

LA EXTERNALIZACIÓN DEL EMPLEO EN FRANCIA

GILLES AUZERO*

ÍNDICE

1. Introducción

2. Las formas jurídicas de la externalización; 2.1. El recurso a las técnicas del derecho de sociedades; 2.2. El recurso a las técnicas contractuales

3. El régimen jurídico de la externalización; 3.1. La externalización ilícita; 3.2. La externalización lícita

1. INTRODUCCIÓN

La exteriorización del empleo, llamada todavía externalización, ha tomado en los últimos años en Francia una importancia muy particular. Esta externalización contribuye a un fenómeno de fragmentación de la empresa que ha sido objeto de análisis por la doctrina¹; y que viene a poner nuevamente en tela de juicio lo que llamamos, en el vocabulario de las relaciones industriales, el “modelo fordista”. Este modelo es el de la gran empresa industrial que asegura una producción en masa, basada en la especialización de las tareas y de las competencias, y articulada sobre una organización piramidal del trabajo. Por lo que se refiere a las relaciones de trabajo, este modelo se apoya en los contratos de trabajo a tiempo completo de duración indefinida y estandarizados, creados sobre el intercambio entre un alto nivel de subordinación y de control disciplinario por el empresario y un alto nivel de estabilidad y de garantías para el empleado.

Este esquema se pone hoy en tela de juicio bajo la triple influencia de la elevación del nivel de competencia y de cualificación, de la presión creciente de la concurrencia sobre los mercados más abiertos, y de la aceleración del progreso técnico. Partiendo de esto, se desarrollan otros modelos de organización del trabajo que conllevan la fragmentación de la empresa y sobre todo de la colectividad de trabajo. Pero esto reenvía a situaciones disparatadas que un

*Maîtres de conférences, COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV. Texto traducido por María Luisa Pérez Guerrero.

¹ Sobre este fenómeno, ver especialmente A. Lyon Caen “A propos de l’entreprise éclatée”, *Droit ouvrier*, 1981, p. 127; M Jeantin, “La entreprise éclatée: intérêts d’une approche commercialiste du problème”, *Droit ouvrier*, 1981, p. 118.

autor ha reagrupado destacando que: "los trabajadores observan que cada vez más frecuentemente existe una disociación entre aquel que se presenta inicialmente como su empleador y aquel que utiliza su fuerza de trabajo (...). A una relación binaria –trabajador, empresario- sustituye una relación triangular –trabajador, empresario y "usuario del servicio"².

El trabajo temporal se presenta como el arquetipo de esta relación triangular de trabajo y por tanto de la externalización del empleo. Pero este nuevo modo de organización del trabajo no se verá reducido a esta figura jurídica solo, sino que otras técnicas cubren también este objetivo.

Podemos partir entonces de la constatación de que la empresa moderna no es más que un mundo cerrado que activan sus propios trabajadores. Ciertas tareas, que antes eran realizadas por las propias empresas con sus efectivos, se confían ahora a sociedades prestatarias de servicios o contratistas. Esta evolución reposa sobre diferentes factores de importancia variable según las épocas y las empresas implicadas³. Un primer factor lo constituye la voluntad de las empresas de reducir sus costes y el volumen de cargas fijas. Esta preocupación cuya importancia no debe minimizarse, permite sobre todo explicar la externalización en la realización de las tareas de escasa cualificación⁴. En las tareas cualificadas puede recurrirse a la externalización por la influencia del progreso técnico; factor que ha elevado la cualificación requerida para el ejercicio de ciertas funciones, y ha llevado a las empresas a recurrir a sociedades externas principalmente en materia de nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

En definitiva, en un contexto de concurrencia nacional, pero sobre todo internacional, ciertas empresas sienten la necesidad de colaborar entre sí para la elaboración de un producto. Diferentes empresas se reagrupan así en una misma red (funcional o territorial) para poner en común sus técnicas y su "known-how" en la realización de un producto determinado.

