de la empresa usuaria tiene sin embargo un carácter subsidiario, pues interviene tan sólo después de que el asalariado haya intentado denunciar la agencia.

En África del Sur, donde el intermediario es considerado como suministrador de trabajo de hecho, y este último como su cliente (la empresa usuaria) son solidariamente responsables en caso de inejecución de las obligaciones vinculadas a la contratación.

En Venezuela la Ley Orgánica de Trabajo reglamenta la responsabilidad de la agencia, esta última siendo considerada, en principio, como único empleador. Sin embargo, la ley prevé que en las hipótesis en que la agencia no respetase sus obligaciones en lo que se refiere al trabajador, perdería su cualidad de empleador para tomar la de intermediario, con la consecuencia que los trabajadores puedan obtener las mismas condiciones de trabajo que si fuesen directamente contratados por la empresa usuaria. En este caso, la empresa usuaria es solidariamente responsable con la agencia intermediaria.

Aun si no existe contrato entre el trabajador y el utilizador, en España la ley prevé un sistema de responsabilidad a cargo de la ETT (empresa de trabajo temporal) y del utilizador de la prestación de trabajo. Se prevé una responsabilidad subsidiaria del utilizador en caso de inejecución de las obligaciones de retribución y de previsión por parte de la empresa proveedora. Además, el utilizador

3 Con la decisión del 03.12.03, 9 Ob. A113/03 la Corte Suprema austriaca, a la vez que niega la existencia de una relación de trabajo entre trabajador y empresa utilizadora, a reconocido al trabajador mejores derechos en ciertas circunstancias. Existe así una sustancial paridad de trato entre el trabajador y los otros asalariados de la empresa utilizadora.

es solidariamente responsable con la agencia en el caso en que no se recurre a los motivos del suministro, o si se violan ciertas normas en materia de prohibición. Se sanciona la conversión de la relación de cara al utilizador tan sólo cuando el trabajador sigue efectuando sus servicios con la empresa usuaria al acabar la relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal.

En lo que se refiere a Brasil, según una orientación consolidada por el tribunal superior de trabajo, sancionada por la *súmala* Nº 331, las empresas usuarias pueden ser consideradas responsables de manera subsidiaria en lo que se refiere a las deudas del trabajo contraídas por las agencias[4] Además, el artículo 16 de la Ley federal prevé que, de frente a la quiebra de la agencia, el utilizador es solidariamente responsable del pago de las cargas sociales, salarios y otras indemnidades legales por el periodo en que el asalariado a efectuado su trabajo bajo su dirección. El ordenamiento judicial de Perú, siguiendo este modelo, prevé la responsabilidad solidaria subsidiaria del utilizador de cara a lo solos créditos generados durante el periodo de utilización efectiva, así como el derecho de Costa Rica (art. 3 del Código de Trabajo) que prevé la responsabilidad solidaria del patrón y del intermediario para las obligaciones fijadas por el Código, y para los reglamentos y disposiciones sobre la previsión social.

El tema de la responsabilidad de la empresa usuaria frente al trabajador constituye uno de los aspectos más debatidos en la jurisprudencia y la doctrina de Uruguay. Parece que la orientación que prevalece califica como empleador la ETT (agencia) la cual asume los riesgos vinculados a la contratación del trabajador[5] y así la responsabilidad principal de cara al trabajador, mientras el utilizador responderá de manera subsidiaria. Si la empresa usuaria recurre de manera permanente al suministro de mano de obra, la responsabilidad se vuelve solidaria, pues se altera el funcionamiento normal del esquema del trabajo temporal.

En Méjico, la empresa cliente responde también *in solido* de las obligaciones de la empresa proveedora frente al trabajador en el caso en que está última no posea los recursos económicos suficientes. Lo mismo se aplica en lo que se refiere a las normas relativas a la higiene y la seguridad en el trabajo.

En Turquía, según la ley turca sobre el trabajo Nº 4857 de 2003 (*Turkist Labour Act n° 4857*), el proveedor tiene todas las obligaciones que derivan del contrato de trabajo, pero existe una responsabilidad solidaria del utilizador de cara a los salarios y cargas sociales. Además, el utilizador tiene una responsabilidad en lo que se refiere a los eventuales daños materiales padecidos por los trabajadores tras un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

5.3. La responsabilidad solidaria del proveedor y del utilizador en lo que se refiere a las obligaciones respecto a la salud y la seguridad en el trabajo

---

4 Muchos fallos han establecido algunos de los principios mayores del suministro de mano de obra. Especialmente:

- El suministro por parte de una empresa interpuesta es ilegal y determina el formación de un vínculo de derecho con el beneficiario de tales servicios, excepto en caso de trabajo temporal.
- El suministro irregular de trabajo por empresa interpuesta no genera un vínculo de dependencia con los órganos de la administración pública directa, indirecta, o perteneciente a una fundación.
- No hay vínculo de dependencia entre el beneficiario de los contratos de servicios de vigilancia y de limpieza (servicios especializados vinculados a una actividad del beneficiario), tal que se excluya toda forma de personalidad y de subordinación directa.
- la inejecución de las obligaciones de trabajo por parte del empleador proveedor determina la responsabilidad subsidiaria del beneficiario de estos servicios.

5 Según una orientación diferente, las empresas cuestionadas serían responsables in solido por los créditos generados durante la misión. En este sentido, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo a afirmado que el trabajador firma un contrato con la empresa de suministro que le indica su destino y le paga; pero el trabajo es efectuado a favor de una empresa cliente y tan sólo bajo su dirección. Se debe recordar que hay una relación de trabajo con un “consortium” de empresas que componen un empleador de conjunto responsable in solido.

En algunos ordenamientos judiciales, la responsabilidad solidaria del proveedor y del utilizador se limita a la efectividad de las obligaciones en lo que se refiere a la salud y la seguridad. Los sujetos deben averiguar que se respetan las reglas y eventualmente remediar el daño causado al trabajador. En Polonia, por ejemplo, la agencia y el utilizador remedian solidariamente: el primero como empleador, el segundo debido a su papel en la relación triangular.

En otros casos, la responsabilidad en materia de salud y de seguridad parece venir de la necesidad de garantizar plenamente estos derechos a todos los trabajadores y no para reforzar en modo particular las condiciones de los trabajadores temporales suministrados. En EEUU, por ejemplo, se aprobó en 1970 una ley (la ley OSHA) cuya finalidad es la garantía, en la medida de lo posible a todo trabajador de condiciones de trabajo seguras y salubres. La protección otorgada por esta ley a los trabajadores temporales les garantiza la obtención de la reparación de los daños causados en un lugar de trabajo inseguro. En el detalle, se debe individualizar el sujeto considerado como empleador y así responsable. El estatuto de empleador es determinado sobre la base de indicios como el control de la actividad cotidiana del trabajador, la responsabilidad del lugar de trabajo, y el poder de reducir los riesgos para el trabajador. Tales criterios conducen generalmente a la figura del utilizador. La comisión sobre la salud y la seguridad hizo hincapié en el hecho que el empleador no tiene la posibilidad de derogar a los criterios que determinan la responsabilidad contractual en materia de salud y de seguridad en el lugar de trabajo.

El utilizador es responsable también en las hipótesis en que el trabajador temporal suministrado sea discriminado durante la prestación de trabajo. Se garantiza al trabajador la posibilidad de actuar contra la agencia o contra el utilizador.

5.4. La responsabilidad exclusiva a cargo del utilizador por inejecución de las obligaciones respecto a la salud y la seguridad en el trabajo

En algunos derechos (Alemania), es el utilizador, como propietario del lugar en donde se desarrolla la prestación del trabajador temporal quien garantiza el respeto de las normas en materia de salud y seguridad en el trabajo, y que pues debe pagar los daños, debidos al no respeto de estas prescripciones, causados al trabajador.

El derecho italiano, como lo hemos visto, prevé una responsabilidad solidaria de la agencia y del utilizador en lo que se refiere a los aspectos vinculados a la retribución y a la previsión, y responsabiliza incluso al proveedor en cuanto a algunas obligaciones específicas en materia de seguridad. El derecho italiano acaba sin embargo reconociendo al solo utilizador la obligación de respetar las normas en materia de seguridad en el lugar de trabajo.

En los Países-Bajos, en Croacia, y en la República Checa, la empresa usuaria es responsable por los daños eventualmente padecidos por el trabajador temporal durante su trabajo.

6. Las relaciones sindicales

En diversos países, se ve una tendencia a configurar los derechos sindicales de los trabajadores temporales proporcionados tan sólo de cara a la agencia. Esta tendencia se explica, probablemente, por la resistencia en concebir el ejercicio de derechos sindicales de cara a un sujeto (el utilizador) que no asume el papel de empleador formal. La posibilidad de ejercer los derechos en cuestión también de cara al utilizador está garantizada tan sólo en algunos ordenamientos judiciales, y está condicionada lo más a menudo por la duración de la misión (cf. Austria y Alemania). Se puede retener esta posibilidad como elemento distintivo entre los regímenes de protección sindical en los diversos ordenamientos judiciales.

6.1 Ordenamientos judiciales en los cuales no existe ninguna protección frente al utilizador

En Polonia, la ley del 23.03.91 reconoce a todos los trabajadores el derecho de tener representantes y de adherir a un sindicato. Este derecho concierne también los trabajadores temporales proporcionados, pero no se puede ejercer sino en las agencias. Sin embargo, que la prestación de trabajo sea ejecutada con el utilizador es en realidad un obstáculo significativo para el real ejercicio de este derecho.

En Turquía y en Perú, los derechos sindicales se pueden también ejercer en la agencia, en virtud del hecho que el trabajador posee un contrato de trabajo con la agencia y es descontado en sus efectivos, incluso si efectúa su prestación con el utilizador. Sin embargo, en el segundo país, no parece que al día de hoy se haya podido constatar la constitución de representación sindical al interior de las agencias.

En cuanto se refiere a la organización de las relaciones colectivas de trabajo en Brasil, para el trabajo temporal, se prevé un mando autónomo sindical, distinto del de la empresa utilizadora. El trabajador temporal proporcionado forma parte de una categoría diferente, y no puede tener relaciones sindicales con el utilizador. Tras algunas vicisitudes, el derecho americano se ha posicionado sobre esta línea. En EEUU, la Junta Nacional de Relaciones del Trabajo, (JNRT) "the National Labour Relations Board (NLRB)"precisó en 1990, que los trabajadores temporales proporcionados no pueden formar parte de la misma categoría contractual que los trabajadores que dependen de la empresa utilizadora, a menos de un doble consentimiento de la agencia y del utilizador. Sin este consentimiento, la JNRT se rehusaría a admitir una representación sindical reuniendo trabajadores temporales proporcionados y los otros trabajadores. Esta regla del doble consentimiento a hecho difícil por muchos años la sindicalización de los trabajadores temporales. En el 2000, la JNRT volvió sobre su posición y admitió que los trabajadores temporales y los otros puedan constituir una única representación sobre la base de la mera comunidad de intereses. En el 2004, la JNRT volvió sobre su posición y reintrodujo la regla del doble consentimiento que concretamente hace muy difícil la posibilidad de constituir una representación. De hecho, la dispersión espacial de los trabajadores temporales los priva de una representación eficaz de sus intereses propios y de una conciencia colectiva firme.

6.2 Ordenamientos judiciales en que se ve una tendencia a atribuir derechos sindicales (incluso lato sensu) a los trabajadores temporales incluso frente al utilizador

En algunos ordenamientos judiciales, se reconoce a los trabajadores, además de un arraigamiento sindical con la agencia, derechos tales, de una intensidad variable, igualmente frente al utilizador.

En algunos países, por ejemplo, sin reconocer la posibilidad de acciones sindicales en su sentido propio de los trabajadores temporales frente al utilizador, se reconocen derechos de información y la posibilidad de debatir con el utilizador de cuestiones relativas a las condiciones de trabajo. Por ejemplo, en España, además de la facultad de elegir órganos de representación en la agencia, está previsto el derecho de los representantes de los trabajadores temporales de ser informados de la existencia de los contrato de suministro de trabajo temporal y de los motivos de recurso. Se reconoce además al trabajador el derecho de presentar, frente al utilizador y a través de los representantes de los asalariados de estos últimos, reclamaciones sobre el desarrollo de la prestación de trabajo. en materia de negociación colectiva, en España, se a sobrepasado una primera fase caracterizada por la proliferación incontrolada de un número elevado de contratos colectivos aplicables a las agencias. Ya no existe sino un contrato colectivo aplicable, firmado por las organizaciones sindicales del sector y por todas las empresas de trabajo temporal.

En Francia, la reglamentación de la materia es más articulada. Los trabajadores interinos benefician, como protección de las condiciones de trabajo, de los órganos de representación de los trabajadores constituida por los asalariados del utilizador (artículo L124-4-7 y L422-1 párrafo 4 del

Código del trabajo). Una reglamentación detallada está fijada para la elección de los representantes del personal de la agencia. Si las reglas generales en materia de representación colectiva se aplican, existen normas específicas para resolver los problemas de los asalariados de las agencia diseminadas en distintos lugares, y los vinculados a la brevedad de los contratos. Se fijan así normas particulares en lo que se refiere al electorado "activo" (elector) y "pasivo" (candidato) a la elección de los delegados del personal del comité de empresa. El trabajador forma parte del electorado activo (elector) si a trabajado tres meses en los doce últimos meses (artículo L423-9 y L433-6 del Código del trabajo). Un acuerdo nacional del 1° de abril de 1989 relativo a la representación de los asalariados de agencias de trabajo interino a fijado este plazo a 507 horas. Según esta misma norma, el trabajador que a totalizado 6 meses de empleo en los 18 últimos meses (ó 1014 horas) se vuelve elector pasivo (elegible). Los elegidos continúan ejerciendo sus funciones incluso después de su misión, e incluso si ya no son asalariados de la agencia. A pesar de estas normas precisas, la doctrina pone en evidencia algunas dificultades que, por una parte, el trabajador que no está en misión en el momento de la presentación de las listas puede ser excluido de ellas, y por otra parte, según la ley (artículos L423-10 y L433-7 del Código del trabajo), los asalariados pierden su calidad de elector en cuanto la agencia les notifica su intención de no volverlos a contratar para nuevos contratos. Esta disposición da lugar a abusos por parte de las agencias.

En Italia, el d.lgs. n°276/2003 contiene una disposición específica (art. 23), propio a los derechos sindicales y a las garantías colectivas, según la cual (párrafo 1) los trabajadores de las agencias gozan - frente a su empleador (agencia) - de todos los derechos sindicales previstos por el estatuto de los trabajadores (ley n°300/1970), sin, sin embargo, hacer referencia a los distintos límites de aplicación previstos. El mismo artículo (párrafo 2) prevé que el trabajador temporal puede ejercer, de cara al el utilizador, durante la duración del contrato, los derechos de libertad y de actividad sindical, y de participar en asambleas del personal dependiendo de las empresas utilizadoras. Se trata así de favorecer la entrada de trabajadores temporales en la comunidad sindical de los trabajadores con los cuales trabajan. Para reducir los riesgos de des-sindicalización derivando de la dispersión de los trabajadores que están con los utilizadores, la ley indica que los prestatarios de trabajo dependientes de un mismo suministro operando con varios utilizadores tienen un derecho específico de reunión cuyas modalidades son fijadas por el convenio colectivo. 3).

El cuarto párrafo de este artículo prevé, finalmente, que está previsto el utilizador comunique a los representantes sindicales las cifras y los motivos del recurso al suministro antes de todo recurso al trabajo temporal (en caso de urgencia en estipular un contrato el empleador puede dar esta información en un plazo de 5 días). Una vez al año, la comunicación deberá extenderse, además de las cifras y del motivo de los contratos, a su duración y a la calificación de los trabajadores interesados.

Países como Austria, Alemania, Uruguay y Venezuela también tienen tendencia a atribuir derechos sindicales al trabajador temporal en el ámbito de la empresa utilizadora.

Por ejemplo, en Austria, cada empresa (incluyendo las agencias) con más de cinco asalariados debe necesariamente tener una representación sindical interna elegida por los trabajadores, a los cuales se garantizan derechos de información y de co-decisión en los sectores que interesan a los trabajadores. En el caso en que el suministro dure más de seis meses, el ordenamiento judicial austriaco, como el alemán, prevé que los intereses del trabajador temporal sean protegidos por representantes sindicales elegidos en la empresa utilizadora. Además, si las elecciones de los representantes sindicales tienen lugar durante el periodo de suministro de trabajo temporal, los trabajadores temporales tienen derecho de votar. Se asiste de hecho a una doble representación sindical (en las agencias y acerca del utilizador). Sin embargo, la representación sindical en la empresa utilizadora tiene una incidencia únicamente sobre los aspectos conexos estrictamente a la prestación de trabajo del asalariado acerca del utilizador. Todos los otros aspectos (por ejemplo la indemnización

de preaviso en caso de cesación de la relación de trabajo) son gestionados por la representación sindical de la agencia.