Esto explica, entendemos, el interés de las empresas por el recurso a este sistema, que procede de la evolución en la organización del trabajo, destinado a permitirles disponer de un máximo de flexibilidad y de poder recurrir a los métodos de gestión más competitivos⁵. Para atender a este objetivo, las empresas disponen de diferentes técnicas jurídicas ofrecidas por el derecho positivo. Toda la dificultad proviene aquí del hecho de que estas diferentes técnicas, que se basan todas en el contrato, no afectan a una sola materia, sino que se ubican al menos en tres ramas de nuestro derecho privado: el derecho

del trabajo, el derecho civil y el derecho mercantil. Pero la "compartimentación" que sufre hoy nuestro derecho positivo, esa especialización desenfadada va en detrimento del interés de los trabajadores.

El punto común de estas diferencias técnicas es crear, sobre una base contractual, una relación triangular entre una empresa usuaria, el empresario que proporciona sus trabajadores y los propios trabajadores. Estas relaciones serán entonces más o menos completas según el grado de sofisticación que las partes hayan dado a sus relaciones en el contrato. Sin caer en una generalización excesiva, es necesario constatar que el interés de los trabajadores no ocupa aquí un primer plano. Por lo que el legislador se ha visto obligado a elaborar ciertas reglas para garantizar la protección de estos intereses. En primer lugar encontramos en la ley una regulación jurídica muy estricta del trabajo temporal. En segundo lugar, y como una prolongación de esta regulación, el legislador se preocupa de sancionar las operaciones ilícitas de préstamo de mano de obra, donde los intereses de los trabajadores son violados de manera evidente. En compensación, tratándose de operaciones de externalización lícita, como el trabajo temporal⁶, se prevén gran número de garantías para los trabajadores. Sin embargo, no es cierto que en estos casos, la situación de los trabajadores sea más envidiable. Así, en la actualidad, muchos autores reclaman un mayor número de garantías para estos trabajadores⁷.

En definitiva, es evidente que las técnicas jurídicas de externalización del empleo utilizadas por los empresarios reclaman una delimitación clara entre lo lícito y lo ilícito, sabiendo que debe darse cierta importancia a los objetivos perseguidos por las empresas que utilizan estas formas atípicas de organización del trabajo. De esta delimitación deriva entonces el grado de protección de los trabajadores implicados en un proceso de externalización, en la medida en que la regulación jurídica será más o menos estricta según las técnicas utilizadas. También es importante describir desde un primer momento cuales son las formas jurídicas de la externalización del empleo, teniendo que determinar cuales, o cual debería ser, su encuadramiento jurídico.

2. LAS FORMAS JURÍDICAS DE LA EXTERNALIZACIÓN

La externalización del empleo puede tomar diversas formas, en función de la imaginación y de las necesidades de las empresas que recurren a ella. Estas técnicas tienen sin embargo en común el hecho de que suponen una disociación jurídica entre el empleador oficial y el usuario de la fuerza de trabajo y por tanto una fragmentación de la colectividad de trabajo. El trabajador no parece así más que una variable en una política de gestión de mano de obra. En efecto,

⁶ Trabajo temporal, al cual conviene adjuntar la posibilidad de recurrir a asociaciones intermediarias o a agrupaciones de empresarios, hipótesis lícitas y reglamentadas de externalización del empleo.

⁷ V. a nivel europeo, A. Supiot et alii, op. cit. p. 49 y ss. En Francia, M.L. Morin, "Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale", Droit social, 1999, p. 681.

² A. Lyon Caen, op. cit. p. 127.

³ Sobre esta evolución, A. Supiot (coordinador), « Au-delà de l'emploi. Les transformations du travail et le devenir du droit du travail en Europe », Rapport pour la Commission européenne, Falmarion, 1999. Traducción española bajo el título Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, ed. Tirant lo blanch, Valencia 1999.

⁴ Limpieza, jardinería, restauración de personal...