En Alemania, los trabajadores temporales participan igualmente en las elecciones del consejo de empresa de la agencia, responsable de la protección de sus intereses, como indicado por la ley sobre la representación de los trabajadores y sobre la "democracia industrial". Sin embargo, cuando los trabajadores empiezan su prestación acerca del utilizador, el consejo de empresa del utilizador adquiere la carga de representar también los intereses de los trabajadores temporales. Estos últimos tendrán el derecho de voto para la elección del consejo de empresa del utilizador tan sólo tras seis meses continuos pasados con la misma empresa utilizadora.

En Uruguay, se considera también que la precariedad de la relación de trabajo puede ser un obstáculo para ejercer los derechos sindicales (libertad sindical, negociación colectiva, huelga) garantizados por el derecho de Uruguay y el Convenio Internacional Nº 181. El movimiento sindical a adoptado una estrategia que consiste en la afiliación de los trabajadores temporales a las organizaciones sindicales que organizan y representan a los trabajadores del utilizador. En algunos sectores de actividad, los sindicatos intentan obtener que los trabajadores temporales sean incorporados a la organización estable de la empresa cliente, como se da el caso en la administración pública.

En lo que concierne a Venezuela, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Prevención del 26.07.05, se podía configurar relaciones colectivas de trabajo únicamente entre_trabajadores temporales y agencias. No existía relación entre estos últimos trabajadores y los que dependen del utilizador. Desde la entrada en vigor de esta ley, es posible prever la emergencia de relaciones colectivas igualmente con el utilizador.

En la Argentina, se aplica a los trabajadores que efectúan su propia actividad en las empresas de servicios eventuales el contrato colectivo de la empresa utilizadora. La representación sindical de esta última es competente para representar los intereses de estos trabajadores en la empresa utilizadora (art. 29 bis LCT).

En Costa Rica, los derechos colectivos de los trabajadores temporales son los mismos que los que se garantizan a los otros asalariados. Sin embargo, por causa de la precariedad de los trabajadores temporales, cuya mayor parte son inmigrantes o trabajadores agrícolas estacionales, las posibilidades reales de ejercicio de estos derecho son limitadas. No se conoce de ninguna experiencia importante de sindicalización y de acción significativa de protesta en estos últimos años, excepto algunos casos aislados de trabajadores del sector de la producción y de la transformación de la caña de azúcar.

En otros países, la protección sindical parece concentrarse sobre el control de las posibilidades para el utilizador de recurrir al suministro de mano de obra. En Suecia, por ejemplo, el ordenamiento judicial tiende a atribuir al sindicato un propio y verdadero poder de veto al recurso al trabajo temporal. En Primer lugar, el contrato colectivo determina las restricciones a la posibilidad para la empresa utilizadora de alquilar mano de obra. Además, el artículo 38 del *Co-determination in the Workplace Act (*la ley de co-determinación en el lugar de trabajo) prevé que el sujeto que piensa recurrir a la utilización de mano de obra debe antes negociar con el sindicato signatario del contrato colectivo. Durante las negociaciones, se reconoce al sindicato, en algunas circunstancias, un derecho de veto sindical. El ejercicio del derecho de veto presupone que el recurso al suministro sea finalizado a la violación de disposiciones legales o de contratos colectivos (por ejemplo, si la empresa no efectúa de manera correcta las comunicaciones al fisco, o si se violan importantes normas relativas a las condiciones de trabajo o a los tiempos de trabajo). A través del conocimiento de este poder significativo, el sindicato puede controlar y garantizar que el suministro sea gestionado correctamente. El sindicato no puede ejercer su derecho de veto en ausencia de razones válidas, bajo pena de condena a rembolsar los daños provocados al utilizador (no hay sin embargo responsabilidad posible hacia el proveedor).

Una situación similar se encuentre en Israel, donde la mayor parte de los contratos colectivos prevé limitaciones a la utilización del suministro.

Holanda parece ser un caso particular. Aquí, el contrato colectivo (entrado en vigor el 29.03.04) reglamentando el suministro de mano de obra, estipulado por la federación general de las agencias de trabajo temporal y las tres principales organizaciones sindicales de asalariados, intenta conciliar las exigencias de flexibilidad de las empresas proveedoras con el interés del asalariado en la estabilidad de la relación de trabajo. Para permitir a las empresas proveedoras de adaptar más fácilmente la naturaleza y la duración de la ocupación temporal a las necesidades específicas propias, el contrato colectivo prevé tres diferentes etapas crecientes de protección del trabajador. En la fase A, que dura 78 semanas, el trabajador tiene un contrato con la agencia, caracterizado por una cláusula de misión. El contrato acaba cuando acaba la misión, sin otra obligación de retribución a cargo de la agencia. Durante este periodo, el trabajador puede interrumpir el contrato en todo momento sin preaviso. Además, tiene derecho a recibir tras 26 semanas de empleo en la misma empresa, el salario correspondiente al de los trabajadores comparables de la empresa utilizadora. En la fase B, el trabajador tiene todavía un contrato de duración determinada, pero la agencia puede ofrecerle un contrato de duración indeterminada. En esta fase las partes pueden tener un máximo de 8 contratos de duración determinada antes de la fase siguiente. En la fase C, que tiene lugar después de tres años y medio de empleo en la misma agencia, esta última debe necesariamente concluir con el trabajador un contrato de trabajo de duración indeterminada, garantizando todas las protecciones reconocidas por la legislación del derecho del trabajo.

Se encuentra una situación muy distinta en la República Checa y en África del Sur.

En la República Checa, no parece haber protección sindical. No existe en la práctica sindicatos en el interior de las agencias de trabajo temporal y los trabajadores temporales no se inscriben en un sindicato. Esto ocurre también en Croacia, en donde el contrato de suministro es todavía una novedad, y en donde no existe todavía de hecho organizaciones sindicales “dedicadas”.

Se puede hacer un discurso análogo para África del Sur. Se apunta la ausencia de todo mecanismo de negociación colectiva entre categorías de trabajadores temporales y sus empleadores.

Por fin debemos examinar el derecho prospectivo comunitario. Se dijo que en la propuesta de directiva comunitaria (2002/701) del 28.11.02, la figura del trabajador temporal tenía un doble perfil sindical, pero limitado.

El artículo 7 precisa que se toman en consideración para calcular límites de ocupación aquellos sobre los cuales están construidos, el los ordenamientos judiciales internos de los Estados miembros, las instancias de representación de los trabajadores. Esto es válido para los proveedores (en donde los trabajadores son asalariados) pero también si los Estados lo prevén, en la relación entre el utilizador y el trabajador durante el periodo de trabajo.

El artículo 8 prevé el derecho a las instancias representativas de trabajadores de la empresa utilizadora de ser informado del eventual recurso al trabajo temporal, en el marco más general de una información sobre la situación del empleo en la empresa.

7. El sistema de sanción en las hipótesis de recurso ilegítimo al suministro a la mano de obra

Mirando las sanciones previstas para asegurar el respeto de reglas relativas al suministro de mano de obra, se encuentran varias situaciones según los tipos de país. Cada ordenamiento judicial, de hecho, reacciona de manera distinta de frente a la violación de sus propias reglas en la materia. Sin embargo, es posible poner en evidencia una separación entre una presencia o una ausencia de mecanismo de imputación directa de la relación de trabajo hacia el utilizador.

7.1 Ordenamientos judiciales en los cuales está prevista la imputación, como sanción, de la relación de trabajo hacia el utilizador

En países como Alemania, Italia, Brasil, Polonia y Venezuela la utilización irregular de trabajadores temporales parece sancionable, con modalidades diferentes, por imputación de la relación hacia la persona del utilizador.

En Alemania, el desarrollo de la actividad de suministro sin autorización provoca la constitución de una relación de trabajo directa con el utilizador durante la misión, con pago de una multa por los dos sujetos que dan el trabajo. En Italia, y en Franciaexiste un modo de sanción complejo que se articula, por un lado, por la previsión de sanciones administrativas y penales, y por otra parte, por la constitución de una relación de trabajo directa con el utilizador, en esta hipótesis por contrato de trabajo de duración indeterminada. Esta última sanción constituye en realidad la principal disuasión a los recursos a las formas ilegítimas de trabajo temporal.

Brasil prevé también la transformación de la relación temporal en una relación directa con el utilizador.

En Polonia, la violación de los derechos de los trabajadores temporales es configurable en tres hipótesis. El primer tipo de violación consiste en la no-observación de las condiciones fijadas en la certificación de la agencia en el momento de la concisión de la autorización. En este caso, la agencia es borrada del registro. El segundo tipo de violación concierne los derechos de los trabajadores. Por ejemplo, esto concierne la violación de las normas relativas a la seguridad, o la no-observación de las requisiciones imperativas relativas a la forma del contrato. En este caso, se aplica a la agencia las normas relativas a la responsabilidad previstas por el Código. Un tercer tipo de violación consiste en continuar la prestación más allá del término más allá del contrato, o del término fijado por la ley. La sanción prevista es en este caso la transformación (recalificación).

Las hipótesis de utilización irregular de los trabajadores temporales en Venezuela son previstas por la Ley Orgánica de Trabajo. Como sanción, la agencia pierde el calificativo de empleador para tomar el de intermediario. Los asalariados se ven atribuir las remuneraciones y las mismas condiciones de trabajo que los trabajadores directamente contratados por la empresa utilizadora. De manera análoga, en Perú, están previstos tres tipos de sanciones: En derecho del trabajo, previendo la imputación directa de la relación al utilizador, administrativa y fiscal.

7.2 Ordenamientos judiciales en los cuales no está prevista la imputación de la relación de trabajo hacia el utilizador

En gran parte de los otros países, las sanciones son meramente de carácter pecuniario, sin ninguna protección ulterior para el trabajador temporal.

En Grecia, se prevén sanciones pecuniarias, y una suspensión de la actividad en caso de ausencia de autorización. Además, cualquiera efectúa una actividad de suministro de mano de obra sin autorización puede ser condenado a dos años de cárcel y a una sanción pecuniaria, la ley establece una distinción entre las empresas (o agencias) generales, o especializadas. No se evoca imputación de la relación hacia el utilizador, incluso si este es considerado como empleador indirecto, y se tiene por responsable del pago de los salarios. En Croacia, a las consecuencias administrativas previstas para una serie de hipótesis (conclusión de un contrato privado de las cláusulas requeridas por la ley sobre el trabajo, empleo de un asalariado en una empresa utilizadora durante un periodo superior a un año, ausencia de comunicación a los sindicatos del número de trabajadores alquilados en la empresa y de las razones de recurso a esta mano de obra, ausencia de transacción legal realizada con la agencia, ausencia de número de la agencia inscrito en el registro ministerial, envío de un trabajador con el utilizador sin haberlo empleado, o regularmente empleado) se suman sanciones penales.

En Austria y en la República Checa, las sanciones aplicables son de carácter exclusivamente pecuniario (en Austria, no muy disuasivas) en hipótesis de suministro sin licencia. En España, las sanciones administrativas pueden consistir en sanciones pecuniarias que varían en función de la gravedad de la infracción, o en la suspensión de la actividad, ver el retiro definitivo de la autorización.

Para intentar reducir el fenómeno de los suministros fraudulentos, en Holanda, en el verano 2005, las organizaciones de asalariados y de empleadores firmaron un acuerdo colectivo para, como lo declararon, excluir las agencias ilegales del mercado. Estas organizaciones también pidieron al ministerio de asuntos sociales y del empleo que extendiese la eficacia del acuerdo al sector entero, para incluir también las empresas que, como los operadores ilegales, no están regularmente inscritas con las organizaciones colectivas que participaron en el contrato. No obstante esta tentativa, es siempre difícil oponerse al problema del empleo ilegal, a causa de dificultades de prueba del carácter irregular de ciertas agencias. En todos casos, el gobierno holandés ha previsto una serie de sanciones administrativas y a previsto un control más profundo por parte de los inspectores del trabajo.

El empleo de los trabajadores irregulares no es tampoco sancionado de manera disuasiva en Méjico. Las sanciones pecuniarias se calculan tomando como base el cálculo cotidiano del salario mínimo general aplicable al lugar y el tiempo de comisión de la infracción, excepción hecha de las violaciones de mayor gravedad para las cuales la sanción es más severa.

Por fin, en algunos países, (por ejemplo África del Sur), si no hay sanción prevista para el ejercicio irregular de la actividad de suministro de mano de obra. Desde este punto de vista, la previsión de sanciones incluso únicamente pecuniarias o administrativas en general, presenta ya un freno a la difusión de prácticas ilegales fuertemente en contra de los intereses de los trabajadores, sobre todo si se considera que son las agencias ilegales las que más contratan a los trabajadores en violación de los estándares mínimos de trato.

VIII - CONCLUSIÓN: EL HILO DE ARIANA DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. El marco de la descentralización productiva trazado aquí, de manera a lo mejor impresionista, seguramente incompleta, determina bastante claramente el papel y la posición del derecho del trabajo. No ocupa el centro de la representación.

En el fresco, nuestra materia es una figura en el paisaje. Incluso a veces de fondo, de segundo plano. Todo esto no sólo en los países con una aproximación normativa débil en lo que concierne la fase expulsiva (transferencia de empresa) o los mecanismos de internalización (adjudicación, suministro de mano de obra, etc.), sino también para los sistemas que, habiendo desarrollado dispositivos jurídicos para algunos fenómenos típicos de la descentralización productiva "tradicional" (responsabilidad solidaria, paridad de trato, conservación del puesto de trabajo en caso de fenómeno de circulación de empresa, etc.) penan en adaptarlas al contexto actual. A menudo, estos disposiciones son desplazados, contrariados (transferencia de empresa), o realizan una regulación parcial disjunta (grupos y redes de empresas), o todavía se revelan totalmente inadecuados y obsoletos (nuevas obras autónomas, franquicia, etc.).

Sin embargo, presentar al derecho del trabajo como el invitado de piedra, discreto o silencioso, en la mesa de la descentralización productiva, no daría razón a la finalidad de nuestra materia y su función esencial de regulación.

La organización empresarial no sólo ha salido de la acción organizacional, sino también del ejercicio del poder de organización del jefe de empresa (o del management). Un poder que el derecho del trabajo se propone, tradicionalmente, de condicionar, rindiendo compatibles los imperativos de la

racionalidad económica con los valores que dependen jurídicamente de la protección de la persona que trabaja. Esta orientación del derecho del trabajo vale igualmente, y sobre todo, para la descentralización productiva, que es un proceso completo de reorganización capitalística, para tomar la medida en sus perfiles dinámicos, al interior de los cuales se debería poder inscribir, debidamente, las técnicas de reglamentación heterónomas como los dispositivos colectivos de control y de orientación del contrato.

No se trata, de toda evidencia, de pedirle al derecho del trabajo de volver a construir la "caja de acero" weberiana de la empresa fordista. La misión sería contraria a la historia, sin aliento y condenada a fracasar. Si es verdad - como escrito en la introducción de este informe - que la metáfora del laberinto describe bien la naturaleza de la empresa y la naturaleza del trabajo de hoy, le incumbe entonces al derecho del trabajo de desvainar un "hilo de Ariana" moderno, que orientaría los sujetos individuales y colectivos, permitiéndoles de no perderse en el proceso de descentralización, y capaz de reanudar, cuando es necesario, los hilos de la responsabilidad, particularmente cuando le descomposición de la empresa está prioritariamente volcada a hacer perder toda huella de verdadero "centro de provecho" y de poder de decisión de la estrategia productiva. Además, podemos decir, que en esta misión, el derecho del trabajo, involucrado en perfeccionar sus técnicas de cara a fenómenos cada vez más extendidos de externalización, se encuentra, con sus tradicionales modalidades de funcionamiento, en el entorno de una nueva idea de descentralización productiva, que, según algunos analistas, habrían alcanzado un nivel de "saturación" tal que se ha activado un recorrido inverso por parte de los empresarios. Esto sería por ejemplo demostrado por el comportamiento de las multinacionales japonesas. Estas, tras una larga fase de deslocalización, habrían iniciado una nueva extensión de su propia producción doméstica

La inadecuación denunciada de la intervención del derecho del trabajo puede servir de estimulante para un refinamiento de las técnicas de regulación. Pero se puede traducir en el mero enunciado de un vacío, que sería todavía más caricatural pues sería presentado tal un vacío absoluto. Se acabaría ignorando elementos no secundarios de la realidad normativa propia a los ordenamientos jurídicos examinados, dejando de lado sistemas y técnicas de regulación que deben por lo contrario ser examinadas en su complejidad, comprendiendo su inadecuación a veces estructural, a veces parcial, y , en algunos caso, su funcionalidad renovada.