⁵ En este sentido, H. Blaise, « A la frontière du licite et de l'illicite : la fourniture de main-d'oeuvre », Dr. Soc. 1990, p. 418.

entre el trabajador oficial y el usuario de la fuerza de trabajo, hay una relación comercial o una relación contractual. La relación de trabajo viene por tanto a incorporarse a estas dos relaciones. El Derecho del trabajo, principalmente por el sesgo provocado por el trabajo temporal, ha regulado en cierto modo estas relaciones triangulares. Estas fórmulas nos muestran muy parcialmente el refinamiento que existe hoy en las formas de externalización del empleo. Podemos clasificarlas en dos grupos según se acuda a técnicas de derecho de sociedades o a técnicas contractuales.

2.1. El recurso a las técnicas del derecho de sociedades

La externalización de la mano de obra puede resultar de diferentes técnicas. Puede antes de nada derivarse de la instauración de relaciones financieras particulares entre diferentes sociedades. Se trata de la hipótesis donde una sociedad llamada sociedad madre, va a poseer participaciones más o menos importantes en otras sociedades. Hablaremos de filial cuando una sociedad tiene más de la mitad de su capital dominado por la sociedad madre y de participación cuando esta última tenga entre el 10 y el 50% del capital de la sociedad dominada. En un esquema como este, la sociedad madre puede convertirse en una sociedad holding cuando cesa toda actividad industrial o comercial para consagrarse al ejercicio del poder sobre las sociedades del grupo. Así, la constitución de un holding por transformación de una sociedad existente es un factor nada despreciable de externalización del empleo. La sociedad holding cesa toda actividad y sus trabajadores serán transferidos a las filiales de producción y de comercialización.

Del mismo modo, el fenómeno de externalización de la mano de obra podrá realizarse en el interior de un mismo grupo, de forma que ciertos trabajadores son llamados a prestar sus servicios no en una sola sociedad, sino en diferentes sociedades del grupo, por el juego de las puestas a disposición o de destacamentos de personal entre las diferentes entidades que componen el grupo. Pero es sobre todo la filial común, estructura de colaboración entre empresas, la que permite la externalización de la mano de obra. La creación de una filial común conduce con frecuencia a dar una autonomía jurídica a servicios anteriormente integrados en las sociedades que han creado la filial. Esta posibilidad fue regulada por el legislador francés que introdujo recientemente en el derecho de sociedades una nueva forma societaria que permite sin muchas restricciones, la creación de filiales comunes. Se trata de la sociedad por acciones simplificadas (SAS) introducida en nuestro derecho positivo por la Ley de 3 de enero de 1994⁸ y modificada recientemente, para hacerla más flexible, por la Ley de 12 de julio de 1999⁹. Una de las mayores ventajas de esta forma societaria es permitir la creación de un auténtico "joint-venture" a la

⁸ M. Germain, "La société par actions simplifiée", JCP E, 1994, I, 341; A. Couret et P. Le Cannu, "La société par action simplifiée", ed. GLN, 1994.

⁹ Sobre esta ley, v. M. Germain "La SAS libérée", JCP E, 1999, n°39, p. 1505; P. Le Cannu, "La SAS pour tous", Bull. Joly, 1999, p. 841; J. Pailhousseau, "La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés", D, 1999, p. 333.

francesa entre sociedades diferentes, mientras que previamente, la creación de una filial común debía acompañarse de la firma de pactos de accionistas cuya validez está parcialmente admitida por el derecho positivo. Aunque en un primer momento se reservó a las personas jurídicas, la sociedad por acciones simplificadas está hoy abierta a las personas físicas, que pueden crear una sociedad donde la libertad de organización es la regla. Así, dos sociedades pueden crear una SAS para la realización de un proyecto concreto (realización de una obra, producción de un bien...) y afectar a ello algunos de sus trabajadores.

Veremos que, de forma parecida, la externalización de mano de obra puede resultar igualmente de la creación de una agrupación de interés económico, como un instrumento de colaboración entre dos sociedades preexistentes. Creando esta estructura las diferentes sociedades pueden poner en común algunas de sus actividades y también parte de su personal.

El recurso al derecho de sociedades permite así la externalización de mano de obra, pero es sobre todo el recurso a las técnicas contractuales lo que permite atender a este objetivo de la forma más desarrollada.

2.2. El recurso a las técnicas contractuales

Las técnicas contractuales, que van a permitir una externalización de la mano de obra, obedecen a las reglas generales de los contratos contenidas en el Código Civil. La libertad contractual juega aquí un papel determinante, siendo las reglas de orden público escasas en la materia. No podríamos pretender ser exhaustivos aquí en la medida en que la imaginación es la regla. Y sería por tanto vano querer hacer una tipología de los diferentes montajes contractuales utilizados, en la medida en que estos últimos no dependen a veces de alguna categoría jurídica prevista por el Código Civil. Estamos, por tanto, en presencia de contratos innominados. Parece no obstante que, en la mayoría de los casos, las relaciones entre las empresas, y por tanto la externalización de la mano de obra, estuviera fundada sobre las contrata de obras o servicios¹⁰.

Las contrata, que en Francia son objeto de una regulación jurídica específica¹¹, surgen de la categoría de los contratos de arrendamiento de obra, también llamados contratos de empresa, previstos en los artículos 1708 y siguientes del Código civil. En términos del artículo 1710 del Código civil, "el arrendamiento de obra es un contrato por el que una de las partes se compromete a hacer cualquier cosa para la otra, a cambio de una remuneración". De manera específica, la contrata puede definirse como el acuerdo por el que un empresario principal hace ejecutar una parte de las prestaciones de las que está encargado a través de otra empresa¹².

¹⁰ M.-L. Morin, "Sous-traitance et relations salariales. Aspects de droit du travail"; Travail et Emploi, n°60, 3/94.

¹¹ Ley n°75-1334 de 31 de diciembre de 1975.

¹² Para ser precisos, el artículo 1° de la Ley de 31 de diciembre de 1975 define la contrata como "la operación por la que un empresario confía por una contrata, y bajo su responsabilidad, a otra persona llamada contratista todo o parte de la ejecución del contrato de empresa o del mercado público concluido con el jefe de la obra".

Podemos destacar que esta operación está muy próxima a la cesión de mano de obra con ánimo de lucro, que está expresamente prohibida por el artículo L.125-3 del Código del trabajo, y al trabajo temporal. La diferencia fundamental reside en el hecho de que, en las contrata, el suministro de mano de obra se acompaña de la prestación de un servicio.

Como forma de externalización del empleo, las contrata constituyen un instrumento muy interesante de gestión del empleo y sobre todo de flexibilidad¹³. La figura de las contrata permite una transferencia del riesgo del empleo, ya que los empresarios que recurren a ellas la consideran una operación comercial, independientemente de sus efectos sobre el empleo.

Las contrata conducen al desarrollo de unas relaciones triangulares que algún autor ha calificado de "co-actividad"¹⁴ entre el empresario principal¹⁵, el contratista y los trabajadores¹⁶. Esta misma "co-actividad" puede realizarse a un doble nivel. Puede, en primer lugar, tratarse de una actuación conjunta de empresas que participan en un proceso productivo común. Figura que corresponde al fenómeno, de evidente desarrollo actualmente en Francia y en Europa, de las redes de empresas. Y puede tratarse, en segundo lugar, de una actuación conjunta de trabajo, cuando los trabajadores del contratista prestan sus servicios en el lugar de trabajo del empresario principal o cuando varias empresas trabajan en una misma obra.