2. Cierto, no es posible individualizar una actitud unívoca de los fenómenos de descentralización productiva en sus diversas formas y articulaciones, en el interior de macro-áreas geográficas del mundo. Son demasiadas las variables (tradiciones jurídicas locales, contexto institucional, relaciones político-sindicales, etc.) que influencian los meros países y diferencian las normas de naciones contiguas. Sin embargo, con una buena dosis de aproximación, es posible agregar algunas experiencias nacionales sobre la base de las organizaciones de fondo y de las influencias históricas que determinan las "posiciones" normativas de los diversos ordenamientos jurídicos.

Se ve por ejemplo una tendencia a la uniformidad característica de los países de derecho consuetudinario (Reino-Unido, EEUU, Canadá, Australia, Nueva-Zelanda). Estos países toman un rumbo liberal de frente a los mecanismos del suministro de mano de obra, de la adjudicación, del préstamo de e ignoran las dificultades y los vínculos previstos en otras partes.

Por un lado y por otro muestran una sensibilidad más desarrollada en términos de garantías para asegurar a los trabajadores formas organizacionales complejas (grupos de empresas, sistemas de empresas en red) en los fenómenos de circulación de empresa, donde las tentativas de pasar el obstáculo de la personalidad jurídica de meras empresas que confían trabajo llegan a resultados significativos en la elaboración del concepto de co-empleador. Se puede ver una organización análoga en algunos países del norte de Europa como Holanda y Suecia.

Los países de derecho civil de Europa continental como Francia, Alemania, Italia o Bélgica se caracterizan por una organización prudente, con una amplia articulación de la materia. La adjudicación, el suministro de mano de obra y el destino provisional están reglamentados con mucho cuidado, incluso si los vínculos se han ido atenuando con el tiempo, a menudo por una dosis de flexibilidad resultado de la negociación colectiva. El ámbito de los grupos de empresas es atacado con intensidad creciente en los países que ofrecen soluciones avanzadas sobre todo en el ámbito del contrato colectivo, como en Francia, o de manera menos compleja, en Alemania, mientras en el resto de los países europeos, a excepción de Gran-Bretaña, el dogma de la separación inducida por el velo de la personalidad jurídica empieza a ser puesto en tela de juicio. En cuanto a la transferencia de empresa, la reglamentación comunitaria a ejercido seguramente una influencia determinante en la predisposición de las garantías tradicionales individuales y colectivas sobre el control de casos excepcionales, incluso si permite realizaciones diferentes sea del legislador (Italia) sea de la jurisprudencia nacional.

El área latino-americana (Venezuela, Brasil, Uruguay, Perú, la Argentina, y, con menos similitudes, Méjico), marcada por obvias diferencias, presenta una tendencia a la uniformización de las realizaciones normativas: la desconfianza hacia las interposiciones ficticias, difundida en los mercados del trabajo los más difíciles y los menos dinámicos, se traduce por una reglamentación restrictiva en materia de adjudicación, de suministro y de préstamo de mano de obra, mientras estos países parecen menos equipados frente a los fenómenos de redes de empresas y de circulación de remas de empresas.

Una línea directiva análoga se encuentra en países muy distintos entre si, pero caracterizados por un mercado del trabajo difícil, como en Polonia, la República Checa, Grecia y Croacia, en los cuales prevalece una legislación de un molde que da garantías e individual.

Es a partir de estos elementos de comparación relativos a los mecanismos de control/contestación del fenómeno de descentralización productiva que parece oportuno empezar, para establecer la conclusión prospectiva de nuestra relación, para desenredar la madeja jurídica de estos nudos fundamentales.

3. Aun en el marco de la nueva economía, la cual ve crecer y llegar a madurez nuevas estructuras empresariales y nuevas geometrías organizacionales, el derecho del trabajo sigue persiguiendo importantes funciones de regulación, las cuales deben ser confirmadas o mejor dicho vueltas a pensar puesto que, a pesar de la diversidad de los accidentes, todos los informes nacionales ponen en evidencia la fragmentación del ciclo productivo, al interior de las fronteras de cada país, consintiendo determinar concretamente una degradación de las condiciones de trabajo y de las garantías de estabilidad del empleo.

Si la descentralización productiva transforma la empresa en una red o un laberinto, el derecho del trabajo debe lograr dosificar “contra-impulsos centralizadores”, capaces de recomponer las fronteras de la producción y de la empresa a partir de los centros de la decisión económica y de su correlativa responsabilidad jurídica, y de la “adaptaciones flexibles”, que, tomando en cuenta la dilución de la noción de empresa, individualizando lugares y actores pertinentes para la gestión de la descentralización y la defensa del trabajo. En este recorrido difícil de reglamentación, el derecho del trabajo no se puede limitar a secundar la desintegración de la empresa sobre la base de consideración de pura eficiencia económica, recientemente lanzada de nuevo en los países de la vieja Europa por un viento renovado de desregulación y de *law and economics.* El derecho del trabajo no debe tampoco a priori oponerse a las opciones empresariales y a las ventajas que las economías de redes presentan en términos no tan sólo económicos, pero también sociales y medioambientales. En esta fase de su historia, el derecho del trabajo debe pues desdoblar su mejor virtud, la del temperamento, de la proporción entre la racionalidad utilizadora del *homo economicus,* de la solidaridad y de la cooperación social.

En el terreno específico de los procesos de externalización, la puesta en proporción se expresa en el delicado deber de conjugar la libertad organizacional de la empresa - y pues el derecho de designar las fronteras del ciclo productivo de competencia directa - con la protección de los intereses de los trabajadores, evitando penalidades no justificadas, o bajas de las protecciones preexistentes.

Concretamente, un objetivo similar ambicioso es perseguido por diversos ordenamientos judiciales recurriendo a técnicas y modelos diferentes: cada uno corresponde a opciones de políticas legislativas específicas, cada uno comporta un grado diverso de condicionamiento de selecciones organizacionales del sistema productivo.

Si queremos clasificar estos modelos del más riguroso al más liberal, este sería el resultado:

a) La mayor compresión de la libertad organizacional de la empresa se da en los ordenamientos judiciales (poco numerosos) que no se contentan de envolver los procesos de externalización de garantías y de protecciones para los asalariados, pero que tienden a prohibir algunas formas de descentralización (prohibición de la adjudicación y del destino provisional en relación con ciertas actividades, límites causales rigurosos al suministro de mano de obra, etc.): aquí la falta de confianza en las fronteras de la segmentación empresarial y del empleo indirecto se traduce por una norma de tipo prohibicionista, una especie de pre-sanción absoluta de fraude hacia los derechos de los asalariados, que no admite prueba contraria.

b) En otros sistemas, más disponibles de frente a los procesos de externalización, la finalidad deseada no es la de crear obstáculos de manera general, sino la de seleccionar ciertos procesos sobre la base del tipo de ventaja deseado, legitimando tan sólo operaciones de descentralización dotadas de razones de especialización productiva y de economía de tipo logístico y organizacional poniendo trabas, por lo contrario, a aquellos en que la conveniencia económica se basa en un coste menor del trabajo. Cuando es necesario, la técnica empleada es el imponer la paridad de trato entre trabajadores dependientes de la empresa contratista, o, de manera subsidiaria la empresa proveedora de mano de obra, y los que en la empresa directa o indirectamente benefician de su trabajo (empresa utilizadora, o empresa madre en las redes). Cuando un coste menor del trabajo no permite tanto ganar más, la pertinencia de la operación estará en correlación con una ventaja de tipo industrial.

La paridad de trato, en sustancia, indica al operador económico que hay que perseguir una competitividad fundada en los distintos costes del trabajo, por la incitación de organizaciones optimizadas, de innovación de procesos y de producto, de especialización productiva y de mejor calidad del trabajo. Son las únicas ayudas pudiendo soportar la competencia mundializada, pues visto que los costes del trabajo no se pueden disminuir, el operador económico no puede competir con los países dedicados a una explotación intensiva de la mano de obra.

c) En la mayor parte de los Estados considerados, se prosigue la protección de los trabajadores en los procesos de descentralización no sobre el fundamento de la incidencia sobre la finalidad de la operación empresarial, sino tan sólo por la garantía de la satisfacción de créditos del trabajador "externalizado" o suministrado, aun en las hipótesis de falta de confianza del empleador "directo" (contratista, proveedor, etc.).

El instrumento técnico utilizado en estos casos es la obligación de solidaridad a cargo del comitente o del utilizador que es puesto en posición del deudor.

Diferente del modelo precedente, este modelo, que no ignora ciertas garantías, permite finalizar la externalización también a fines de competitividad de los costes (del trabajo) y no tan sólo en vistas a la realización de una pertinencia exclusivamente industrial.

Naturalmente, la ventaja para la empresa en el plan de los tratos económicos y normativos debe sin embargo ser regida siempre por reglas colectivas diferentes (aplicables al contratista o al adquisidor de la empresa), y no debe llevar a una mera exclusión de la reglamentación legislativa o contractual.

d) Un límite de otra índole es el que tiene una incidencia no tanto sobre la libertad organizacional del empresario sino sobre su autonomía contractual, impidiéndole concluir acuerdos con meros intermediarios de fuerza de trabajo, estos últimos limitándose en contratar trabajadores para enviarlos en la esfera directiva y organizacional del primero.

El instrumento técnico idóneo para sancionar tal práctica es la imputación de la relación de trabajo al sujeto que verdaderamente utiliza y dirige los trabajadores suministrados por un tercero que se pretende empleador.

Contrariamente a lo que se suele pensar, este modelo, que impone la coincidencia entre el titular de la relación de trabajo y el ejercicio de poderes de dirección y de control, no macula la autonomía organizacional del empresario - quien queda libre de segmentar de forma discrecional el aparato productivo y de preservar según sus deseos la gestión de una parte - sino impone tan sólo el respeto de una regla de transparencia sobre cuya base debe ser tenido jurídicamente por responsable - en calidad de empleador substancial - de todos los trabajadores que utiliza y dirige.

La prohibición difusa de trabajar con trabajadores otros encuentra, sin embargo, excepciones expresas en el caso de suministro de trabajo (trabajo interino) y de destino provisional (o préstamo de trabajadores), pero en el respeto de condiciones precisas y de ideas preconcebidas (variables según los ordenamientos judiciales).

e) Por último, para describir los diversos modelos de condicionamiento de la libertad organizacional del empresario, encontramos países en los cuales se ignora toda prohibición de interposición o de mero alquiler de la mano de obra. Esta última puede así ser contratada por un empleador, y luego ser enviada a trabajar con un utilizador sin ninguna protección o prohibición particular.

f) En otro plano, se encuentran finalmente los ordenamientos judiciales, que son pocos, que conocen formas de condicionamiento y de control sindical de los procesos en cuestión. Las obligaciones de información sobre las características de la operación industrial programada constituyen los instrumentos jurídicos apropiados.

La ventaja de un modelo es de prever una protección *ex ante*, mediante un control social sobre el carácter serio de la operación de descentralización calculada con antelación.

4. La incidencia diversa de las técnicas normativas frente a la libertad del empresario a destruir (desde un punto de vista jurídico, logístico y organizacional) el mecanismo productivo evidencia que el derecho del trabajo, a la vez que es un actor menor (o mejor dicho de peso menor variable) de la organización de la producción, prosigue un papel que va más allá del deseo de una pura racionalidad axiológica (o de valor) y que acaba condicionando directa o indirectamente las formas de organización de la sociedad y, en general, el funcionamiento del sistema económico. La evolución de la empresa (y de sus fronteras), como más generalmente las del mercado, que influencian de manera importante las reglas son a su vez - de manera circular - el producto de las instituciones y de las técnicas que las regulan: el derecho del trabajo contribuye, en definitiva, en configurar los fenómenos económico-organizacionales jugando un papel en relación con la eficiencia económica de la acción empresarial.

En efecto, para volver a los distintos modelos indicados, en el modelo extremo del a), la empresa es por ejemplo directamente obligada a operar con sus propios trabajadores, cuando en vez, hubiese preferido utilizar temporalmente trabajadores en alquiler o destino provisional con otras empresas; la técnica de la paridad de trato (modelo b) induce el empresario a optimizar la combinación y la eficiencia de los factores productivos sin poder tener recurso a la ayuda de la competitividad basada en el coste menor del trabajo; la solidaridad a cargo del comitente o del el utilizador (modelo c), hiendo más allá de la función típica de la diferencia directa de fenómenos fraudulentos, se vuelve estratégica como criterio de orientación de la acción organizacional del empresario. Tal vínculo orienta la selección de la empresa principal en la hora de seleccionar al partenario comercial. De manera más explícita, por la previsión normativa de un régimen de responsabilidad solidaria, el comportamiento de la empresa

comitente es condicionado por una regla jurídica que hace que en caso de atribución de la adjudicación a un actor económico no fiable del punto de vista de la eficiencia o de la solidez financiera, la ventaja inicial determinada por la transferencia del riesgo acabaría siendo compensada negativamente por un nuevo riesgo ocasionado por la futura inejecución del partenario de cara a los salarios de los trabajadores y de la consecuencia de una exposición de la deuda de la empresa principal de cara a los asalariados dependientes de la empresa auxiliar.

Hoy en día, en el contexto caracterizado por el presión constante hacia la descentralización productiva, la técnica normativa de la responsabilidad solidaria parece poder asumir una función estratégica, y no tan sólo en el terreno específico del derecho del trabajo, sino también en el terreno más amplio económico-productivo: el carácter operacional del principio de responsabilidad solidaria, a conservar o implementar según la mayor o menor adecuación de los ordenamientos judiciales considerados, puede de hecho servir a determinar de manera relevante los comportamientos de los operadores económicos, por un lado contrastando la vía baja de la descentralización productiva determinada por pura voluntad de deducir los costes, y por el otro lado, favoreciendo la vía alta o virtuosa de la reorganización orientada hacia la especialización flexible.

5. En lo que se refiere a la actualidad y a la eficacia de las técnicas de regulación del derecho del trabajo, es posible distinguir tres áreas: a) los modelos tradicionales de regulación, que siguen conservando su eficacia, y, parecen asumir una valencia, un valor estratégico renovado con respecto a la eficiencia del sistema productivo en su totalidad; b) las instituciones que perduran en derecho positivo, pero cambian de signo en el empleo económico-organizacional y son a veces desviadas en transformaciones del sistema productivo, por lo cual se debe intervenir necesariamente con nuevas modulaciones y correcciones para renovar su rasgo protector; c) las instituciones investidas por la descentralización que no encuentran una organización definida en la legislación en vigor.

Intentemos analizar estos grupos de dispositivos de regulación:

a) Los sistemas de responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la empresa auxiliar para los créditos vinculados al trabajo de los asalariados que efectúan sus prestaciones con el subcontratista, y los vínculos de paridad de trato, parecen constituir un buen ejemplo del primer tipo de dispositivo.

En lo que se refiere a la responsabilidad solidaria, hemos ya evidenciado los perfiles clásicos de la institución, subrayando la función esencial de garantía y el límite principal: El sistema de solidaridad, tradicionalmente destinado a la finalidad de asegurar la satisfacción de los créditos del trabajo de frente a la inejecución del empleador formal, intervienen, técnicamente, antes del fenómeno de descentralización, curando las patologías las más consistentes, y evitando que queden privadas de compensación las actividades efectuadas por los trabajadores subordinados al beneficio de la empresa que los a alquilado a terceros - el subcontratista que falla con respecto a sus asalariados - para la ejecución de una obra o de un servicio.

Más incisivo, el principio de paridad, que neutraliza eficazmente las rupturas de igualdad inducida por los procesos de fragmentación de empresa.

Además de una función directa de garantía, los dos dispositivos jurídicos en cuestión persiguen de manera a penas aclaradas, por vías medianas o indirectas, una influencia eficaz sobre los caracteres de la operación de externalización.

La técnica de la responsabilidad solidaria no penaliza los procesos de descentralización lícitos. Más sencillamente, la legislación del derecho del trabajo confecciona un dispositivo legal, o si se prefiere un antídoto normativo, capaz de inmunizar - en parte - a los trabajadores atrapados en el proceso de terciarización del problema de alteridad formal jurídica por parte de quien implementa la descentralización, haciendo co-responsable al beneficiario del servicio externalizado, incluso más allá de todo mecanismo de imputación directa de las relaciones de trabajo.

En esta perspectiva, el derecho del trabajo manifiesta un respeto excesivo de cara al puro terreno de la legalidad en las prácticas de descentralización y va demasiado lejos, en lo que se refiere a los efectos de las técnicas empleadas con respecto a las fronteras de su racionalidad "propia" para tomar, con igual dignidad, los itinerarios de la economía: la dialéctica entre racionalidad económica y forma jurídica se enriquece de nuevos elementos, haciendo potencialmente más fértil y articulado el diálogo - históricamente difícil - entre economistas y juristas del derecho del trabajo.

b) Las otras instituciones del derecho del trabajo, en el campo de los procesos de descentralización productiva, son puestas en relieve por oposición a la legislación del trabajo que las había librado. El ejemplo de principio es el de la transferencia de empresa, o más precisamente, de la transferencia de parte de la empresa.