Esto demuestra que la contrata puede revestir muchas configuraciones que están en definitiva determinadas por un conjunto de factores entre los que las estrategias de los empresarios principales juegan un papel preponderante. Pero, cualquiera que sea el objetivo perseguido por el recurso a la contrata, conducirá necesariamente a una externalización de la mano de obra que contribuye aquí a una fragmentación de la colectividad de trabajo. El recurso a las contrata, pero también las otras formas jurídicas de externalización de la mano de obra, van a tener repercusiones evidentes sobre la situación de los trabajadores implicados, que pueden verse trabajando en el marco de una empresa que les impone condiciones de trabajo generalmente menos ventajosas que aquellas a las que tenían derecho, o a las que hubieran tenido derecho, si trabajasen en el seno de una colectividad de trabajo única. Parece entonces necesario asegurar cierta protección a los trabajadores implicados en una operación de externalización de mano de obra. Ahora bien, aunque no podemos negar que el legislador se ha preocupado de esto, hay que constatar que no existe en nuestro derecho un estatuto que proteja de manera uniforme a los trabajadores implicados en un proceso de

externalización. El grado de protección que beneficia a los trabajadores está en realidad determinado por el marco jurídico que el legislador ha querido dar a la externalización.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTERNALIZACIÓN

Tal y como hemos visto anteriormente, la externalización de la mano de obra puede tomar formas jurídicas diferentes, ya sea por el recurso al derecho de sociedades, o de forma más general, por la utilización de la técnica contractual. Los empresarios tienen la facultad de elegir, dentro de este amplio abanico de posibilidades. Esta elección viene condicionada sin duda por consideraciones variables y eminentemente funcionales que, aunque no dudamos de su interés, no nos vamos a detener en ellas de momento. Están precisamente en el centro de la cuestión y van directas a la frontera que separa la externalización lícita de la ilícita. En efecto, cuando el empresario recurre a la externalización para escapar de las obligaciones impuestas por el Derecho del Trabajo, no hay duda de que la operación es ilícita. En compensación, cuando la utilización de mano de obra exterior viene determinada por necesidades económicas o por puras consideraciones de gestión, la operación tiende a ser lícita. Por tanto, no es cierto que la situación de los trabajadores sea más favorable en el segundo caso que en el primero. Sin embargo, parece que los intereses de los trabajadores han sido tomados en cuenta sobre todo por el legislador francés en la hipótesis de la externalización ilícita. Tratándose de la externalización lícita, no cabe duda de que queda todavía por hacer un estatuto protector de los trabajadores.

3.1. La externalización ilícita

No podemos deducir del recurso a las técnicas jurídicas expuestas la licitud de la externalización de la mano de obra. Bien al contrario, es necesario dar a este hecho su exacta calificación y de sancionar al empresario cuando recurre a la externalización para escapar del Derecho del Trabajo.

El fenómeno de la externalización de la mano de obra es principalmente aprehendido por el Derecho del Trabajo bajo el ángulo del trabajo temporal, que el legislador ha ceñido con disposiciones restrictivas, sancionando las prácticas que buscan evitarlas. El Código del Trabajo regula en este título dos infracciones. En primer lugar, el artículo L. 125-1 prohíbe "toda operación a título lucrativo de cesión de mano de obra que cause algún perjuicio al trabajador implicado o que trate de eludir la aplicación de las disposiciones de la ley, los reglamentos o de convenios o acuerdos colectivos de trabajo". Esta es la fórmula moderna del delito de tráfico de mano de obra.

Un segundo tipo de infracción está prevista igualmente en el artículo L. 125-3, que dispone que "toda operación a título lucrativo que tenga por objeto exclusivo el préstamo de mano de obra está prohibida... salvo que se efectúe en el marco de las disposiciones... relativas al trabajo temporal"

¹³ Sobre las relaciones entre la subcontratación y el empleo, v. M.-L. Morin, art. préc., p. 30 y ss.

¹⁴ N. del T.: En este caso, el autor utiliza el término "coactivité", que hemos traducido como "co-actividad", que vendría a ser algo así como actividad conjunta.

¹⁵ N. del T.: el término utilizado por el autor es "donneur d'ordres", lo que podría traducirse como "dador de órdenes"; para lo que hemos preferido utilizar el término más frecuente entre nosotros de "empresario principal".

¹⁶ M.-L. Morin, art. préc., p. 686.

Adivinamos, al leer estos dos artículos, que toda la dificultad va a estar en fijar la demarcación entre las formas de externalización que son ilícitas y las formas de externalización lícitas. Así, una técnica jurídica como la de las contratas también puede desembocar tanto en prácticas lícitas como ilícitas. La calificación de la operación de que se trate dependerá desde entonces de una apreciación pragmática del juez. Esta apreciación se hará esencialmente en función de la naturaleza de la prestación realizada y de la manera en que se controla a los trabajadores que prestan sus servicios en las empresas usuarias¹⁷.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la prestación realizada, el contrato de empresa se distingue del préstamo ilícito de mano de obra por el hecho de que el primero tiene por objeto la ejecución de una tarea específica y bien definida¹⁸. La realización de esta tarea representará una auténtica obligación de resultado. Además, si los trabajadores que concurren a esta obra trabajan en los locales de la empresa que se beneficia de la prestación, este trabajo se efectuará bajo la responsabilidad de la empresa prestataria del servicio.

Por lo que se refiere al ejercicio del poder de dirección sobre los trabajadores, en el contrato de empresa la ejecución de la prestación se efectúa bajo la responsabilidad del prestatario de servicios, que debe permanecer, de hecho y de derecho, como único empresario del personal utilizado, que permanecerá bajo su autoridad.

Finalmente la remuneración puede ser otro indicio del carácter lícito o ilícito del préstamo de mano de obra. En efecto, la remuneración de un verdadero prestatario de servicios debe ser fijada normalmente teniendo en cuenta los trabajos correspondientes a la tarea definida que se realizará; y eso sobre una base concertada desde el principio¹⁹.

En función de estos criterios diferentes, el juez podrá verificar que la técnica de externalización utilizada no constituye una cesión de mano de obra ilícita. En este caso el empresario que da las órdenes, pero también la empresa cesionaria, se exponen a importantes sanciones penales previstas por el artículo L. 152-3 del Código del trabajo (prisión de dos años y multa de 200.000 francos o una de las dos penas solamente)²⁰.

En el plano civil, si la operación de préstamo de mano de obra ilícita causa un perjuicio al trabajador implicado, éste puede reclamar la reparación del daño mediante al interposición de una acción por daños e intereses ante un juez

¹⁷ Sobre esta apreciación, H. Blaise, art. prec., p. 419 y ss.; J. Néret, "Marchandage", J.-Cl. Travail Traité, fasc. 3-20.

¹⁸ Esta tarea específica puede consistir también en un trabajo material o en una prestación intelectual (mantenimiento informático, por ejemplo).

¹⁹ Hemos de precisar que son las operaciones a título lucrativo que condena el artículo L. 125-3. Eso deja evidentemente la posibilidad de realizar de manera lícita prestamos de mano de obra que tuvieran carácter no lucrativo.

²⁰ El artículo L. 152-3-1 dispone que las personas jurídicas pueden igualmente ser declaradas penalmente responsables.

"prud'homal"²¹, o por la vía de la jurisdicción represiva²². Como consecuencia, una vez constatado el carácter ilícito del objeto del contrato que tiene lugar entre el prestatario y el usuario, el contrato de cesión de mano de obra será anulado. Finalmente, en la medida en que los trabajadores quedan durante un cierto tiempo al servicio de la empresa principal –período durante el cual están subordinados a ésta– el juez le podrá atribuir la cualidad de empresario²³.

Así podemos constatar que la ley ofrece a los trabajadores una protección cierta cuando son víctimas de una operación de externalización ilícita de mano de obra. La dificultad mayor que queda pendiente es la de determinar si estamos en presencia de un préstamo de mano de obra ilícito o lícito. En el primer caso, el arsenal jurídico puesto en práctica permite poner fin a la operación y por tanto al desmembramiento de la organización de trabajo que resulte. Pero tratándose del segundo caso, el derecho positivo apenas se preocupa de la suerte de los trabajadores.