Imaginada para proteger al trabajador, garantizando una continuidad a las relaciones de trabajo en caso de cambio del titular de la organización productiva, la norma sobre la transferencia de empresa parece haber padecido, en el transcurso del tiempo, una verdadera torsión semántica e interpretativa. Primero los actores económicos, después la jurisprudencia y por fin en algunos casos la legislación, determinaron y secundaron una conversión del sentido de la institución, la cual, elaborada para garantizar una protección a los trabajadores expuestos a los fenómenos de circulación de la empresa o de parte de la empresa, para facilitar su paso de una empresa a otra, dejando de lado su consentimiento, y favoreciendo así los procesos de terciarización y de descentralización funcional.

En Europa, por ejemplo, donde la institución conoce una regulación parcialmente uniforme, con el auge de los fenómenos de descomposición de complejos de producción y la evolución inmaterial de la producción, la jurisprudencia comunitaria, así como, en muchas hipótesis, la de los Estados miembros, han progresivamente ampliado las nociones de empresa y de parte de empresa, con la consecuencia de dispensar los actores económicos de las "horcas caudinas" del consentimiento del trabajador cedido, normalmente debido en aplicación de las reglas civilistas generales de derecho de los contratos comunes a las diversas legislaciones nacionales.

Sin embargo, no se puede decir que la norma comunitaria y la legislación de muchos Estados miembros han renunciado a un control de los hechos del caso, imponiendo y averiguando la requisición de una autonomía funcional por parte de la empresa y la conservación de su identidad en la transferencia. Sin embargo, algunas legislaciones nacionales, como el legislador italiano de 2003, han deliberadamente alegado el procedimiento, haciendo correr un riesgo importante de fenómenos incontrolados de desmembramiento y de fragmentación de los complejos industriales.

De frente a las transformaciones intervenidas en las dinámicas organizacionales, y, en consecuencia, en las formas operativas de los dispositivos jurídicos, no es extraño preguntarse si no sería oportuno, en este contexto, por una parte afinar técnicas de control de los hechos del caso, valorizando las requisiciones organizacionales de la transferencia establecidas por la jurisprudencia comunitaria; del otro, de evaluar algunas técnicas de protección en el plan individual, que ya fueron objeto de examen en jurisprudencia nacional, como por ejemplo el derecho de oposición del trabajador, calificado de fundamental por la CJCE, y reconocido en algunos ordenamientos judiciales europeos (Alemania, Austria, Suiza), y extra-europeos (Japón). Por fin, se podrían incrementar los mecanismos de gobierno colectivo de los fenómenos de externalización, para garantizar, en la medida de lo posible, la posición jurídica subjetiva de los trabajadores implicados, reduciendo los efectos socialmente negativos de los procesos de reestructuración de empresa.

La primera perspectiva (el control de los hechos del caso) no debe ser apreciada como una rigidez inútil contraria a la racionalidad económica, sino como una contribución al derecho del trabajo, a una lectura más ordenada de esta racionalidad, destinada a hacer obstáculo a prácticas deterioradas de descentralización productiva, sin limitar las externalizaciones "de calidad" orientadas por una especialización profesional.

La segunda perspectiva (derecho de oposición) debe por lo contrario ser avaluada con cierta problemática. Si, por una parte, la previsión de un derecho de oposición refuerza la dimensión de protección individual, por otra, puede entrar en colisión con lógicas de protección sindical colectiva, pudiendo además hacer obstáculo a fenómenos fisiológicos de transferencia.

La tercera perspectiva, codificada por el legislador europeo por los mecanismos de la información t de la consulta, debería evolucionar de manera siempre más participativa comprendiendo no tan sólo la decisión de efectuar la transferencia, sino también la estrategia económica y financiera de la empresa (cambio de objetivos de producción, cambio de sector, diversificación de las inversiones, etc.).

c) En el caso de la descentralización productiva, se encuentra, todavía hoy, vacíos jurídicos significativos en derecho del trabajo. Estos vacíos dan, muchos de ellos, la alarma que debe retener la atención de los juristas del derecho del trabajo, y los legisladores nacionales y supranacionales.

El hecho más preocupante - si se deja de lado el problema opuesto de la efervescencia de los empleadores en particular en el mundo de las grandes empresas - concierne la exclusión de toda protección de derecho del trabajo para las formas de integración de la actividad laboral en otros procesos productivos no sometidos a la subordinación técnico- jurídica. Si es verdad que el capitalismo molecular tiende a entrar a cada vez más en la micro-empresa y en el trabajo autónomo coordenado a la empresa, comprendida como el anillo último de la descentralización de la actividad productiva a favor de un simple sujeto, hay que ver como el fenómeno del trabajo económicamente dependiente no está, actualmente, en el centro del derecho del trabajo, pero reside en las afueras, con efectos perversos hasta el terreno de la igualdad.

Sin embargo, poco a poco, el criterio de la dependencia económica es acreditado en la reflexión jurídica sobre la evolución de la subordinación y sobre la significación de la "nueve autonomía" en las dinámicas actuales del mercado del trabajo. A esto se egrega, por otra parte, una temática sobre la justicia en los intercambios y sobre las relaciones de poder de la empresa, que atraviesa todo el derecho de los contratos, encontrando puntos comunes no tan sólo con los contratos dichos de consumidores, sino también en las experiencias legislativas relativas al abuso de dependencia económica en las relaciones verticales entre empresas, y, por fin, en el campo de los principios de la *lex mercatoria* que regulan los contratos internacionales (principios Unidroit).

En esta óptica, no se debe excluir que la dependencia económica pueda conducir a una nueva consideración unitaria del trabajo autónomo en el marco de un pensamiento nuevo mundial de la alternativa histórica entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, en la perspectiva de una tendencia a la consideración unitaria de trabajos efectuados para un tercero: una espacie de *unitas multiplex* que - como lo describía Massimo D'Antona - , conduce a considerar el trabajo como "instrumento jurídico", o como estructura de fenómenos normativos que conciernen la integración del trabajo humano en los procesos productivos y las organizaciones. Esto conduce también a modular racionalmente los mecanismos de protección hoy totalmente desequilibrados a la ventaja del solo trabajo subordinado. Naturalmente, al interior de esta amplia categoría jurídica indiferenciada, se debería conservar un relieve, para garantizar protecciones, al nivel de exposición frente a los poderes de dirección y de coordinación del empleador.

6. Esta tentativa provisoria de rearticular, en una síntesis final, algunos dardos y elementos de razonamiento contenidos en los informes nacionales, debe medirse con algunas indicaciones transversales claras de un punto de vista metodológico.

1) La primera de estas indicaciones conduce a pensar en los vínculos entre descentralización productiva y mundialización económica, con el resultado de un aumento de la presión competitiva y de las potenciales divisiones técnicas y sociales del trabajo, con un efecto de fingir "economías de contigüidad" a favor de redes del comercio internacional y de la división mundial de la producción.

Queda muy claro frente a los procesos de mundialización económica, a que punto el derecho estatal solo no es suficiente para dar una respuesta adecuada. La empresa que se desverticaliza internacionalizando la cadena de valores evita las reglas estatales, se emancipa de los condicionamientos locales, y explota los diferenciales legislativos en una lógica de shopping normativo que pone en competencia los sistemas jurídicos y sociales. Insuficiencias análogas pueden ser atribuidas a la legislación de soporte de las dinámicas de negociación colectiva - donde existe - y a la organización misma de los sindicatos, los cuales corriendo el riesgo de limitar su horizonte a las fronteras en que nacieron y se criaron, mientras los procesos de descentralización han rebasado ya estas fronteras, como lo vimos anteriormente con los grupos de empresa.

Un primer elemento esencial reside pues en la necesidad de examinar la oportunidad de intervenciones reguladoras de naturaleza supranacional, no por fuerza a escala planetaria, y no por fuerza basada en las normas rígidas e imperativas.

Algunas respuestas pueden ser formuladas en la empresa multinacional misma, la cual, por una serie de razones sobre las cuales no nos podemos atrasar, desarrolla estrategias de "auto normatividad", normalizando sus propios comportamientos por la adopción de códigos de conducta y de carta éticas y adoptando prácticas de responsabilidad social. Las empresas globales intervendrán directamente, en un futuro próximo, para sostener algunos costes sociales y una serie de técnicas jurídicas nuevas deberán ser movilizadas para asegurar el control de los subcontratistas en las relaciones comerciales entre empresas en lo que se refiere al respeto de los estándares normativo, en un guión que marca una armonización entre técnicas "heteroreguladoras" (a menudo ineficaces) y prácticas fundadas en la ley blanda.