3.2. La externalización lícita

Cuando la externalización es ilícita, conviene eliminarla a fin de proteger a los trabajadores que son víctimas de ello y de preservar el interés general. El recurso fraudulento a las técnicas jurídicas debe ser castigado. El problema es en cambio otro cuando la externalización es lícita y obedece a esquemas que escapan al Derecho del Trabajo. La relación triangular entre la empresa que presta el servicio, la empresa usuaria de los servicios y los trabajadores parece escapar al ámbito del Derecho del Trabajo para depender principalmente del Derecho mercantil o incluso del Derecho civil.

Así como ha revelado Alain Supiot en su escrito, "*el problema principal consiste en organizar la relación triangular entre la empresa principal, la empresa contratista y los trabajadores de esta última. En principio, en la contrata lícita, no existe vínculo de derecho entre la empresa principal y los trabajadores de sus contratistas; y, sin embargo, la suerte del trabajador puede depender más de las decisiones tomadas por esta empresa principal que por su empresario. Esto es así especialmente cuando la empresa contratista depende económicamente del empresario principal, cuyas decisiones pueden determinar no sólo el volumen de empleo, sino también las políticas de formación profesional, la organización del trabajo, etc. En una situación como ésta, una buena parte del Derecho del Trabajo resulta inoperante. En particular, las*

²¹ N. del T. Los juzgados prud'homal son específicos del sistema francés y vienen a ser algo así como unos juzgados de conciliación; si bien, dada la falta de similitud con el sistema español hemos optado por dejar el término original.

²² Los sindicatos disponen en la materia del derecho de sustitución, es decir de la posibilidad de actuar en lugar y posición del trabajador sin mandato especial de éste (art. L. 125-3-1 del Código del Trabajo).

²³ Soc. 4 de abril de 1990, Bull. civ. V, n°157, Dr. Soc. 1990, p. 783, concl. Philippe Waquet.

*estructuras de representación, de confrontación y de negociación no pueden acceder al interlocutor pertinente, que es el empresario principal. Este problema se identifica correctamente en el caso de los grupos de empresas, pero queda sin respuesta en el caso de las redes de empresas que colaboran de forma continua en la realización de un producto*²⁴.

En el derecho francés, podemos destacar ciertas disposiciones protectoras de los trabajadores en el seno de la reglamentación de las operaciones de mano de obra lícitas. Pero se trata de disposiciones dispersas, que no constituyen de ningún modo un marco legislativo coherente y que quedan limitadas en su objeto o a nivel de su aplicación. Podemos así citar la acción directa de los trabajadores para reclamar deudas al empresario prevista por el artículo 1798 del Código Civil y reproducida por el artículo L. 143-8 del Código del Trabajo²⁵. Igualmente, el artículo 125-2 del Código del trabajo prevé, bajo ciertas condiciones, una subrogación de la empresa principal en el lugar de la prestataria del servicio para el pago de los salarios y de las cargas sociales. Precisemos finalmente que diversos textos prevén que el personal destacado disfrute de las medidas aplicables en el lugar de trabajo, tanto en lo que se refiere a las condiciones de ejecución del trabajo, como a las reglas relativas a la seguridad e higiene²⁶.

Estas disposiciones son a pesar de todo insuficientes y se someten a condiciones que no facilitan su aplicación. Pero sobre todo no conciernen más que a lo que hemos llamado "co-actividad de trabajo", es decir aquella que se refiere a los trabajadores de un contratista que prestan sus servicios en la empresa principal o también a los trabajadores de varias empresas que trabajan juntos en un mismo sitio.

Tratándose de la actividad conjunta de empresas que participan en un proceso productivo común, y principalmente empresas que trabajan en red, hay que constatar que el marco jurídico es prácticamente inexistente. Para proteger el interés de los trabajadores sometidos a estas operaciones de externalización, se pueden considerar algunas vías²⁷.

La primera es la de las normas sobre contratas que regulan las relaciones entre el empresario principal y el contratista. La normativa existente aborda en

²⁴ Cfr. los desarrollos del informe Supiot que aborda el problema y plantea la cuestión de la introducción de una cláusula social en los contratos de las operaciones de contratas.

²⁵ Art. 1798: "Los albañiles, carpinteros y otros obreros que han sido empleados en la construcción de un edificio o de otras obras hechas en la empresa, no tienen acción contra aquel para el que se hacen las obras, más que hasta un total de aquello en lo que resulte deudor del empresario, en el momento en que interponen sus acciones". Art. L.143-8: "Pueden ... hacer valer una acción directa... en las condiciones fijadas en el artículo 1798 del Código Civil los albañiles, carpinteros y otros obreros empleados para edificar, reconstruir o reparar edificios, canales o cualquier otra obra". El campo de aplicación de esta acción directa está por tanto limitado.

²⁶ Sobre estas diferentes disposiciones, v. J. Néret, op. cit. n°92, y s.

²⁷ Sobre estas posibilidades, v. M.-L. Morin, op. cit. p. 687.

general tan sólo las relaciones económicas entre las empresas, pero no las relaciones sociales o las consecuencias sociales de las relaciones de contratas y subcontratas. Sin embargo, nada impide el desarrollo de "cláusulas sociales" en estas normas ya sea bajo la influencia de las propias partes o bajo el impulso del legislador.

La segunda vía, es la de la negociación entre empresas; entre el empresario principal y los contratistas, que regule las garantías sociales del contrato suscrito entre ellas (principio de igualdad de tratamiento, principalmente en materia salarial, formación de los trabajadores, condiciones eventuales de reclasificación en caso de dificultades de empleo...). Esta vía está prevista aunque plantea el problema de que se construye sobre la base de que a menudo las relaciones entre el empresario principal y el contratista no tienen vocación de mantenerse en el tiempo. Mientras que una negociación de este tipo no es posible más que si estas relaciones tuviesen cierta duración.

La tercera y última vía a considerar, sin duda la más prometedora, reside en la negociación interprofesional local sobre las condiciones sociales del negocio de las contratas.

Estas posibilidades permiten pensar que hoy es posible dar un cierto marco jurídico a fenómenos de externalización lícita, especialmente si éste se basa en un trámite voluntario de las empresas implicadas en tales operaciones. Ahora bien, queda saber si éstas están dispuestas a actuar en este sentido; lo cual no es seguro en la medida en que la externalización de la mano de obra viene determinada por condicionantes económicos.

El fenómeno de externalización del empleo, en evidente desarrollo hoy, conduce a preguntarse cuál puede ser el papel del Derecho del Trabajo ante las nuevas formas que las empresas dan a su organización y a su actividad. Las empresas encuentran en las normas del Derecho mercantil y civil el vector de una mayor flexibilidad, la fuente de una libertad creciente y, por así decirlo, un medio de huida del Derecho del Trabajo. Ahí es donde debe ponerse la mirada de ahora en adelante, sobre estos fenómenos de externalización lícita, y no sobre las reglas del préstamo de mano de obra ilícito, sancionadas penal y civilmente, o también sobre el trabajo temporal, objeto de un encuadramiento legislativo importante y restrictivo. Si el Derecho del Trabajo quiere continuar jugando su papel de proteger a los trabajadores no debe, no obstante su autonomía reivindicada hace largo tiempo, dejar de lado las reglas del Derecho Mercantil y del Derecho Civil utilizadas por las empresas. En otros términos, sólo una compartimentación de los diferentes brazos del derecho puede permitir realmente tomar en cuenta los intereses de los trabajadores. De lo contrario, se arriesgan una vez más a pagar la factura de la concurrencia desenfadada que las empresas llevan a cabo en un contexto creciente de mundialización.