Sería también oportuno evaluar la influencia de los tratados regionales, los cuales - como lo han subrayado algunos informes de países del TLCAN, ahora TLCAC - pueden condicionar de manera relevante los derechos del trabajo de los países miembros, reforzando las relaciones internacionales entre organizaciones sindicales, y estableciendo antidotas y dispositivos idóneos para salvaguardar la operatividad de las técnicas del derecho del trabajo.

Mirando las áreas regionales conociendo ya campos de regulación común - como por ejemplo los países de la UE -, es necesario proceder a la implementación de materias uniformes, manteniendo como elemento constitutivo del proceso de armonización de los derechos nacionales la "cláusula de no regresión", la cual permite proceder a prácticas más o menos acentuadas de homogeneización normativa sin renunciar a las protecciones conquistadas por los ordenamientos judiciales los más avanzados, y de impedir que estos ordenamientos judiciales retrocedan frente a una perspectiva común, pudiendo por lo contrario representar, como para Francia en el panorama europeo, un modelo de referencia - bajo diversos puntos de vista - para la legislación comunitaria y la de los Estados miembros.

2) Un segundo punto del cual hay que tener cuenta concierne los vínculos entre la descentralización productiva y la noción de empleador, con consecuencias a nivel individual y colectivo.

La situación del estatuto de empleador, caracterizada por la mezcla entre estructuras tradicionales de afiliación de empresas auxiliares, formación de grupos de diferentes niveles, externalización de actividad, adjudicaciones internas y externas, y transformación de la organización tradicional en red de actividad económica, tiende a hacer invisible el poder real sobre el cual debe dirigirse la acción sindical y, al mismo tiempo, somete a dura prueba la tradicional comunidad de intereses de los trabajadores, y su solidaridad.

Si, en cada ordenamiento judicial son sobre todo los jueces los que se esfuerzan en volver a encontrar la responsabilidad original a lo largo de los anillos, a veces finos a veces gruesos - como en la franquicia - de la cadena contractual, falta, en el plano normativo, formas de realización de gobierno jurídico de los "co" o "pluri" empleadores.

Por su parte, las organizaciones sindicales concentran todavía la mirada hacia lugares tradicionales, mientras el lugar va perdiendo importancia, y aparece desordenado, como si fuese observado a través de la lentejuela de un calidoscopio. Así, la protección normativa, (sobre todo en la vertiente del contrato colectivo), se fragmenta y se diversifica tanto como la empresa y el derecho sindical en vez de perseguir un objetivo de igualdad y de diferencia calibrada, se descubre abandonando el primero (la igualdad) y subir el segundo (diferencia) de manera incontrolada.

Esta acción sindical es tanto más difícil que aparecen tendencias contradictorias, por una parte de concentración del poder económico y de control, y por otra parte de descentralización de las estructuras operacionales. La fragmentación de la producción continuada a través del instrumento de la empresa de red, al aumento del comercio de los bienes intermediarios, al detrimento de los productos acabados, que separa la actividad de más bajo valor añadido de la actividad de contenido técnico-profesional más rentable, han determinado una nueva división del trabajo y de la producción mundial en el mercado mundial.

De frente a estos procesos, las instituciones tradicionales del derecho del trabajo, individuales y colectivas, se muestran sin lugar a duda inadecuadas por no decir obsoletas. Unánimemente muchos informes nacionales se preguntan ¿de que sirve un convenio colectivo de ramas cuando una rama es sacudida por un convenio colectivo de empresa cuando la empresa es transformada en red de empresas?

Sin embargo, ir en contra de este proyecto de reorganización industrial significaría tomar una posición antihistórica: ni más ni menos como en su tiempo pretender negarse al alba de la revolución industrial, a que entren las máquinas en las fábricas, o, más tarde, las técnicas de organización fordistas de producción, o todavía, más recientemente, las tecnologías informáticas de la última revolución telemática. Se puede y se debe controlar los eventuales efectos y consecuencias negativas de estas tecnologías frente a los trabajadores dependientes, pero no podemos desconocer su alcance determinante en la evolución y la mejora de los procesos productivos.

Así, sería inútil querer hacer obstáculo al irresistible proceso de descentralización de la producción, que es alimentado inexorablemente por razones de competencia mundial; por lo contrario, es realista y practicable intentar construir nuevos antidotas en derecho del trabajo, idóneos para servir de pararrayos para los intereses de los trabajadores. As tarde o temprano, será necesario experimentar el rebasar los criterios tradicionales según los cuales se individualiza empleador y empresa. Habría que reconocer jurídicamente las correlaciones efectivas entre los poderes que determinan las condiciones concretas de trabajo. Las soluciones no deberán y no podrán ser uniformes. Lo esencial es yuxtaponer, frente a la flexibilidad de las estructuras actuales, una nueva noción flexible de empleador. Al mismo tiempo, se debe acompañar la flexibilidad de las relaciones de trabajo individuales con la flexibilidad de las instituciones colectivas del derecho sindical, para ganar una adaptación de intereses colectivos de los trabajadores a las nuevas estructuras productivas.

Para contestar a estas preguntas, es urgente poner adelante una nueva concepción de la empresa alineada con las formas de estructuración que las organizaciones productivas han desarrollado, y, a través de esto, una nueva concepción del empleador en un tiempo unitario y plural.

Sobre este modelo de grupo de empresa al cual se refiere el derecho comercial, se podría hacer referencia a un grupo de empleadores, para hacer compartir los riesgos y los costes del trabajo, y para desarrollar nuevas formas de presencia colectiva. Dos ejemplos pueden clarificar esta perspectiva.

a) En donde se concentran una multiplicidad de empleadores en el campo de un mismo sitio « colectivo » de trabajo (convergencia de trabajo suministrado, terciarización intra moenia, etc.), en vez de un empleador único que toma toda la responsabilidad legal, se debería llegar a una co-división de las responsabilidades entre ordenante y subcontratista, o a formas más estrechas de responsabilidad entre empleadores para algunas obligaciones como esto se verifica en algunos ordenamientos judiciales examinados, por instrumentos individuales (como la solidaridad entre varios empleadores y la

paridad de trato entre asalariados) y colectivos (como la creación de un comité unitario de higiene y de seguridad, a la constitución de una representación sindical de "sitio".

b) Cuando el empleador se insiere en el mecanismo organizacional completo (grupo de empresas, red de empresas jerárquicamente dependientes), y que los trabajadores se encuentran en una situación de dependencia de un centro de decisión económico distinto del empleador formal, se debería activar dispositivos de "conexión" entre los dos (o más) sujetos empresariales, a nivel colectivo (forma de representación colectiva de grupo) e individual (sobre el ejemplo de los *associated employers* anglo-sajones).

En cierta medida, la reconstrucción de las relaciones colectivas adecuadas a la nueva subjetividad empresarial puede ser fomentada sin hacer que se tambalee el marco del sistema jurídico actual. Las negociaciones de rama podrían ser adaptadas a nivel del grupo o de la red de empresa y/o podría también recurrir, en algunas regiones del mundo, a la técnica del derecho blando (acuerdos programáticos, marco, procedimientos). Lo esencial, es aceptar que en donde se manifiestan intereses comunes a los trabajadores, es legítimo defenderlos utilizando el instrumento del derecho colectivo. Sería suficiente, para empezar, introducir una disposición general confiriendo a los trabajadores el derecho de dotarse de instituciones colectivas a todo nivel, en donde piensan que sus intereses comunes son puestos en tela de juicio.

Los obstáculos a esta renovación de la organización y de la estrategia en el campo de las relaciones colectivas no residen tan sólo en el equilibrio del derecho, o en la oposición de los empresarios, sino también en la tradición sindical, que ha crecido en el marco de la empresa fordista y está condicionada por la rigidez de esta estructura. Pero a veces, una iniciativa normativa - aun bajo la forma de derecho blando que permite traducciones y aplicaciones altamente diferenciadas y flexibles - puede indicar la ruta y solicitar el desarrollo de nuevas dinámicas sociales por área geográfica, como esto empieza a llegar tímidamente en Europa tras la directiva comunitaria relativa al Comité de Empresa Europeo.

En conclusión, mientras el derecho moderno del trabajo se concentró a menudo en el combate de la flexibilidad en las relaciones individuales de trabajo y sus mecanismos conexos de descentralización, sería útil, y a lo mejor posible, utilizar la flexibilidad con otra finalidad: flexibilizando las nociones de empleador y de instituciones colectivas, por la construcción jurídica de nuevas comunidades de trabajo que permitan encontrar nuevas solidaridades. En este sentido se podría hablar, ya no en sentido único, de derecho del trabajo flexible.

Además, nada es más flexible que un hilo que se va desenredando por un laberinto.